
IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público en General
Allan Brewer Carías



LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Santo Domingo, República Dominicana
Noviembre 2018

ASOCIACIÓN DOMINICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
INSTITUTO DOMINICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FUNEDA
FUNDACION
ESTUDIOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO



EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA

Caracas, 2021

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y
Público en General Allan Brewer-Carías

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

**IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y
Público en General Allan Brewer Carías**

Santo Domingo, República Dominicana
Noviembre 2018

Organizadas por:

Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)
Fundación Institucionalidad y Justicia (FUNJIS)
Instituto Dominicano de Derecho Constitucional
Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, y
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra



editorial jurídica venezolana



**FUNDACION
ESTUDIOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Santo Domingo, Caracas - 2021

ISBN:978-1-68564-733-9

Editado por: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo “FUNEDA”
Avenida Tamanaco, Edificio Impres, El Rosal,
Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono +58 (212) 953 1995. Fax +58 (212) 9535375
Email: funeda@gmail.com

Editorial Jurídica Venezolana
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: feyv@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: JM Perez

ÍNDICE

1. Prólogo.
EDUARDO JORGE PRATS 11
2. Presentación.
BELÉN RAMÍREZ LANDAETA 15
3. El Tránsito de un administrativista por las entrañas de la Administración y el Estado.
ALLAN BREWER-CARIÁS 19

LEGALIDAD E INTERÉS GENERAL

4. Legalidad y acierto en la actuación administrativa hoy. La de la organización del procedimiento administrativo.
LUCIANO PAREJO ALFONSO 67
5. La evolución del principio de legalidad a la luz de la Constitución de 2010.
MILTON RAY GUEVARA..... 89
6. La transformación del principio de legalidad en virtud de algunos temas fundamentales del Derecho Público.
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 109
- Comentarios:
RAFAEL CIPRIÁN..... 137
7. Interés general y el Estado social y democrático de Derecho
JAIME RODRÍGUEZ ARANA 145
- ▶ Comentarios:
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI 187

8. La insuficiencia del principio de legalidad como base del Estado de Derecho
ANTONIO SILVA ARANGUREN223
- ▶ Comentarios:
CLAUDIA NIKKEN249

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

9. El principio de buena administración y sus efectos en el procedimiento administrativo dominicano.
SIGMUND FREUND 261
10. El Derecho Administrativo centrado en la persona y el procedimiento administrativo como garantía fundamental.
EDUARDO JORGE PRATS283
- ▶ Comentarios:
FLAVIA PESCI FELTRI323
MANUEL ROJAS 331
11. Auge y crisis de los procedimientos jurídico-públicos en Venezuela (sobre la función legitimadora del procedimiento).
GUSTAVO URDANETA TROCONIS335
12. A new comparative research on administrative laws in Europe: implications for Latin America.
GIANCINTO DELLA CANANEA 421
- ▶ Comentarios:
CLAUDIA NIKKEN 451

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

13. Las medidas cautelares en el proceso administrativo.
VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE.....457

14. Justicia constitucional.
RAFAEL BADELL MADRID 513
15. Justicia administrativa y tutela judicial efectiva.
RAFAEL VÁSQUEZ GOICO.....583

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

16. El Estado empresario. Justificación y límites.
MARÍA AMPARO GRAU.....609
- ▶ Comentarios:
VÍCTOR HERNÁNDEZ MENDIBLE.....637
17. La Ley Constitucional de precios acordados emitida por la Asamblea Nacional Constituyente Venezolana. Su inconstitucionalidad, nueva regulación de precios a través del diálogo y su desconocimiento por las vías de hecho de autoridades administrativas.
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI 661
18. Leyes singulares y biodiversidad en el ordenamiento español.
FERNANDO LÓPEZ RAMÓN..... 717

CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

19. Inconstitucionalidades de la denuncia de la carta de la OEA por Venezuela y sus consecuencia en el Derecho Internacional.
CARLOS AYALA CORAO.....763
- ▶ Comentarios:
JOSÉ ANTONIO MUCI.....837

20. La tutela de los derechos fundamentales en España tras la reforma del recurso de amparo y el recurso de casación. CARMEN CHINCHILLA	841
21. El régimen constitucional de los servicios públicos. Los valores del servicio público, sistema de protección de los derechos fundamentales. ROSINA DE LA CRUZ	865
22. La buena administración como derecho fundamental: el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas. Análisis de su aplicación en la República Dominicana luego de la Sentencia TC/0322/14 del Tribunal Constitucional. FABIOLA MEDINA	905
23. El control de convencionalidad: vicisitudes y variaciones en la jurisprudencial de los países miembros del sistema interamericano. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO	927

PRÓLOGO

La obra que el lector tiene en sus manos es fruto de las ponencias y comentarios realizados por los juristas dominicanos e iberoamericanos que participaron en las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo celebradas en la ciudad de Santo Domingo los días 6, 7, 8 y 9 de noviembre de 2018. Estas jornadas internacionales, que se han celebrado en Venezuela desde el año 1994 producto de los esfuerzos de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), están dedicadas a uno de los iuspublicistas más importantes del Derecho Administrativo iberoamericano: el maestro Allan Brewer-Carías.

Brewer-Carías es una de las figuras más importantes del Derecho Administrativo Iberoamericano, pues sus construcciones doctrinarias han devenido fundamentales para el desarrollo de la dogmática y la jurisprudencia del Derecho Público de la región. Su influencia queda evidenciada en el círculo tan amplio, variado y sólido de generaciones distintas de iuspublicistas que se reúnen en torno a y en diálogo con su doctrina y que, además, han acompañado constantemente a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) en la celebración de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo.

No es coincidencia que para la celebración de las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, luego de su interrupción en el año 2004 como consecuencia del gobierno autoritario instaurado en Venezuela, se haya elegido la ciudad de Santo Domingo, pues la influencia de Brewer-Carías en el ordenamiento jurídico dominicano ha sido más que notoria en lo que respecta a: (i) la conceptualización por parte del Tribunal Constitucional de lo

que es el objeto de la acción directa de inconstitucionalidad y de las relaciones entre la jurisdicción constitucional especializada y la jurisdicción contencioso administrativa; (ii) la definición de la justicia constitucional como la potestad de todo juez o tribunal de aplicar la Constitución en los casos que se someten en su jurisdicción, tal y como aparece consignado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, ley que, por demás, recibe la influencia de Brewer-Carías en la conceptualización y reglamentación de los diferentes procesos constitucionales; y, (iii) finalmente, la estructura y contenido de la Ley No. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y los actos y procedimientos administrativos, en especial, en su parte principiología de su Título Primero, que es tributaria de esa magnífica y seminal monografía de Derecho Administrativo comparado del maestro venezolano, intitulado “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”.

Pero tampoco es coincidencia que el tema de las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo haya sido sobre la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho, pues la doctrina de Brewer-Carías ha propugnado por la ampliación del control de legalidad de las actuaciones administrativas con el objetivo de garantizar los derechos e intereses de las personas en su condición de protagonistas de las decisiones administrativas. En efecto, Brewer-Carías es uno de los responsables de la construcción de un modelo de ciudadanía participativa en la gestión pública, la cual tiene sus asientos en la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y se concretiza en el derecho fundamental a una buena administración, es decir, a una Administración vicarial dedicada a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos a través de la protección de sus derechos fundamentales, lo que implica una Administración transparente, participativa, eficiente, accesible, sujeta al ordenamiento jurídico y con una actividad contestable.

La centralidad de las personas es justamente una de las consecuencias del reconocimiento de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, pues esta fórmula constitucional transforma la relación existente entre el Estado y la sociedad. Y es que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, las personas dejan de ser meros súbditos de la Administración -como poder constituido, institucionalizado y personificado, dotado de un conjunto de prerrogativas exorbitantes, con un régimen o estatuto jurídico específico, ante el cual solo le queda al particular la posibilidad de reaccionar en sede administrativa primero y, luego, en instancia jurisdiccional, para hacer valer así sus derechos en contrapeso a los privilegios de una Administración cuasi omnipotente- y, en consecuencia, asume una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas. En otras palabras, las personas dejan de ser objetos del Estado, de modo que la Administración se estructura y organiza en torno a las personas y sus derechos fundamentales.

Esta nueva posición jurídico-constitucional de las personas obliga a replantearnos algunos de los institutos jurídicos clásicos del Derecho Administrativo, pues ya no sólo se procura el equilibrio entre prerrogativas y poderes administrativos y derechos e intereses individuales, sino que el Derecho Administrativo se configura como el Derecho de la función esencial del Estado, que es, como bien establece el artículo 8 de la Constitución, “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”.

Es en base a lo anterior que las ponencias y comentarios realizados en las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo han sido compilados en esta obra en torno los institutos jurídicos clásicos del Derecho Administrativo, los cuales han

sido abordados por los juristas dominicanos e iberoamericanos a partir de la “centralidad de las personas” y de considerarla como la “protagonista por excelencia” de la acción administrativa. En efecto, la presente obra está estructurada en cinco secciones: (i) la legalidad y el interés general; (ii) el procedimiento administrativo; (iii) la justicia constitucional y administrativa; (iv) el Derecho Constitucional y Administrativo Económico; y, (v) la convencionalidad y los derechos fundamentales.

Las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y esta obra no hubiesen sido posible sin el apoyo de quienes han contribuido con sus ponencias y comentarios, a la Librería Jurídica Internacional, en especial, a su propietario, Ángel Potentini, y a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC) y la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS).

Eduardo Jorge Prats

Presidente

Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC)

PRESENTACIÓN

IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías

Las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, nacen mediante Acuerdo de los miembros fundadores de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) del 27 de mayo de 1994, con la idea de celebrarse en la ciudad de Caracas anualmente. La escogencia del nombre que llevarían se debió a que, dentro de la lista de juristas a quienes debía darse un reconocimiento por su labor sobresaliente en el campo del Derecho Administrativo en particular y del Derecho Público en general, se encuentra el profesor Brewer-Carías, quien, desde los albores de su itinerario académico, el cual se inició a temprana edad, ha sobresalido por su empeño en la divulgación del estudio del Derecho Administrativo. El profesor Brewer-Carías ha sido un incansable Maestro y un prolífero autor, ha animado a otros a dedicarse al estudio de esta disciplina con su generoso apoyo y el tiempo ha demostrado que este reconocimiento se justificaba pues ha continuado con esa labor de manera infatigable y sin desmayo.

Tal como fueron concebidas, las Jornadas iniciaron su andadura en noviembre de 1995, según estaba previsto en el Acuerdo que las creó y así continuaron celebrándose regularmente hasta el año 2001, cuando debido a la tensión política reinante en Venezuela, hubo que trasladar la fecha de las Jornadas a marzo del siguiente año, celebrándose efectivamente las VII Jornadas los días 5, 6, 7 y 8 de marzo de 2002.

En noviembre de ese año 2002, correspondía la celebración de las VIII Jornadas, pero debido igualmente a la incertidumbre generada por el clima político de Venezuela, tampoco pudieron realizarse. Finalmente, las VIII Jornadas se efectuaron los días 3, 4 y 5 de noviembre de 2004, retomándose el mes de noviembre como originalmente se había acordado para su celebración.

Estas VIII Jornadas también contaron con la asistencia de profesores de otros continentes y de diversos países de América, pero, a diferencia de todas las ediciones anteriores, el profesor Allan Brewer-Carías no estuvo presente en virtud de la persecución política desatada en su contra. No obstante, presentó el trabajo sobre el tema que debía exponer en esa oportunidad, el cual se publicó luego en la memoria de las Jornadas.

Destacadas figuras del Derecho Administrativo nos acompañaron en el desarrollo de esta primera etapa. Profesores españoles tales como Alejandro Nieto, Enric Argullol I Murgadas, Fernando Garrido Falla, J.R. Parada Vásquez, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jesús González Pérez, Juan Antonio Hernández Corchete, Juan De La Cruz Ferrer, Juan Santamaría Pastor, Luciano Parejo Alfonso, Marcos Vaquer Caballería, Martha Franch, Miguel Casino, Rafael Gómez Ferrer, Raül Bocanegra Sierra Santiago González Varas, Sebastián Martín Retortillo, Tomás De La Quadra Salcedo, Tomas Ramón Fernández; profesores franceses como Louis Favoreau, Pierre Bon, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, Pierre Subra De Bieusses, Rene Hostiou y Roland Drago; Italianos: Luciano Vandelli, Marco D'Alberti y el profesor alemán Johann-Christian Pielow. De América, destacan los profesores argentinos: Agustín Gordillo, Mirian Ivanegas, Oscar Aguilar Valdez, Pablo Esteban Perrino, Pedro Coviello y Tomas Hutchinson; de Brasil los profesores Marcelo Figueredo, Pedro Pablo De Almeida Dutra, Pericles Luis de Medeiros y Romeo Felipe Bacellar Filho; de Colombia: Alberto Montaña Plata, Alfonso Miranda Londoño,

Alvaro Tafur, Consuelo Sarria, Emilio Archila Peñaloza, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Jaime Vidal Perdomo, José Luis Benavides, Juan Carlos Esguerra, Juan Carlos Henao, Ricardo Monroy Church y Sandra Morelli; de Costa Rica: Rodolfo Piza Escalante; de Ecuador: Joffre Campaña; de Estados Unidos: Jerry L. Mashaw y Peter Strauss y de Uruguay: Carlos Enrique Delpiazco y Augusto Duran Martínez. Así mismo, participaron como comentaristas destacados profesores venezolanos, junto al profesor Brewer-Carías quien fue ponente en las distintas oportunidades.

El escenario venezolano en que se desarrollaron las últimas Jornadas, ya descrito, nos llevó a la interrupción de este evento académico, pensando sin embargo que las circunstancias cambiarían y que pronto volvería a reanudarse. El tiempo demostró que esta posibilidad no estaba abierta por lo que hubo que buscar otro entorno para darle continuidad y en República Dominicana encontramos el apoyo que necesitábamos para seguir adelante. Efectivamente, el profesor Eduardo Jorge Prats, cuando se le propuso la posibilidad de celebrar las Jornadas en ese país, no sólo respondió positivamente, sino que prestó su apoyo incondicional y así también contamos con el respaldo de la Fundación Institucionalidad y Justicia (FUNJIS), el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Ellos hicieron posible la realización de las IX Jornadas con la misma altura académica que hasta entonces habían venido teniendo, prueba de ello es la publicación de sus memorias cuyo contenido es más que elocuente. En esta oportunidad, además de los comentaristas venezolanos, también contamos con profesores dominicanos, quienes, junto a los venezolanos asumieron esta tarea, enriqueciendo el programa.

En esta segunda etapa, en que aspiramos seguir contando con el apoyo de las instituciones académicas dominicanas, está prevista la realización bienal de las Jornadas y esperamos que sigan constituyendo un aporte importante para el Derecho Público, a semejanza de lo que ha sido la trayectoria del profesor Brewer-Carías.

Belén Ramírez Landaeta

Presidenta

Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)

**EL TRÁNSITO DE UN ADMINISTRATIVISTA POR
LAS ENTRAÑAS DE LA ADMINISTRACIÓN
Y EL ESTADO^{1*}**

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Doctor en Derecho, *summa cum laude*, de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Público en la Universidad Católica Andrés Bello, en la Universidad de Cambridge, en la Universidad Pantheon-Assas (París II), en la Universidad de Columbia, en la Universidad del Rosario y en la Universidad Externado de Colombia.

Queridos amigos,

Hace 22 años, en noviembre de 1995, comencé mis palabras en el acto de Apertura de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo celebradas en Caracas, expresándoles a todos los entonces presentes que tenían que saber cómo me podía sentir en aquél momento, ante ese “acto de generosidad extrema” como era la inauguración de unas Jornadas académicas con mi nombre; acto que, decía entonces y hoy repito, “sencillamente me abruma, porque es un honor que nunca podré pagarles, salvo con amistad.”

¹ Palabras en el Acto de Instalación de las IX Jornadas Internacionales de derecho Administrativo y Público en General, organizadas por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), la Fundación Institucionalidad y Justicia (FUNJIS), el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana, 6 de noviembre de 2018.

Y así, ahora, al iniciarse estas IX Jornadas Internacionales en Santo Domingo, a la lista de mis acreedores de entonces que fueron los miembros de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, y entre ellos, mis queridos amigos los entonces Magistrados de la muy importante Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Belén Ramírez Landaeta, Gustavo Urdaneta Troconis y María Amparo Grau para solo nombrar a los que hoy están aquí presentes; a ellos, hoy se suman nuevos acreedores de amistad, como son los directores del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y de la Fundación Institucionalidad y Justicia, mis queridos amigos Eduardo Jorge Prats, Olivo Rodríguez Huertas y Servio Tulio Castaños quienes decidieron, atendiendo el llamado de FUNEDA, después de 13 años de inactividad, continuar con la celebración de estas Jornadas Internacionales en esta muy querida tierra dominicana, bajo los auspicios de la prestigiosa Pontificia Universidad Madre y Maestra, y también, con el apoyo de mi distinguido amigo el profesor Milton Ray Guevara, Presidente del Tribunal Constitucional quien también nos acompaña.

Les insisto, de nuevo a todos, se trata de una deuda infinita que sólo se puede pagar con la amistad.

Y la amistad, como entonces dije citando a Aristóteles (Ética a Nicómaco), es lo más necesario en la vida, pues sin amigos nadie querría vivir aún cuando poseyera todos los demás bienes. Y amistad es básicamente querer el bien para los otros, por causa de ellos, sin esperar recibir. Solo son amigos quienes dan; porque los que pretenden ser amigos por interés, dejan de serlo cuando desaparece la conveniencia.

Por eso decía Cervantes por boca de Sismundo, el hermano de Don Quijote – lo que se aplica a los amigos -, “que estoy soñando y que quiero obrar bien, pues no se pierde el hacer bien ni aún en sueños.”

Todos Ustedes queridos amigos, viejos amigos - que no es lo mismo que amigos viejos – y nuevos amigos – donde están los más jóvenes pero en una lista que se renueva permanentemente - , todos Ponentes y Comentaristas que han aceptado participar, junto con todos los asistentes, han sido muy generosos conmigo, por nobleza y rectamente, con agrado y sin pesar. Y por ello, estoy abrumado.

También decía entonces, y hoy les repito, que muchos saben y casi todos intuyen, por mis ejecutorias, que ciertamente he vivido intensamente. Como decía Miguel de Unamuno, “vivir, [si], ya que hemos de morir;” pero no porque la vida sea corta, que no lo es, sino porque lo que sucede es que con frecuencia la desperdiciamos. Por ello decía Séneca que en realidad “la vida es bastante larga y se nos ha otorgado con generosidad para realizar las cosas más importantes, siempre que se la emplee bien toda ella.” En definitiva – decía -, no es que “tenemos un tiempo escaso, sino que perdemos mucho tiempo,” o en sus propias palabras, “no es que recibimos una vida corta, sino que muchas veces la hacemos corta,” pues en lugar de ser “menesterosos de ella muchas veces somos derrochadores” de la misma (*De brevitae vitae*).

Por mi parte, creo que puedo decirlo, yo creo no haber derrochado mi vida, y por eso es que digo que la he vivido intensamente, y en general, por supuesto, sin plan previo, salvo alguna buena idea de grandeza, porque como decía el mismo Unamuno, “no somos edificios;” y además, porque aun cuando no lo queramos, como también lo expresé en las Palabras que escribí para la instalación *VIII Jornadas Internacionales* en 2005 – las precedentes a las cuales ya no pude asistir –, la vida es una escogencia permanente, no es un camino derecho, sin opciones; al contrario, siempre, en todo momento, estamos ante una disyuntiva o alternativa que siempre nos da al menos dos opciones, y tenemos que decidir cuál escogemos.

Pero lo importante es que lo que decidamos siempre lo hagamos pensando en el futuro, pues la vida sigue y el futuro siempre está por delante. Como lo recordó José Ortega y Gasset en 1932:

“La vida es una faena que se hace hacia adelante. Nuestro espíritu está siempre en el futuro, preocupado por lo que vamos a hacer, lo que nos va a pasar en el momento que llega. Sólo en vista de ese futuro, para prevenirlo y entrar en él bien pertrechado, se nos ocurre pensar en lo que hemos sido hasta aquí.” [- eso decía Ortega]-

Y así es que entonces hoy iniciamos estas IX Jornadas, trece años después de aquellas últimas de 2005, por el admirable empeño de Belén Ramírez Landaeta, la creadora e impulsora de las mismas; quien siempre ha buscado reunir a destacadísimos profesores y especialistas de derecho administrativo y constitucional como los que nos acompañan.

A estas alturas de mi vida, no tengo la menor duda en decir que todos ellos – comenzando por quienes fueron mis alumnos - saben mucho más y mucho mejor que yo sobre todas estas materias. Con ellas me comencé a enfrentar hace 60 años, cuando inicié mi actividad académica en un momento en el cual – hay que recordarlo-, en Venezuela, no teníamos ni leyes generales, ni manuales, ni jurisprudencia conocida, y poca doctrina; una época en la cual, en estas materias, todo estaba por hacer y por delante.

Se dice fácil, 60 años en la actividad académica, pero en realidad es bastante. Y es por ello que antes de referirme a los temas que los expositores explicarán mucho mejor que yo, pensé que quizás en estas palabras iniciales podía ser mejor que les refiriera algo de mi experiencia vital, personal, durante esas últimas seis décadas; es decir, que les hablara sobre mi **“tránsito como académico administrativista por las entrañas de la Administración y el Estado,”** como aparece en el programa; tránsito que pude realizar

en Venezuela, entre otros factores, gracias al carácter democrático del Estado que tuvimos hasta comienzos de este siglo.

Por ello mi fundamental recomendación a mis queridos amigos dominicanos, sobre todo hoy cuando celebramos el 174 aniversario de la Constitución de 1844 (de San Cristóbal), y es que por sobre todo cuiden la Constitución, y con ella, cuiden su democracia - y recuerden, ellas no se cuidan solas, hay que cuidarlas-, pues en definitiva, sin democracia, nada de lo que en estas Jornadas oírán podrá ser realizable. Nosotros, los venezolanos, lo sabemos por tragedia propia.

1957. Mi trabajo intelectual afortunadamente comenzó con el inicio de la democracia en Venezuela, o más precisamente en la víspera, meses antes, en 1957.

Y ello ocurrió porque por los avatares de la vida, antes de incluso de haber comenzado a estudiar mi carrera de derecho en octubre de ese año, yo comencé a escribir. A escribir lo que estudiaba, para aprender. Escribir para aprender. Y desde entonces, materialmente no he dejado de escribir ni un solo día, durante estos últimos 60 años. Se trata, para mí, sin duda de algo vital como respirar o comer. Algo similar a lo que hace poco le oí decir en una entrevista a un escalador pertinaz de altísimos edificios en las grandes urbes, quien al preguntársele porqué los seguía escalando, a pesar de todos los arrestos que había sufrido por perturbar el orden público, decía lo mismo, que escalar para él era una necesidad vital, como respirar o comer.

Y fue, coincidente con ese feliz descubrimiento que hice en 1957, con el encuentro con la escritura, como autodidacta en la metodología del aprendizaje – y admiro a quienes aprenden sin necesidad de escribir –, que a los 17 años comencé mi carrera de derecho, lo que además coincidió con el inicio del ejercicio de mis derechos ciudadanos al votar por primera vez en el plebiscito

convocado en diciembre de 1957 por Marcos Pérez Jiménez, el gobernante militar que entonces teníamos.

Por las circunstancias de aquellos momentos me tocó participar en la política estudiantil universitaria, habiendo participado en la huelga estudiantil de noviembre de 1957 oponiéndonos al plebiscito mencionado que se celebró en diciembre; redactamos manifiestos y textos que incluso imprimimos en una vieja reproductora de estenciles *Gestedner*, de las antiguas (hoy pieza de museo), que mi hermano Charles y yo montamos clandestinamente en el garaje de la casa de nuestros padres.

1958. Esa participación en la política universitaria al inicio de la democracia a partir de 1958, fue siempre como independiente. Nunca fui miembro de partido; y siempre pensé – equívocamente o no - que el hombre es lo que él se hace y que había que forjarse en la vida sin apoyo grupal. Esa fue la opción que seguí desde temprano, y que nunca abandoné, a pesar de que – debo reconocerlo - en ciertas situaciones la falta de respaldo de algún grupo político, pueda haber producido cierta sensación de orfandad. Pero siempre he tenido y conservado amigos, desde los que me acompañaron en la fundación de la Organización Universitaria Independiente, así como también en la fundación del periódico *Opinión* en 1958 – el inicio, quizás de mi vena de editor que luego desarrollaría fundando la Editorial Jurídica Venezolana - ; hasta los entonces amigos jóvenes políticos de partidos de mi generación, a quienes incluso dimos la batalla en la política universitaria; y tantos otros amigos de juventud algunos de quienes siguiendo ciegamente lineamientos políticos foráneos, incluso se fueron a las guerrillas, donde muchos de ellos derrocharon sus vidas, sin quererlo.

1960. En contraste en mi caso, en 1960, otro extraordinario acontecimiento de esa época que marcó definitivamente mi vida, fue mi ingreso en 1960 al Instituto de Derecho Público de la

Universidad Central de Venezuela, como auxiliar de investigación –cuando cursaba el tercer año de la carrera de Derecho -; Instituto al cual permanecí vinculado durante 27 años, hasta que después de dirigirlo por 10 años, me acogí a la jubilación en 1987, aun cuando no de la docencia ni de la investigación, de lo cual uno no se jubila jamás.

El Director del Instituto, Antonio Moles Caubet, español exiliado que recaló en las costas de Venezuela, maestro de todos en aquellos tiempos, desde el inicio propugnó una libertad total en el desarrollo de los trabajos de investigación. Me encomendó la dirección de la sección de Derecho Administrativo, donde se formaron todos los más destacados administrativistas de la época. El resultado fue que se trató del Centro más importante de estudios e investigación en Derecho Público, que hoy dirige el profesor Gustavo Urdaneta Troconis, uno de mis primeros y destacados alumnos; estando por tanto en el Instituto en muy buenas manos.

En la carrera tuve como profesores a Gonzalo Pérez Luciani y Tomás Polanco - estaba además Eloy Lares Martínez, aún cuando no fue mi profesor -. Era una época en la cual no había manuales, de manera que el método de estudio que todos ellos impusieron, fue estudiar por libros, de todos los autores franceses, italianos, alemanes (traducidos), españoles y latinoamericanos que encontráramos.

Solo leyendo libros es que se aprende derecho; de manera que todo lo que ganaba como auxiliar de investigación terminaba invertido en libros. Y de allí mi recomendación a los alumnos: Formar su propia Biblioteca; es la herramienta fundamental, a pesar de Google. Esta es para información inmediata y pasajera, pero que en definitiva no queda.

En mi caso, de estudiar leyendo libros, el paso subsiguiente fue escribir sobre lo que estudiaba, haciendo la síntesis y sistematización: De allí que mis primeras líneas en Derecho Administrativo, resultaron

de mis estudios de la disciplina entre 1958 y 1959, habiendo resultado los *Esquemas* que elaboré basándome en las lecturas y estudios de las obras fundamentales de la época (Adolf Merkl, Fritz Fleiner, Hans Kelsen, George Jellinek, Gastón Jèze, León Duguit, Marcel Waline, Raymond Carré de Malberg; Enrique Sayagués Laso, Gabino Fraga, José Joaquín Castro Martínez, Benjamín Villegas Basabilbaso y Rafael Bielsa; Antonio Moles Caubet):

- *Esquemas de Derecho Administrativo I, Curso De Derecho Administrativo I (Segundo Año) (1958-1959)*, Centro de Estudiantes, Facultad de Derecho 1959/1969 (multigrafiado)

Esos Esquemas incluso se convirtieron en Texto de estudio. Fueron “descubiertos” por mis compañeros estudiantes, habiendo sido mecanografiados y publicados multigrafiados por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho. Fue mi primer texto escrito en materia de derecho; que he recogido en mi libro:

- *Derecho Administrativo. Escritos de Juventud (1959-1964)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 838 pp.

En esas páginas, está el inicio de la interminable carrera académica y como escritor que he desarrollado en las últimas décadas; habiendo sido publicado en 1960 mi primer estudio jurídico escrito como estudiante en la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal:

- “*Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres* de 1º de agosto de 1960” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 113, Año XXIII, Caracas, julio septiembre 1960, pp. 217-232.

1960. En el campo de la investigación, además, compartí la otra mitad del día – la mañana era en el Instituto de Derecho Público-, con nuevas tareas también como auxiliar investigación, pero en

el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia; época en la cual tuve mi primer encuentro con la Administración Pública, y más importante, con la jurisprudencia.

Ese fue, además de la escritura, otro gran descubrimiento que hice, pues lo que allí encontré fue una verdadera “mina” del conocimiento, la más valiosa para el estudio del derecho. El estudio de la jurisprudencia, que entonces era totalmente desconocida en materia de derecho público, al punto de que en mis estudios en la carrera, nunca se nos citó alguna sentencia o precedente judicial.

En contraste, desde entonces, siempre le he dicho a mis alumnos que para aprender el derecho vivo, hay que leer las sentencias de los altos tribunales; leer Jurisprudencia, sea que establezca los principios del orden jurídico o los destroce.

Por mi parte, puedo decirles que desde entonces nunca dejé de trabajar la jurisprudencia; la recopilé; la divulgué; sobre ella publiqué mis primeros artículos y terminé publicando en la década de los setenta siete tomos sobre la misma

Luego, a partir de 1980, seguimos trabajando la jurisprudencia, formando el contenido esencial de la *Revista de Derecho Público*, que ha sido una extraordinaria aventura editorial, que ha sobrevivido hasta nuestros días, con todas las complicaciones imaginables, contando siempre para sacarla, con la colaboración de María Ramos Fernández, mi fiel colaboradora en la Jefatura de Redacción de la Revista y en el estudio de la jurisprudencia.

1962. En 1962 fue el final de mi carrera de derecho, y ya con buen bagaje académico y varios artículos publicados, opté por más estudio. Ya mi vocación académica estaba clara, y para ello, la Universidad Central de Venezuela afortunadamente premiaba la excelencia de manera que me fui con una modesta beca para Francia, a seguir los cursos del tercer ciclo en derecho administrativo.

1962-1963. En París, además de seguir los cursos de los profesores Marcel Waline (precisamente por cuyo libro había estudiado en Caracas), Charles Eisenman (quien había sido alumno de Kelsen) y René Charlier, lo más importante fue que, de entrada, me puse a trabajar en la redacción de mi tesis doctoral, para lo cual me basé en el material bruto de la mina jurisprudencial que había recopilado en Caracas. A los pocos meses ya yo tenía redactada buena parte de la Tesis, que trataba sobre las instituciones fundamentales del derecho administrativo venezolano; y allí se me presentó una de esas situaciones vitales, en las cuales hay que hacer una elección; y es que la vida está llena de situaciones, a cada momento, en las cual hay que elegir el camino a tomar; siendo en algunos casos de orden vital. Y con ello, no perder oportunidades, tratando de elegir la mejor.

A mí se me planteó la situación difícil de decidir si presentar la tesis en la Universidad de París, donde me encontraba, que en principio era la que parecía lógico; o regresarme a Caracas y presentarla en la Universidad Central. Yo sabía lo que había escrito, y sobre su valor, pues llenaba el vacío bibliográfico que existía en el país; y estaba seguro de que la Tesis, si presentada en Caracas, se premiaría con publicación. Y opté por esta última alternativa. La Tesis, luego en 1964 efectivamente se premió y se publicó, habiendo servido en esos años de los sesenta como un manual de la disciplina, en paralelo al manual que en ese año publicaría el profesor Lares Martínez.

El libro con la Tesis fue publicado en 1964, así:

- *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Colección Tesis de Doctorado, Vol. IV, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, 494 pp.

El trabajo de la Tesis, además de partir de la jurisprudencia venezolana, me hizo adentrar en toda la bibliografía contemporánea del derecho administrativo, descubriendo a los autores franceses y

españoles, y particularmente, a quienes había llenado las páginas de la excelentísima *Revista de Administración Pública* española.

Ese descubrimiento de la RAP y de los autores, hizo que cuando en semana santa de 1963 fui de visita a Madrid, llamara, sin inhibición alguna, a todos los profesores que venía de estudiar. Todos recibieron al joven doctorando, y de allí comenzó mi amistad de siempre, por ejemplo, con Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Fernando Garrido Falla, Rafael Entrena Cuesta, Villar palasí. Todos me recibieron amablemente, e incluso de allí surgió la petición de Eduardo García de Enterría para que le enviara un trabajo para la RAP, que salió publicado en 1964.

- “Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano,” en *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, N° 43, Madrid, eneroabril 1964, pp. 427-456.

1963. Regresé a Caracas a mitades de 1963, con el texto de mi Tesis que yo mismo había mecanografiado en interminables días y noches, para comenzar a enseñar en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, los cursos de *Derecho Administrativo I* y *Derecho Administrativo II*, a lo cual, junto con el trabajo en el Instituto le dediqué todas las horas imaginables. Y así comenzaron a aparecer primero una versión multigrafiada de mis cursos de Derecho Administrativo II:

- *Curso de Derecho Administrativo II*, Tercer Año de la Facultad de Derecho, “Anotaciones taquigráficas,” Editorial Mohingo, noviembre de 1965; octubre de 1966; septiembre de 1968; y julio de 1972

Y además, los primeros temas del Curso, como libro, en lo que fue la primera publicación de la Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público:

- *El régimen jurídico administrativo de la nacionalidad y ciudadanía venezolanas*, Colección de Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1965, 120 pp.

Al poco tiempo de regresar a Caracas y estando inmerso en un trabajo intensísimo, quien había sido mi profesor de Derecho Civil I, Jesús Alberto Zambrano Velazco, y se desempeñaba como Consultor Jurídico del Ministerio de Justicia, me propuso que aceptara ser Consultor Adjunto para ocuparme de todos los temas de derecho público, que en definitiva eran el grueso de lo que se planteaba en dicha Consultoría. Acepté el reto, y así comencé a adentrarme progresivamente en lo interno de la Administración Pública.

Trabajé así en todos los temas centrales del derecho administrativo, elaborando dictámenes y estudios, incluso en temas que originaron polémicas, dando origen a los estudios iniciales por ejemplo sobre contratos administrativos, sobre los cuales dictaminaron otros profesores como Farías Mata y Lares Martínez, en particular sobre el tema de la aprobación legislativa de los llamados contratos de interés nacional.

En todo caso fue un año intensísimo, y como resultado, recopilé toda la doctrina de la Consultoría Jurídica que salió publicada en dos volúmenes:

- *Doctrina Administrativa, Dictámenes de la Consultoría Jurídica, Ministerio de Justicia 1959-1963* (Compilador y editor), Ministerio de Justicia, Caracas 1965, 306 pp.
- *Doctrina Administrativa, Dictámenes de la Consultoría Jurídica, Ministerio de Justicia 1964* (Compilador y editor), Ministerio de Justicia, Caracas 1965, 158 pp.

1964. Al año siguiente, en 1964, continué mi tránsito por la Administración Pública, esta vez desde el ángulo del órgano de control fiscal. El Contralor General de la República, a quien yo no conocía personalmente, me llamó para que fuera uno de sus Contralores Delegados. Volví a aceptar el reto, y como tal, me ocupé durante un año de las secciones de averiguaciones administrativas, y de control previo de contrataciones públicas. Tuve total autonomía, y respaldado con la confianza del Contralor. Me tomé en serio el trabajo, dicté más de 500 autos declarando responsabilidad administrativa de funcionarios, y tuve que enfrentarme con Ministros poderosos como el de Obras Públicas que se resistían al control previo. El Presidente de la República respondió al trabajo del Contralor delegado, al punto de que incluso despidió a altos funcionarios del Estado que habían sido condenados por responsabilidad administrativa. Terminé el año, como era de esperarse, realmente agotado, y sintiendo amenazas detrás de cada puerta, no sin antes haber adelantado un estudio sobre el control en relación con las empresas del Estado que se publicó tiempo después.

- *El control de las actividades económicas del Estado en el derecho venezolano*, Ediciones del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, Contraloría General de la República, Caracas 1969, 176 pp.

1965. La pasantía por la Contraloría estaba en el final de mis opciones, cuando en 1965 el recién nombrado Gobernador del Distrito Federal, Guinán Baldó, a quien tampoco conocía personalmente, me llamó para que fuera su Consultor Jurídico. De nuevo acepté y asumí el reto, y con ello se inició mi primer contacto con la Administración Local y con los problemas de la administración municipal, particularmente en relación con el gobierno de las áreas metropolitanas y los problemas urbanísticos de las grandes ciudades.

El resultado del trabajo, además de definir las bases de las concesiones de importantes servicios, como el de energía eléctrica, fueron dos libros sobre el régimen municipal de Caracas y las relaciones con el Poder central:

- *Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder Nacional y el Poder Municipal en materia de tránsito y transporte terrestre (Con especial referencia a la Municipalidad del Distrito Federal)*, Gobernación del Distrito Federal, Caracas 1965, 84 pp.
- *El régimen de gobierno municipal en el Distrito Federal venezolano*, Gobernación del Distrito Federal, Caracas 1968, 172 pp.

1965 -1969. En ese mismo año 1965 acepté otro de esos retos vitales que marcan la vida académica. Quien había sido mi profesor de derecho procesal civil Arminio Borjas, quien era miembro independiente del Consejo Supremo Electoral, propuso al cuerpo que se me designara asesor jurídico del mismo, posición que también acepté, y que ocupé hasta 1969. Me correspondió tomar todas las decisiones difíciles y complejas de la época, por ejemplo, sobre división de partidos y sobre rechazo de candidaturas a cargos electivos, terminando con la elaboración del proyecto de Ley Orgánica del Sufragio.

Mi pasantía por el órgano electoral coincidió con su época más difícil, como fue la elección presidencial de 1968, en la cual se produjo la primera alternabilidad democrática con la elección, después de Rómulo Betancourt y Raúl Leoni, de Rafael Caldera a la Presidencia de la República, con un margen de solo 30 mil votos.

Mi labor en la Consultoría quedó plasmada en dos tomos publicados con todos los trabajos jurídicos realizados

- *Doctrina Administrativa, Dictámenes del la Consultoría Jurídica, Consejo Supremo Electoral* (Compilador y editor), Consejo Supremo Electoral, Tomo II, Caracas 1969, 210 pp.

Durante ese tiempo, además, tuve a mi cargo la elaboración de tres proyectos importantes de leyes, la de Procedimientos Administrativos; la de la jurisdicción Contencioso Administrativo y la de la Jurisdicción Constitucional, las cuales incluso tuve el privilegio de elaborar en colaboración de dos destacados amigos profesores españoles, Sebastián Martín Retortillo Bacquer y Francisco Rubio Llorente, quienes estaban en ese tiempo trabajando en la Universidad Central de Venezuela.

1966. En paralelo a las funciones públicas, nunca dejé la actividad docente y el trabajo en el Instituto de Derecho Público, donde en 1966 se me presentó otro giro académico importantísimo, que me hizo vincular con el mundo del derecho comparado. El profesor Roberto Goldschmidt, exiliado en América latina desde las épocas de la postguerra, había llegado a Venezuela en los cincuenta, y comenzó a organizar los estudios de derecho comparado, particularmente en materia de derecho privado. Era un comercialista reputadísimo, con vínculos estrechos con la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya, y había sido el autor de la reforma del Código de Comercio venezolano de 1955.

Lo había conocido cuando él era Director del Instituto de Derecho Comparado en el Ministerio de Justicia y Consultor Jurídico Adjunto, y a pesar de la diferencia de edad, nos habíamos hecho amigos. La Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya, a la cual pertenecía, lo había nombrado Ponente General para el Congreso Internacional de Uppsala, sobre un tema que a pesar del nombre no era de su especialidad: las actividades industriales y comerciales del Estado. Era un tema de empresas

públicas, de derecho público, y evidentemente no del mundo del derecho mercantil.

Me propuso que yo asumiera la Ponencia, para lo cual él presentaría mi nombre, pidiéndome que le pasara mi Curriculum sin indicar la edad. Yo tenía 26 años, y a pesar de que ya tenía una obra escrita y publicada considerable, sin duda no encajaba en el perfil general de los Ponentes Generales, quienes siempre eran consagrados y viejos juristas de todo el mundo. En definitiva la Academia aceptó mi postulación, y preparé una Ponencia que, para contrarrestar los efectos de mi juventud, consideré que tenía que ser contundente y así fue, redactando un libro cuyo texto multigráfico llegó con antelación a la Universidad de Uppsala. Cuando me fui a inscribir en el Congreso, y ya la Ponencia estaba disponible, en la Secretaría no se creían que yo fuera el profesor Ponente General y pensaron que lo que yo era, era el “secretario” de Brewer Carías.

Mi trabajo fue celebrado, y el libro fue publicado en París y Caracas:

- *Les entreprises publiques en droit comparé* (con Prefacio de Roland Drago), Colección de Cursos de la Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé, París 1968, 120 pp
- *Las empresas públicas en el derecho comparado (Estudio sobre el régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado)*, Colección Monografías de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Vol. XXXVI, Caracas 1967, 200 pp.

El resultado inmediato de dicho estudio fue mi vinculación permanente con la Academia y con todos los Académicos, muchos mayores que yo, pero con quien entablé amistad académica, habiéndome designado Ponente general en los años siguientes

en los Congresos de Pescara, Teherán, Montreal, Caracas, Brisban, Bristol y Washington. De cada Ponencia general, sobre temas variados, quedaron estudios y muchos libros. Fui electo Vicepresidente de la Academia posición que ocupé entre 1982 y 2010. La mayoría de las Ponencias generales se publicaron en el libro:

- *Etudes de droit public comparé*, Académie International de Droit Comparé, Bruylant, Bruxelles 2001, 1.182 pp.

1967. En 1967, se produjo otro hecho académico que de nuevo tendría influencia determinante en mi actividad.

El primero fue mi asistencia al Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Integración, para profesores de derecho de Latinoamérica, que se organizó en Buenos Aires. El tema era novedoso, pues los Tratados de Roma de las Comunidades Europeas tenían escasos años de implementación y en América latina solo contábamos con la Asociación latinoamericana de Libre Comercio. Todo estaba por hacer, y así lo entendimos el destacado grupo de profesores con quienes compartí, entre quienes estaban los juristas argentinos: Agustín Gordillo, Jorge Reinaldo Vanossi y Hector Alegría, y otros juristas del Continente en materias de derecho privado.

Fue para mí, el inicio de los contactos internacionales entre profesores de derecho, que luego por lustros seguí cultivando y promoviendo, habiendo sido aquellos contactos el origen remoto de todas las organizaciones y asociaciones internacionales contemporáneas de derecho administrativo.

1968. Con el bagaje adquirido, asumí la promoción de los estudios sobre integración en Venezuela, organizando cursos y seminarios desde el Instituto de Derecho Público, en una materia que era novedosísima en el país.

Esa incursión en el campo de la integración, tuvo repercusiones, y fue que en 1968, hubiese sido llamado para actuar como

Asesor jurídico de la delegación venezolana para las negociaciones del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino).

Ciertamente, el país no estaba preparado para ingresar en ese momento en el Acuerdo, y en el gobierno no había una agencia especializada que llevara el tema. Por ello, Venezuela no firmó el Pacto Andino, lo que motivó el retiro de la delegación; y por ello, le propuse al gobierno, luego de haber asistido a la primera reunión de Cancilleres del Grupo Andino como Observador por Venezuela, y de oír la opinión del Canciller colombiano López Miquelsen y del Presidente Valencia a quien visité en Bogotá, la necesidad de establecer un organismo que estudiara comprensivamente el tema. El Canciller, Arístides Calvani, quien había sido mi profesor, me pidió elaborar el proyecto de lo que fue la ley del Instituto de Comercio Exterior, que luego de aprobada condujo incluso a que el mismo se constituyera oficialmente en mí oficina de la presidencia de la Comisión de Administración Pública.

Seguí vinculado al tema, desde el punto de vista jurídico, y de ello salieron publicados varios trabajos, entre otros el libro sobre:

- *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Banco Central de Venezuela, Caracas 1968, 131 pp.

1968. En 1968, también se produciría otro hecho académico que también tendría repercusiones fundamentales en mi vida intelectual y profesional, y fue mi asistencia, por el Instituto de Derecho Público, al Congreso Internacional de Ciencias Administrativas de Dublin, organizado por el muy conocido Instituto Internacional de Ciencias Administrativas con sede en Bruselas.

Con ello inicié mi incursión en los predios de las ciencias de la Administración, y mis contactos permanentes con el Instituto de Bruselas, en el cual al poco tiempo fui electo como Vicepresidente,

compartiendo las reuniones regulares de la Junta Directiva por más de 10 años con los profesores Guy Braibant, Massimo Severo Giannini y Laureano López Rodó, con quienes, igualmente a pesar de la diferencia de edad, entablé una fructífera amistad.

Esos vínculos me llevaron a participar en un importante ciclo de conferencias que organizó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela sobre temas del desarrollo en el cual hablé sobre “La Administración para el desarrollo,” en un texto que luego salió publicado como:

- *Una revolución para el desarrollo*, Cuadernos para la Reforma Administrativa N° 1, Comisión de Administración Pública, Caracas 1970, 56 pp.

Esa conferencia, en todo caso, fue mi primer contacto con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en la cual luego sería electo diez años después en 1978.

1969. El haberme adentrado en el tema de la Administración Pública y de su reforma, tuvo efectos importantísimos en mi vida académica, que se produjeron luego de la elección de Rafael Caldera como Presidente de la República, por el partido Social Cristiano Copei. Él había sido mi profesor en la Facultad de Derecho en Sociología Jurídica y derecho del Trabajo, y yo había sido profesor de sus dos hijos Rafael Tomás y Juan José Caldera. Nos conocíamos bien, y ya en ejercicio de la Presidencia me llamó, recuerdo, diciéndome: “¿No es Ud quien estudia la Administración Pública y las Ciencias Administrativas?” pasando de renglón seguidas a ofrecerme que aceptara entonces conducir la Comisión de Administración Pública, que era un organismo de la Presidencia de la República encargado de la reforma administrativa.

De nuevo, acepté el reto, pero no sin antes, en la forma más osada que se puede pensar – lo reconozco -, plantearle al Presidente

algunas condiciones para aceptar el cargo. Yo no era miembro del partido de gobierno y no fui nunca miembro de algún partido, y sabía que iba a ser difícil enfrentar burocracia partidista, sobre todo ante la primera alternancia en el régimen democrático. Para cumplir mis funciones requeriría apoyo, por lo que las condiciones que planteé fueron relativas al rango burocrático que se le daría a la Comisión en la estructura del Estado y de las Oficinas de la Presidencia; la garantía de tener acceso directo al Presidente en el ejercicio de mis funciones; así como contar con un estatuto jurídico que asegurara el rol de la Comisión respecto del universo de los órganos y entes de la Administración. Le presenté a tal efecto un proyecto de Decreto, y solo fue después que lo dictó el 30 de junio de 1969, cuando al día siguiente asumí como Presidente de la Comisión de Administración Pública.

Tres años intensísimos y fascinantes siguieron, durante los cuales tuve el privilegio, junto con un destacadísimo grupo de más de 80 profesionales que designé con toda libertad y sin injerencia partidista, de conocer por dentro y diseccionar todas las entrañas de la Administración Pública, en las áreas de personal – en la Comisión estaba la Oficina Central de Personal - ; de la organización administrativa tanto estructural como funcional, y su reforma; y de la formación en administración pública – la Escuela de Administración Pública también estaba adscrita a la Comisión.

El resultado fue, además de la elaboración de varios importantes proyectos de leyes, como la relativa a la función pública -aprobada como Ley de Carrera Administrativa en 1971 -; y la relativa a la Administración Pública; la presentación de un muy completo y ambicioso plan de reforma administrativa – único en su tiempo en América Latina - para ser ejecutado en los años futuros, contenido en un grueso e importante libro, que sirvió por muchos años como guía para el conocimiento de la Administración Pública:

- *Informe sobre la reforma de la Administración Pública Nacional* (Director y editor), Comisión de Administración Pública, Caracas 1972, Vol. 1: 645 pp. y Vol. 2: 621 pp.

Otro libro, resultado del trabajo en la Comisión fue:

- *El estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa* (con Prólogo de Rafael Caldera), Ediciones de la Comisión de Administración Pública, Caracas 1971, 255 pp.

Durante el tiempo dedicado a la elaboración del plan de reforma administrativa, tuve el privilegio de participar en la internacionalización del tema – promoví la creación de la Asociación latinoamericana de Administración Pública de la cual fui su primer Secretario general - , estableciendo alianzas con organismos similares, recorriendo casi todos los países del Continente, habiéndome correspondido además, promover la creación del Centro de Administración para el Desarrollo (CLAD), del cual fui su primer Presidente.

En mi visita a República Dominicana en 1971 conocí a quien dirigía el organismo con funciones similares, Raymundo Amaro, muy querido amigo destacado profesor dominicano con quien conservé siempre amistad.

1972. Coincidente con la presentación del Plan de reforma Administrativa, la diatriba partidista ya desatada, sobre todo en el Congreso, lamentablemente garantizaba que el mismo no se iba a poder ejecutar de inmediato, por la oposición del partido Acción Democrática – aun cuando paradójicamente sí se comenzará a ejecutar en 1975 al ganar dicho partido las elecciones -. Ante los obstáculos políticos, le planteé al Presidente mi renuncia y mi plan de volver al mundo académico.

Con su comprensión y anuencia, y atendiendo una invitación de la Universidad de Cambridge me fui a Inglaterra como *Visiting Scholar* adscrito al centro de Estudios latinoamericanos de dicha Universidad. Y allí, de nuevo, estudio, estudio y más estudio, y trabajo, trabajo y más trabajo, y fue cuando del derecho administrativo comencé a incursionar en el derecho constitucional; y del trabajo y estudio resultó un nuevo libro que era la secuela de todo lo que no había quedado expresado en el libro sobre el Plan de reforma Administrativa, relativo a la “reforma del Estado” anticipándome a lo que luego sería en Venezuela un gran programa gubernamental hacia los años ochenta. El libro, luego editado en Madrid, fue:

- *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado democrático y social de derecho*, Editorial Tecnos, Colección Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política, Madrid 1975, 695 pp,

Durante los dos años de estadía en Cambridge (1972-1974) preparé, además, la sistematización definitiva de los siete Tomos de la Jurisprudencia en materia de derecho público mencionada (1930-1975), que se editó entre 1975 y 1979, por el Instituto de derecho Público:

- *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo, Tomo I: El ordenamiento constitucional y funcional del Estado* (648 pp.); *Tomo II: El ordenamiento orgánico y tributario del Estado* (599 pp.); *Tomo III, Vol. 1: La actividad administrativa. Reglamentos, procedimientos y actos administrativos* (433 pp.); *Tomo III, Vol. 2, La actividad administrativa. Recursos y contratos administrativos* (587 pp.); *Tomo IV: La Jurisdicción Constitucional* (324 pp.); *Tomo V, Vol. 1: La Jurisdicción ContenciosoAdministrativa, Los órganos y el recurso de anulación* (386 pp.), *Tomo V, Vol. 2: La Jurisdicción*

Contencioso Administrativa. Los recursos de anulación y de plena jurisdicción (816 pp.); *Tomo VI: La propiedad y la expropiación por causa de utilidad pública e interés social* (690 pp.), Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1975-1979.

En ese tiempo redacté, además, mi trabajo de ascenso a Titular como profesor de la Universidad Central de Venezuela que luego fue publicado como:

- *Derecho Administrativo, Tomo I, Publicaciones* de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.,

1974. De regreso a Caracas en 1974, volví al Instituto de Derecho Público y esta vez, a los Cursos de Post Grado que contribuí a organizar, siendo el primer coordinador de los mismos. Desde entonces, dejé la enseñanza en el pregrado, lo que me permitió comenzar a enseñar, estudiando y escribiendo sobre temas diversos y siempre distintos y novedosos. Ello en parte explica – como dejé de repetir Cursos – mi obra escrita tan variada, habiendo podido tocar materialmente todos los temas del derecho público.

1975. Al año de regresar a Caracas, atendí al llamado de mi amigo de toda la vida Alberto Baumeister Toledo para incorporarme al Escritorio de Abogados que venía de establecer; y así después de doce años de graduado fue que me inicié en el ejercicio de la profesión de abogado. Fundamos entonces la firma Baumeister & Brewer, e iniciamos una aventura profesional retadora y fascinante, como Abogados consultores, teniendo de “clientes” iniciales, a los Escritorios de Abogados, que no tenían entre su personal especialistas en derecho administrativo.

Yo fui, entonces, un caso único, de un abogado que se ofrecía solo como especialista en derecho administrativo. En realidad,

mis profesores de Derecho Administrativo y Constitucional eran excelentes abogados integrales, que ejercían en derecho privado y público, pero sin dedicarse solo a la rama de derecho público.

Por ello, la mesa inicial vacía de papeles con la que me inicié en el ejercicio profesional, rápidamente se llenó, atendiendo básicamente consultas de los colegas; y paralelamente iniciamos desde el posgrado en la Universidad Central y desde el mismo Escritorio, el proceso de formar especialistas que luego pasarían a atender asuntos en todas las áreas del quehacer profesional.

En Baumeister & Brewer, en todo caso, siempre buscando niveles de excelencia, requiriendo que los asociados fueran profesores y tuvieran o comenzaran a tener obra escrita, formamos a través de los años un equipo extraordinario de juristas. Entre nuestros socios estuvieron Marcial Pérez Chiriboga, Armida Quintana, Mariolga Quintero, y ahora están Pedro Nikken, Francisco Zubillaga y Mario Pesci Feltri; y hoy aquí están en estas Jornadas, como Comentaristas, tres destacadas socias actuales de la Firma: las profesoras Claudia Nikken, Flavia Pesci Feltri y Caterina Ballasso; y aquí también están como Conferencistas, tres apreciados y destacados abogados y profesores quienes se formaron en Baumeister & Brewer: Carlos Ayala Corao, Jose Antonio Muci, Juan Domingo Alfonso.

Si de algo me enorgullezco es de haber contribuido a la formación de la mayoría de los especialistas en derecho administrativo en el país, y no sólo profesional sino académica. En todo caso, como firma de abogados tenemos la satisfacción de que de los 35 miembros de la Academia de Ciencias Políticas Sociales, seis han sido miembros de Baumeister & Brewer: los profesores Alberto Baumeister Toledo, Pedro Nikken, Carlos Ayala, José Antonio Muci, Gerardo Fernandez, y quien les habla.

Desde Baumeister & Brewer, en todo caso, siempre me financié a mi mismo mis propias investigaciones, de manera que puedo decir que nunca recibí financiamiento de institución alguna para mis trabajos, que siempre acometí en solitario, con la ayuda permanente, sin embargo, de mis secretarias de varias décadas, Arelis Torres y Francis Gil, mis fieles colaboradoras.

1976. Otro acontecimiento fundamental en mi actividad académica, fue la creación de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, que en el momento, fue la primera empresa editorial jurídica en el país. Hasta entonces, las “editoras” eran en realidad las instituciones, las Facultades de Derecho, los Colegios de Abogados, el Ministerio de Justicia. La Editorial la fundé con el apoyo de una antigua alumna y muy querida amiga, Isabel Boscán de Ruesta, quien está aquí también acompañándonos en estas Jornadas; y que luego se siguió desarrollando con la ayuda de Maria Ramos Fernández y de Gabriela Oquendo, quienes han gerenciado con éxito la institución durante los últimos más de cuatro lustros.

Recuerdo que entre los primeros libros editados estuvo un trabajo que elaboré a pedido de mi recordado amigo el profesor Jean Rivero, para unas Jornadas Franco -Latinoamericanas de derecho público comparado celebradas en Bayona, y que fue el libro:

- *Garantías constitucionales de los derechos del hombre, Colección* Monografías Jurídicas, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1976, 145 pp.

Se inició así, una extraordinaria experiencia editorial, que ya ha editado más de 500 títulos, que ha sido, además, el vehículo para divulgar la obra jurídica de tantos profesores y jóvenes autores, quienes no encontraban otro medio para editar sus trabajos; y todo bajo el esquema real de ser una Fundación, es decir, de una institución sin fines de lucro, y que salvo el aporte inicial que hizo Isabel Ruesta, sus únicos fondos fundacionales han sido mis

aportes y, permanentemente, el monto de mis derechos de autor por la publicación de mis obras, por las que nunca he percibido ni un centavo; quedando todo en la Editorial, para ayudar a financiar otras publicaciones.

Una de las empresas más retadoras y fascinantes desarrolladas desde la Editorial, como indiqué, fue la edición, desde 1980, de la *Revista de Derecho Público*, en la cual todos los autores han encontrado el vehículo necesario para divulgar su pensamiento en los temas de derecho administrativo y constitucional; siendo además el vehículo para la divulgación de la jurisprudencia en la materia.

1978. En 1978 fui electo Individuo de Número en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, habiendo sido mi trabajo de incorporación sobre derecho urbanístico – rama en la cual comenzaba a incursionar -, resultado en el libro:

- *Urbanismo y propiedad privada* (Trabajo de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1978), (con Prólogo de Ramón Martín Mateo y Presentación de Pedro Pablo Azpúrua), Colección Estudios Jurídicos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, 628 pp.

Veinte años después, presidí la Academia (1996-1998), en una época particularmente difícil de crisis de las instituciones políticas del país. Fui electo siendo el Académico más joven (38 años); siendo hoy el vice-decano de la Academia en número de años como Académico, solo superado por mi amigo José Muci Abraham,

1980. Con ocasión de la fundación de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad central de Venezuela, me correspondió asumir la enseñanza en dos materias: Organización Administrativa y Fundamentos de la Administración Pública, en cuya preparación,

de nuevo, con todas las horas imaginables, resultaron los siguientes dos textos:

- *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Colección Monografías Administrativas, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, 135 pp.
- *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Colección Estudios Administrativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, 386 pp.; 2ª edición, 1984.

1982-1987. En los años siguientes a partir de 1982 asumí otro reto importantísimo, y fue la extraña y fructífera pasantía de cinco años en el Senado de la República. En las elecciones parlamentarias de 1978 había sido electo como Senador suplente en las listas del partido Social Cristiano – en Venezuela, era frecuente que los partidos políticos incorporaran independientes en sus listas, sobre todo al final de las mismas -, que en general no llegaban a ejercer sus funciones, sino muy excepcionalmente.

Y ese fue mi caso, para 1982, materialmente todos los principales de la lista habían fallecido sucesivamente, por lo que fui llamado por descarte para incorporarme al Senado. Me tomé en serio el encargo – no sé si eso era lo que esperaban en la fracción parlamentaria respectiva -, y me puse a trabajar con toda independencia en todos los proyectos de Ley que se sometían a discusión, habiendo incluso propuesto más de uno. Así, tuve el privilegio de intervenir en la redacción de los proyectos de ley sobre al transporte público rápido en el área metropolitana de Caracas, sobre Salvaguarda del patrimonio Público, sobre Amparo, sobre el Régimen Municipal, sobre Ordenación del Territorio y sobre Ordenación Urbanística.

Mis andanzas intelectuales en el Senado terminaron plasmadas en tres tomos publicados por las Ediciones del mismo:

- *Estudios de derecho público, Tomo I, (Labor en el Senado 1982)*, (266 pp.); *Tomo II, (Labor en el Senado 1983-1984)*,

(460 pp.); *Tomo III, (Labor en el Senado 1985-1987)*, (420 pp), Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1983-1989.

Durante esos años además, continué con mis estudios sobre el Estado y las instituciones políticas, habiendo publicado, los libros:

- *Instituciones políticas y constitucionales*, 1^a edición, Ediciones Manoa, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-San Cristóbal, 1982, 713 pp.
- *El Estado, Crisis y Reforma*, Colección Ensayos, N° 4, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1982, 293 pp.

1985-1986. Después de diez años de ejercicio profesional como consultor, y de la experiencia en el Senado, tan pronto pude volví a la academia, esta vez atendiendo al nombramiento como Profesor Simón Bolívar, que mis amigos ingleses del mundo del derecho comparado – John Hamson y Antony Jolowicz - materializaron en la Universidad de Cambridge, donde me propusieron dar un curso regular en el Master (LLM) de la Facultad de Derecho.

Nuevo reto que asumí, y que de nuevo consistió en trabajo, trabajo y más trabajo y estudio, estudio y más estudio, dando origen a que redactara íntegramente el curso sobre “Control jurisdiccional de la constitucionalidad en el derecho comparado.” Un esfuerzo realmente extraordinario, de conocimiento adquirido y tiempo de dedicación – todo el tiempo disponible – pero compensado con la publicación final del texto del curso en Cambridge- hoy un clásico en la materia - con el título de:

- *Judicial Review in Comparative Law, (Prólogo de J. A. Jolowicz)*, Cambridge Studies in International and Comparative Law. New Series, Cambridge University Press, Cambridge 1989, 406 pp.

Nunca, lamentablemente, fue publicado en castellano, aun cuando sí tuve oportunidad, por lo que al derecho venezolano se refiere, de haber redactado en Cambridge, paralelamente al curso en inglés, otra obra que luego fue publicada en Madrid:

- *Estado de derecho y control judicial (Justicia constitucional, Contenciosoadministrativo y amparo en Venezuela)*, (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, 657 pp

El trabajo en Cambridge como Profesor fue realmente agotador, y de allí salí diciéndome a mi mismo que nunca más aceptaría dar un curso en otro idioma que no fuera el castellano !!

1986. De regreso a Caracas, seguí la línea de investigación que había iniciado en Cambridge en 1973 y luego completado en 1985, en materia de derecho constitucional, y publiqué a pedido de mi amigo José del Rey fajardo SJ, encargado de las publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, la segunda edición de la obra:

- *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal 1985, 2 Tomos, 754 y 734 pp.

En esta forma, lo que inicialmente fue un texto de un tomo, seguido de esta edición de dos tomos, terminó para fines de los noventa en una obra de 7 tomos, publicada bajo los auspicios de la Universidad Católica del Táchira, de la cual del Rey era entonces rector:

- *Instituciones políticas y constitucionales, Tomo I: El régimen histórico constitucional del Estado*, (715 pp.); *Tomo II: El régimen del Poder Público y su distribución vertical El Poder Nacional y el régimen federal y municipal*, (754 pp.); *Tomo III: La distribución vertical del Poder Público y el sistema de gobierno*, (722 pp.); *Tomo IV:*

Los derechos y garantías constitucionales, (566 pp.); *Tomo V: Derecho y acción de amparo*, (577 pp.); *Tomo VI: La Justicia Constitucional*, (642 pp.); *Tomo VII: La Justicia Contencioso-Administrativa*, (613 pp.), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996-1998.

En la época fui particularmente crítico con el régimen de partidos políticos, tal como estaba funcionando, negados los mismos a abrir la democracia y hacerla más participativa y representativa. De ello, resultaron varios trabajos, entre ellos el libro:

- *Problemas del Estado de partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 340 pp.

1989-1990. Unos años después volví a la academia plena, re-inciendiando en lo que había dicho no haría nunca más; y acepté el reto de preparar y dictar un curso, esta vez en Francés, en el tercer Ciclo de la Universidad de París II, en la sede de la Place du Panthéon, en las mismas aulas donde casi treinta años antes había recibido clases. La invitación fue del profesor Roland Drago, quien al tiempo era el secretario general de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y el tema propuesto fue sobre el procedimiento administrativo en el derecho comparado.

De nuevo todas las horas imaginables las dediqué a escribir el Curso en Francés, habiendo de nuevo dicho al final, después del agotador trabajo, que ahora sí nunca jamás iba a volver a dar un curso en otro idioma que no fuera el castellano. El curso salió publicado en París – es un clásico en la materia -, con prólogo de mi amigo de tantos años, Frank Moderne:

- *Les principes de la procedure administrative non contentieuse. Étude de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, (Prólogo de Frank Moderne), Editorial Económica, París 1992, 167 pp.

Y en Madrid, con prólogo de mi también amigo de tantos años, Eduardo García de *Enterría*:

- *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990, 200 pp.

1990. Al regresar de París, y ante la crisis persistente del sistema político que los partidos se negaron a refrescar, continué en el estudio del mismo, advirtiendo sobre los peligros que podían derivarse de la crisis, y sobre sus soluciones.

En paralelo, durante esa década desarrollé un ejercicio profesional intenso, atendiendo casos de importancia y que tuvieron cada uno en su campo gran repercusión. Redactamos muchos escritos, con alegatos, informes y comentarios, que como sucede con lo que usualmente escribimos para los juicios los abogados, terminan archivados en los expedientes de los tribunales, o en los archivos de nuestras oficinas, y a la larga desaparecen. Me negué a ello, y en cambio, recopilé todo aquél rico material en argumentos, razonamientos y defensas, y los publiqué sucesivamente. Muestra de ello fueron los libros de los casos:

- *El caso de las Cartas de Crédito (Efectos retroactivos y confiscatorios de la unificación cambiaria y el régimen de las subvenciones administrativas)*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, 150 pp.
- *El caso del Monstruo de Los Palos Grandes. Estudio jurídicourbanístico* (En colaboración con Carlos Ayala Corao), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, 586 pp.
- *El caso del Banco de Venezuela, Tomo I: La acción de amparo* (En colaboración con Armida Quintana Matos,

León Henrique Cottin, Gabriel Ruan Santos y Carlos Ayala Corao), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, 457 pp.

- *El Caso del Banco de Venezuela. Tomo II. La Incompetencia de la Comisión Nacional de Valores para declarar acciones en sociedades anónimas como acciones en tesorería* (Con trabajos de Eduardo García de Enterría, Massimo Severo Giannini, Roland Drago, Antonio Jiménez Blanco y José Guillermo Andueza), **Colección** Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, 159 pp.
- *Los derechos del niño vs. los abusos parlamentarios de la libertad de expresión* (En colaboración con José Guillermo Andueza y Gerardo Fernández), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, 167 pp.
- *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado* (En colaboración con Carlos Ayala Corao), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, 347 pp.
- *El Caso "Las Cristinas". Sobre el intento de despojo de las minas de oro más ricas de Guayana*, (En colaboración con Francisco Zubillaga Silva, Gerardo Fernández), Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 306 pp.

1992. Ya para 1992, la desatención de los partidos a la democracia era patente, lo que entre otros factores dio lugar a un intento de golpe de Estado militar liderado por el entonces teniente Coronel Hugo Chávez Frías.

Yo planteé públicamente sobre la necesidad que había de recomponer el sistema político., incluso mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente democrática, que debía regularse en la Constitución mediante una reforma puntual de la misma. Los partidos no atendieron el llamado, ni siquiera fueron capaces de haber aprendido de la experiencia en Colombia de 1990, y a lo que se dedicaron en el Congreso, fue a agotarse en la preparación de un proyecto de reforma constitucional, el cual nunca llegó a materializarse.

1993. Al año siguiente, los partidos, no solo no entendieron la gravedad de la crisis, sino que la aceleraron, “suicidando” al sistema político de Estado democrático que habían creado en 1958; y ello lo lograron en 1993, primero con el enjuiciamiento del Presidente Carlos Andrés Pérez, con el voto de su propio partido; y con la candidatura de Rafael Caldera, en contra su propio partido.

Durante el gobierno de transición de 1993, presidido por Ramón J. Velásquez, me llamó para asumir el Ministerio de Estado para la Descentralización, en un nuevo reto en las entrañas de la Administración, que me permitió definir la política de descentralización en el país. El resultado quedó plasmado, de nuevo, en una gruesa obra con el testimonio de todas las propuestas y proyectos, sobre:

- *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Dr. Allan R. BrewerCarías, Ministro de Estado para la Descentralización (junio 1993 febrero 1994), Caracas 1994, 1.072.*

1996-1998. Unos años después, asumí la presidencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, entre 1996 y 1998, y por las circunstancias de la vida, y ante el desentendimiento de los partidos políticos, que en mi criterio siguieron sin entender lo que estaba ocurriendo con la democracia, me tocó enfrentarme al candidato

Hugo Chávez, y a su propuesta de convocar una Asamblea Constituyente sin respaldo constitucional, como le habían aconsejado – de lo que nos enteramos años después – unos profesores españoles de la Universidad de Valencia con pasantías por La Habana, que aparecieron en nuestras costas ofreciendo soluciones – como hace quinientos años otros lo hicieron con espejitos y baratijas – que esta vez agruparon en un denominado “nuevo constitucionalismo,” conforme al cual era posible hacer todo políticamente hablando, aun ignorando los postulados constitucionales, apelando a la soberanía popular. Convencieron a los nuevos “indiecitos” que encontraron, con Hugo Chávez, Rafael Correa y Evo Morales a la cabeza, proporcionándoles las herramientas para demoler la democracia utilizando sus propias instituciones.

En todo caso, ante el vacío que dejaron los partidos políticos, en 1998, ante el único planteamiento electoral de Chávez que fue la convocatoria de una Asamblea Constituyente, y nada más, me enfrenté a dicha propuesta propugnando al contrario que antes había que reformar la Constitución para convocarla.

1999. Chávez terminó siendo electo en diciembre de 1998, y ante la pasividad de los partidos políticos, y una ambigua sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia, lo primero que hizo el día de su toma de posesión, fue convocar una Asamblea Constituyente, imponiéndola a su medida, con base en las propuestas del “nuevo constitucionalismo,” con la cual concretó el asalto al poder que no había logrado siete años antes con intento de golpe militar. Impugné el proceso, y la Corte Suprema, a pesar de haber querido corregir fallas anteriores, terminaría siendo la primera víctima de las mismas.

Sobre ello publiqué dos obras, con todos los planteamientos que formulé en el debate:

- *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, 328 pp.

- *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 296 pp.

En todo caso, participé como candidato independiente en las elecciones de Constituyentes, habiendo salido electo, pero para formar junto con otros tres independientes, el exiguo grupo de cuatro constituyentes de oposición en la Asamblea de 161 miembros totalmente controlada por Chávez. Participé en todos los debates de la Asamblea, formulé propuestas y proyectos y salvé mi voto en múltiples ocasiones, todo lo cual quedó plasmado en tres tomos a medida que se desarrollaron las sesiones:

- *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), (233 pp.); Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), (286 pp.); Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999) (340 pp), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

Finalmente participé en la campaña del referendo sobre la Constitución, propugnando en solitario el Voto NO, pues consideré, y así lo escribí entonces, en mis “Razones por el Voto NO,” que el proyecto de *Constitución 1999* debía ser rechazado, “por estar concebido para el *autoritarismo, el paternalismo estatal, el populismo y el estatismo insolvente.*” Eso fue expresado el 30 de noviembre de 1999, agregando, como muestra, en cuanto a la *Constitución política*, que el Proyecto de Constitución, ponía en evidencia “un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para

la organización del Poder del Estado,” considerando que esa no era “la Constitución política que la democracia requería para su perfeccionamiento, y que, al contrario, debía haber estado montada sobre la descentralización del poder, un presidencialismo controlado, la participación política y la sujeción de la autoridad militar a la civil. Con ese esquema no podemos estar de acuerdo, y de allí nuestro voto negativo el 15 de diciembre de 1999.”

Eso fue hace 19 años, pero entonces lamentablemente, nadie me hizo caso.

De toda esta pincelada vital, que confirma mi aserto de haber vivido la vida intensamente, con trabajo y más trabajo, y estudio y más estudio, y escribir *ad nauseam*, resulta una constante y es que desde siempre renuncié al derecho a permanecer callado.

En el mundo político, de las instituciones y del derecho, siempre he expresado mis críticas y disidencias y siempre publiqué mi pensamiento

Nunca dejé de expresar mi opinión ante las ejecutorias no solo de los gobiernos democráticos, cuando había que criticarlas, sino por supuesto del régimen autoritario, ante las ejecutorias derivadas del avance de la fuerza bruta, física o institucional

Porque “*callar*,” queridos amigos, como lo dijo el mismo Unamuno, “*a veces, significa mentir, porque el silencio puede ser interpretado como aquiescencia.*”

Pero es cierto, siempre pude expresar mi opinión, precisamente por la libertad que tuvimos durante el período democrático, desde 1958 hasta 2000, cuando la misma comenzó a disiparse; y así apenas salió publicada la Constitución comencé a publicar mis comentarios sobre el proceso constituyente y sobre la Constitución misma, en una obra que tuvo múltiples ediciones:

- *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, 414 pp.

- *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.

2000. No es difícil imaginar, por tanto, porqué, a partir de 2000, con el avance del régimen autoritario, no solo el espacio para la libertad académica y para el ejercicio profesional en derecho público se me fue reduciendo progresivamente, sino que paralelamente, se fue acrecentando el riesgo de ser perseguido por la oposición abierta al régimen que expresé desde 1998.

Y la persecución, en definitiva, se concretó a partir de 2005, cuando estando en Berlín, dictando una Conferencia en la Universidad Humboldt, tuve noticias de haber sido acusado falsamente y sin fundamento alguno, por “ordenes del alto gobierno,” por la ex Fiscal General de la República – la misma que hoy circula como nueva opositora al gobierno -, por el delito de conspirar para cambiar violentamente la Constitución – quizás con la pluma como arma -, de todo lo cual resultó que simplemente no pudiera ya regresar más a mi país, y en ese momento, no pudiera siquiera acudir a participar en las VIII Jornadas Internacionales celebradas en noviembre de 2005 en Caracas.

La persecución que desató la Sra. Ex Fiscal fue tal que llegó incluso a pretender utilizar ilegítimamente a la Interpol en mi contra y en contra de sus Estatutos – que le prohíben intervenir en materias de delitos políticos - , a pesar del carácter político del delito por el cual injustamente me acusó. Por ello tuve que enfrentar situaciones desagradables como fue el intento que motorizó la misma ex Fiscal en combinación con el policía-embajador que Venezuela tenía en este país, buscando que de policía a policía me detuvieran, precisamente en esta misma ciudad de Santo Domingo, hace ya 11 años en 2007, cuando por invitación del Senado de la República vine a dar una conferencia sobre temas de reforma constitucional.

Aquí, en todo caso, ante las maquinaciones del policía-embajador, pude contar con la protección personal de los amigos, quienes me ayudaron a enfrentar la maldad; por una parte, mis dos queridos amigos que hoy son los responsables de que estas Jornadas se estén celebrando aquí en santo Domingo, Olivo Rodríguez Huerta y Eduardo Jorge Prats, aquí presente (Olivo: representado Villi); y por la otra, mi amigo, el entonces Presidente Leonel Fernández, quien ante las presiones del impresentable policía-embajador, lo hizo esperar durante largas horas en la antesala de su despacho. Mientras tanto, Olivo y Eduardo y el Presidente del Senado me acompañaron al aeropuerto y mi vuelo despegaba.

Luego Interpol desecharía formalmente las ilegítimas pretensiones del Estado venezolano, pero tuve que estudiar, conforme a los datos que me suministró mi apreciado amigo y antiguo alumno Carlos Ayala Corao, habiendo sido el resultado de ese incidente un nuevo libro sobre:

- *Procedimiento administrativo global ante Interpol*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2015, pp.136; reimpresión pp. 204.

2006. -- El exilio, en todo caso, afortunadamente no afectó mi dedicación al estudio y a la escritura. Al enterarse que estaba en Nueva York, mi amigo George Berman, presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y profesor en la Universidad de Columbia, me ofreció para que diera un curso sobre la protección constitucional de los derechos humanos en el derecho comparado latinoamericano. Y me tocó, por tercera vez, reincidir y olvidarme de mis palabras, y volver a hacer lo que antes había dicho no haría nunca más, y fue preparar, redactar y dictar dicho curso en inglés, sobre el amparo en el derecho comparado, que salió luego publicado en el libro:

- *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2008, 432 pp.

2007-2008. Con posterioridad, el exilio tampoco afectó mi atención permanente en relación con todo lo que ha continuado ocurriendo y ocurre en Venezuela, pues desde cuando no pude regresar al país, desde la distancia, seguí en contacto permanente con todo lo que sucedía con sus problemas institucionales, y con las actividades académicas, profesionales y editoriales.

En 2007, analicé y critiqué el proyecto de reforma constitucional de ese año, que afortunadamente fue rechazado por el pueblo mediante referendo. Mis comentarios quedaron plasmados en el libro:

- *Hacia la consolidación de un estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 157 pp.
- *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, No.43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 224 pp.

2010. Ya para 2010, había terminado un libro en inglés con mis observaciones sobre los efectos de la aplicación de los principios devastadores del “nuevo constitucionalismo” en Venezuela, publicado por Cambridge University Press:

- *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010, 418 pp.

Y unos años después saldría otro libro con todos mis ensayos dispersos en inglés, sobre la tragedia institucional venezolana:

- *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian*

Regime Established in Contempt of the Constitution, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 986 pp

Tampoco dejé de estudiar ni de denunciar ni una sola de las sentencias del Juez Constitucional, que estando sometido al poder, han sido el instrumento más atroz del autoritarismo para demoler el Estado de derecho y el régimen democrático. De allí, incluso, no solo los comentarios jurisprudenciales que siguieron apareciendo en la *Revista de Derecho Público*, que ha seguido saliendo, contra viento y marea, sino la más de una decena de libros publicados sobre ello, entre los cuales se destacan:

- *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.
- *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007, 702 pp.
- *Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional en Venezuela (2008-2012)*, Colección Justicia No. 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 520 pp.
- *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección

Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.

- *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015, 542 pp.
- *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015* (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 478 pp.
- *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.
- *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.
- *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017, 238 pp.

Y más recientemente:

- *La Justicia Constitucional, la demolición del Estado democrático en Venezuela en nombre de un “nuevo*

constitucionalismo”, y una Tesis “Secreta” de doctorado en la Universidad de Zaragoza,” Ponencia preparada para las Jornadas sobre “El papel de la Justicia Constitucional en los procesos de asentamiento del Estado democrático en Iberoamérica,” Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2018, Editorial Jurídica venezolana International, 2018, 282 pp.

Cuando se analiza retrospectivamente lo ocurrido en Venezuela, obra de un Juez Constitucional sometido al poder, de nuevo mi recomendación a mis amigos dominicanos, y es que no solo cuiden su Constitución, que no solo cuiden su democracia, sino que por sobre todo cuiden su Tribunal Constitucional, pues un tribunal degradado y sometido puede, él solo, acabar con aquellas, como precisamente ocurrió en Venezuela.

Pero no solo en estos años pude ocuparme de estudiar y escribir sobre ese trágico proceso, sino que, por lo demás, no he dejado de participar en cuanta actividad académica que se me ha invitado, que han sido muchas, publicando las Ponencias respectivas, en las cuales he expuesto y denunciado la tragedia institucional de Venezuela, lo cual ya es un hecho del convencimiento general, que debe destacarse pues todavía unos lustros atrás, lo sé, algunos dudaban o veían mis planteamientos como exageración.

De lo que les he narrado es evidente que, en todo el contexto de mi vida, el exilio, en realidad no podía causarme mella. Puedo decir que realmente pensé y así actué, como si yo hubiese estado preparado vitalmente para enfrentarlo; de manera que lo que produjo en realidad, fue un nuevo impulso para seguir adelante, reinventándome en muchas cosas, como por ejemplo en el propio ejercicio profesional, volviendo a mis orígenes, dando mi opinión legal en materia de derecho venezolano a los abogados y en definitiva a los jueces que llevaban arbitrajes institucionales; e incluso asesorando en la redacción de textos legales fuera de Venezuela,

como fue en el caso de las Leyes de los procesos Constitucionales tanto en Honduras como aquí, en la República Dominicana.

Es cierto que el exilio, desde el punto de vista de las relaciones personales, a veces puede asimilarse a la muerte física, y por ello, hay que recordar cómo en Roma siempre fue considerado como el peor castigo que se podía imponer a un hombre público.

Pero en mi caso, en esto, yo supe asimilar rápidamente las enseñanzas de Séneca -quien sufrió exilio -, las cuales expuso en una carta de consolación que por su ausencia como exiliado le dirigió a su madre Helvia. En ella, hace veinte siglos, le explicaba que a pesar del exilio, él no se sentía desgraciado, y ello basado en las siguientes cuatro razones: *primero*, que cada hombre “lleva al exilio sus propias virtudes,” esas no se quedan, uno las lleva siempre consigo para seguir las desarrollando; *segundo*, que en definitiva, “no puede haber verdaderamente un lugar de exilio en el mundo,” - decía Séneca hace 20 siglos -, pues “nada en el mundo es extraño al hombre,” todo lo cual es más ostensible en la actualidad con el desarrollo de las comunicaciones; *tercero*, que teniendo siempre la mente dirigida hacia arriba - decía Séneca - , hacia lo trascendente, como es el trabajo intelectual, se preguntaba ¿“que importa en definitiva cual es el terreno donde uno está parado,” si puede seguir pensando y escribiendo? ; y *cuarto* que en definitiva, “para un hombre inteligente cada lugar es su país,” lo que por ejemplo me permite decir, que estando aquí hoy y ahora en estas Jornadas, siento también a este país, la República Dominicana, como mi propio país.

Y yo agregaría otra razón a las que Séneca nos enseñó, - sin que le desee el exilio a nadie - , y es que si los amigos y la familia permanecen fieles, poco importa la lejanía, pues siempre hay forma de tener presencia en todas partes.

Por todo ello, no puedo sino concluir diciéndoles a mis muy queridos amigos de la República Dominicana, de Venezuela, de

España e Italia que nos acompañan, muchas gracias por haber organizado estas Jornadas y por haber aceptado participar en las mismas, y a todos Ustedes que han decidido participar en ellas, gracias por estar aquí, por haber acudido al llamado de las Asociaciones Dominicanas de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional y de las Fundaciones Funeda e Institucionalidad y Justicia; con mi deseo de que este evento contribuya un poquito más al desarrollo del derecho público en esta querida República Dominicana, que como lo destacó el profesor Eduardo Jorge Prats en reciente artículo, está en un proceso espectacular de consolidación legislativa. Gracias también a todos sus colaboradores que han hecho posible estas Jornadas, y entre ellos, a Priscilla Polanco, quien supo lidiar con todos los invitados.

Es un privilegio estar aquí con Ustedes, consciente como soy de que mi nombre es solo una excusa para que nos reunamos regularmente.

Y en cuanto a mi persona, después de la narrativa que les he hecho sobre mi tránsito existencial por las entrañas del Estado y la Administración Pública – como investigador, profesor, consultor jurídico, planificador de la reforma de la Administración, Académico, Ministro, Senador y Constituyente – del mismo ha resultado un legado, a estas alturas, contenido en más de 180 libros publicados, más de 1.000 artículos publicados en revistas especializadas, y más de 1200 conferencias y charlas dictadas, todas dadas en muchas partes del mundo, y que en buena parte se han recogido en dos obras monumentales recientes:

- *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica: Tomo I. El derecho administrativo y sus principios fundamentales* (1.024 pp.); *Tomo II. La Administración Pública* (1082 pp.); *Tomo III. Los actos administrativos y los contratos administrativos* (1072 pp.);

Tomo IV. El procedimiento administrativo (978 pp.); *Tomo V. La Acción de la Administración: Poderes, potestades y relaciones con los administrados* (1072 pp.); *Tomo VI, La Jurisdicción Contencioso Administrativa* (1134 pp.), Editorial Civitas Thomson Reuters, Madrid 2013.

- *Colección Tratado de Derecho Constitucional: Tomo I, Historia Constitucional de Venezuela* (1096 pp.); *Tomo II, Orígenes del constitucionalismo moderno en Hispanoamérica* (980 pp.); *Tomo III, Cambio político y consolidación del Estado de derecho 1958-1998* (1162 pp.); *Tomo IV, Instituciones del Estado democrático de derecho. Constitución 1961* (1180 pp.); *Tomo V, Derechos y garantías constitucionales en la Constitución de 1961 (La Justicia Constitucional)* (1022 pp.); *Tomo VI, Asamblea Constituyente y proceso constituyente 1999* (1198 pp.); *Tomo VII, La Constitución d 1999: Estado democrático Y social de derecho* (1190 pp.); *Tomo VIII. Golpe de Estado constituyente, Estado constitucional y democracia* (1018 pp.); *Tomo IX. Concentración y centralización del Poder y régimen autoritario* (1198. pp.); *Tomo X, Derechos y garantías constitucionales y la acción de amparo* (1196 pp.); *Tomo XI, El derecho y la acción de amparo en el derecho constitucional comparado* (1150 pp.); *Tomo XII, Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional* (1198 pp.); *Tomo XIII, Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional* (954 pp.); *Tomo XIV, El Juez Legislador y la patología de la Justicia Constitucional* (1060 pp.); *Tomo XV, El desmantelamiento de la democracia y el Estado Totalitario* (1050 pp.); *Tomo XVI, La destrucción del Estado de derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial* (1146 pp.), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013-2017.

Y sobre todo ello, les cuento que sin duda alguna, todo lo que he narrado lo pude hacer porque durante todo ese período que se inició en 1960 hasta comienzos de siglo, en Venezuela tuvimos un régimen democrático y de libertades que hoy tanto añoramos; y además, y por sobre todo, gracias al apoyo permanente de mi esposa Beatriz, aquí también presente, quien ha sabido acompañarme y soportarme desde que aceptó casarse ya hace 56 años, en 1961, con un joven estudiante que venía de terminar el cuarto año de la carrera de derecho —, no sin dejar de quejarse de cuando en vez —.

Pero en todo caso, aquí estamos juntos, gracias a Dios, en una situación en la cual yo, si bien ya casi tengo 80 años, sin embargo no tengo los remordimientos que expresaba Jorge Luis Borges, cuando a los 85 años, en su poema *Instantes*, nos decía, figurativamente, sobre todo lo que hubiera querido hacer si hubiera podido vivir su vida nuevamente, como era el tratar de cometer más errores, tomar menos cosas con tanta seriedad, ir a lugares donde nunca había ido, comer más helados, andar descalzo en primavera, contemplar más atardeceres, y todo eso — decía —, “si tuviera otra vez la vida por delante;” afirmando que “si pudiera volver atrás trataría de sentir, disfrutar y aprender de esos momentos. Porque si no lo saben, de eso está hecha la vida. Solo de momentos, no te pierdas el ahora.”

Yo por mi parte les digo, queridos amigos, que afortunadamente siempre he sentido, disfrutado y aprendido de los momentos, y siempre, además, he sentido efectivamente tener la vida por delante, de manera que si tuviera que vivir la vida nuevamente hubiera hecho lo mismo que he hecho hasta ahora, incluso con momentos como este, y sobre todo, sintiendo, como sigo sintiendo todos los días y espero que así sea en el futuro que me queda, con todo entusiasmo, que sigo teniendo la vida por delante, cosas por hacer, y que ahora es cuando !!.

Gracias de nuevo a todos, queridos amigos, por la amistad.

Santo Domingo, 6 de noviembre de 2018

Legalidad e Interés General

AUTORES:

Luciano Parejo Alfonso

Milton Ray Guevara

Libardo Rodríguez Rodríguez

Rafael Cirprián

Jaime Rodríguez Arana

Juan Alfonso Paradisi

Antonio Silva Aranguren

Claudia Nikken

**LEGALIDAD Y ACIERTO EN LA
ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA HOY. LA
REVALORIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.
Doctor Honoris Causa por la Universidad Católica de Táchira en
Venezuela. Catedrático Emérito de Derecho Administrativo en la
Universidad Carlos III de Madrid.

I. EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN: LA DIRECCIÓN POR EL PRIMERO DE LA ACTUACIÓN DE LA SEGUNDA.

Con entera independencia de la dificultad de su definición (es conocida la opinión de E. Forsthoff de que se deja solo describir), de la Administración puede decirse que es un poder público caracterizado por la actuación (el servicio continuo al interés general), pero un poder jurídico en tanto que sometido al Derecho, además de precisado –cuando no la tenga directa, como la que posee la Administración local- de legitimación democrática siquiera sea indirecta (a través su subordinación al pertinente órgano de gobierno responsable políticamente ante el correspondiente órgano de representación popular). El Derecho resulta ser así marco, guía y límite de la actuación administrativa.

En la construcción tradicional y aún dominante, basada en el método jurídico, el criterio de medida, prácticamente exclusivo,

de la actuación administrativa es el de la legalidad, de modo que la legalidad administrativa (el Derecho, típicamente el estatal) se ofrece primariamente como complejo de normas de control para la valoración *ex post* (típicamente judicial) de aquella actuación.

Hoy cabe preguntarse, sin embargo, no si tal construcción debe considerarse periclitada (que en modo alguno lo está), sino si es ya insuficiente y debe, por ello y como mínimo, ser adecuadamente complementada para reflejar la realidad de un Estado-ordenamiento que, sobre haber perdido su estanqueidad tradicional por mor de la integración supranacional y, en todo caso, la internacionalización y globalización, ha evolucionado añadiendo a su condición de Estado democrático de Derecho las sucesivas notas de social¹, delgado², cooperativo³, regulador⁴, preventivo⁵ y garante⁶

¹ Nota que refiere a su deber (jurídico) de realización efectiva (de ahí el principio de eficacia consagrado en la caracterización de la Administración pública por el artículo 103.1 de la Constitución española) del orden constitucional y las políticas públicas formalizadas en programas normativos en desarrollo del mismo. El art. 9.2 de dicha Constitución dispone, por ello, que "Corresponde a los poderes públicos (debiendo entenderse aludida aquí especialmente el poder público administrativo) 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".

² Calificación ésta que alude a los efectos que, sobre su tamaño, ha tenido la respuesta a la crisis fiscal del Estado en los últimos años.

³ Denominación que pretende reflejar las consecuencias de la creciente imposibilidad para el Estado para resolver los problemas sociales con su sola acción desplegada en los términos tradicionales (imperativos e unilaterales) por la precisión de la colaboración activa de los actores sociales, ya en modo alguno colocados sin más en una posición de sujeción o subordinación.

⁴ Condición expresiva de la nueva función (regulatoria) que el Estado ha debido asumir (normalmente en forma de Autoridades Independientes) respecto de las actividades desarrolladas en los sectores liberados para la iniciativa privada como resultado del proceso que ha tenido lugar en los últimos años de recomposición del equilibrio entre los espacios público y privado.

⁵ Calificativo resultante de la necesidad de protección de la sociedad frente a los riesgos derivados de la complejidad de la sociedad actual y no solo como consecuencia de los efectos del propio sistema económico en el medio ambiente (el ejemplo mayor es, aquí, el cambio climático) y los sectores caracterizados por la innovación científico-técnica (ejemplos significativos son la energía nuclear y la biotecnología), sino incluso en el ámbito nuclear de la seguridad pública.

⁶ Concepto que pretende captar la evolución experimentada por las responsabilidades estatales y, concretamente, la de paso a primer plano de la de garantía de la satisfacción del interés público a pesar del juego del mercado en los sectores (incluso esenciales) liberalizados o

de las prestaciones y los servicios sociales, con las consecuentes transformaciones en su dimensión administrativa⁷. Pues, como ha destacado W. Hoffmann-Riem⁸- la fijación tradicional del Derecho Administrativo en: i) el aseguramiento del dominio de la Ley; y ii) el control *ex post*, concretamente, el judicial y, por ello, la tutela prestada por éste, de un lado (lo primero) limita inevitablemente el campo de visión a lo regulado por el Derecho y, en consecuencia, a los actos jurídicos, de suerte que no se contempla la actuación administrativa en su totalidad, y, de otro lado (lo segundo), descuida el cometido primario de la Administración: la solución de problemas sociales y, con ello, los efectos o consecuencias de la actuación administrativa. Lo esencial de esta última no es la evitación de vicios susceptibles de ser corregidos judicialmente, sino el adecuado tratamiento de los problemas aplicando los recursos (limitados) disponibles y haciendo uso de las posibilidades ofrecidas por el Derecho. No es infrecuente hoy que este último sea incompleto e indeterminado, precisando de concreción en términos y con alcances muy variados (cual sucede especialmente en el Derecho del Estado regulador y garante resultante de privatizaciones). En otras palabras: no es anormal que el Derecho no predetermine completamente la actuación precisa para su realización, por lo que lo destacable hoy es que simplemente fija los fines u objetivos a alcanzar por el sujeto –la Administración- constitucionalmente legitimado para su cumplimiento.

desregulados; responsabilidad, que se corresponde cabalmente con la emergencia de la nueva función regulatoria (en su caso en términos de regulación de la autorregulación social) a la que ya se ha hecho alusión.

⁷ Sobre estos temas, véase L. Parejo Alfonso, *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Ed. INAP/Global Law Press, Madrid 2012; y *Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2016.

⁸ W. Hoffmann-Riem, "Eigenständigkeit der Verwaltung", en el mismo/E. Schmidt-Assmann/A. Vosskuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Vol. I, 2ª ed., Ed. C.H. Beck, München 2012.

Es acertada, pues, la afirmación de J. Ph. Schaefer⁹, de que hoy el Derecho, aunque continúe guiando, dirigiendo la actuación de la Administración, precisa, para su eficacia, de su transformación en la realidad (precisamente por aquella actuación), de modo que su contenido prescriptivo solo se despliega plenamente en la fase ejecutiva. De lo que resulta que el principio de legalidad deja de permitir captar adecuadamente el proceso de gestión de las políticas públicas formalizadas normativamente. Tal proceso se ofrece, en efecto y como ha destacado O. Lepsius¹⁰, como algo más que lo que sugiere la secuencia lineal de normación abstracta y general-ejecución en el caso concreto predeterminada por aquélla (el legislador establece el Derecho conforme al que se produce –idealmente mediante subsunción– la ejecución administrativa). La textura, lógica y alcance de la Administración y su actuación solo resultan hoy de una visión de conjunto y dinámica articuladora de ambas fases, pues éstas están en una relación de dependencia recíproca por más que persista ciertamente su diferenciación en las dimensiones organizativa, competencial y de la legitimación. Desde este punto de vista puede compartirse la tesis del ya citado J. PH. Schaefer¹¹ de la Administración como ejecución de tareas públicas en el marco del Derecho (por imposibilidad, en el Estado de Derecho, de una Administración “libre del Derecho”), lo que vale decir, realización de la encomienda constitucional de efectuación del Derecho (los correspondientes programas normativos) y, por ello mismo, aseguramiento, en la realidad, de la vigencia de la voluntad legislativa. Esta perspectiva funcional revela que la actuación administrativa es tanto realización como creación del Derecho (en aras de la eficacia en la materialización del interés general); perspectiva centrada

⁹ J. Ph. Schaefer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2016.

¹⁰ O. Lepsius, “Themen einer Rechtswissenschaftstheorie”, en el mismo/M. Jestaedt (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008

¹¹ J. Ph. Schaefer, op. cit. en nota 9.

en la efectividad que es explícita, por lo que hace a Europa, en el Derecho de la Unión Europea (que es básicamente Derecho administrativo)¹². De esta suerte, la Administración transmuta o convierte la vigencia normativa en vigencia empírica, lo que –según el autor citado– describe tanto lo que la Administración quiere normativamente, como lo que hace realmente. Queda claramente acotada, así, la posición propia de la Administración frente, no ya a la dirección política gubernamental, sino a la del legislador y el poder judicial: limita, de un lado, con la generación de la vigencia del Derecho (reservada al legislador) y, de otro lado, con el control de esa vigencia, es decir, la fijación última del alcance de la vigencia del Derecho (reservada al poder judicial). Pero debiendo tenerse en cuenta que todas estas funciones son complementarias: de una parte, mientras la generación legitima, el aseguramiento hace efectiva la vigencia; y, de otra parte, si el control realiza el Derecho, la efectucción de éste realiza sus fines.

II. LA PROGRAMACIÓN NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN: ENTRE LA DIRECCIÓN Y EL CONTROL.

Las normas formalizadoras de programas administrativos se ofrecen primariamente, en efecto, no tanto como normas de control de la actuación administrativa (premisas de la tutela judicial) cuanto como premisas –inductoras y guías– de aquella actuación misma;

¹² El art. 197 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone:
- En su apdo. 1: “La aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común”.
- Y en el inciso inicial de su apdo. 2: “La Unión podrá respaldar los esfuerzos de los Estados miembros por mejorar su capacidad administrativa para aplicar el Derecho de la Unión.”
Y el artículo 291, apdos. 1 y 2, del mismo Tratado establecen:
1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.
2. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo”.

en definitiva: normas de acción con exigencia de producción de efectos reales. Implican, en efecto, mandatos de acción en determinados sectores de la realidad, haciendo pasar a primer plano, así, las tareas a cumplir y los efectos a conseguir. Desde esta perspectiva las normas jurídico-administrativas presentan, pues, una dimensión directiva, que es justamente la que se destaca por la importante línea de reforma de la ciencia jurídico-administrativa que se viene desplegando, no sin controversia, en Alemania desde hace años.

Esta constatación elemental, la de que el Derecho administrativo tiene, además de la protectora, una clara función inductora de efectos y resultados en la realidad, hasta ahora descuidada desde luego en la doctrina española, conduce derechamente a la ampliación de la óptica de la ciencia jurídico-administrativa, tradicionalmente centrada –por mor del método jurídico- en la aplicación-interpretación, a la dimensión decisional¹³ y, con ello, a la cuestión de en qué términos dirige el Derecho la actuación administrativa.

Porque el entendimiento tradicional de las normas jurídico-administrativas como criterios de control ha venido descansando en la dudosa afirmación basal de que de ellas cabe derivar –sobre la base de la suposición de que siempre permiten obtener, vía subsunción, una conclusión precisa en las diferentes situaciones- una estricta vinculación jurídica de la Administración. La consecuencia de tal planteamiento es la relegación, como defecto o desviación de la normalidad y riesgo de elusión del control judicial, de los espacios decisionales de la Administración. De ahí la consideración de la discrecionalidad administrativa como caballo de Troya del Estado de Derecho. Se trata de un enfoque que selecciona y, por tanto, amputa parte de la realidad relevante, dejando fuera de

¹³ Dimensión que es natural en el Derecho administrativo norteamericano. Véase A. Vermeule, *Law's abnegation. From Law's empire to the Administrative State*, Ed. Harvard University Press, 2016. Existe versión española (traducción de L. Parejo Alfonso): A. Vermeule..., Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2018.

consideración importantes factores determinantes de la actuación administrativa y haciendo precisa, por ello, la ampliación de dicho enfoque para incluir todos los factores determinantes y, en especial y como veremos, los organizativos y procedimentales.

III. LA NORMATIVIDAD DIRECTIVA.

La categoría “norma directiva de la acción administrativa” comporta el interrogante de si puede tal tipo de norma tenerse por tal, es decir, dotada de verdadero contenido jurídico prescriptivo y, además y derivativamente, el de cual pueda ser, en su caso, la densidad del control judicial de su observancia. Pues el horizonte de dicha norma, aunque lo incluya, va más allá del respeto al Derecho (en términos del marco legal habilitante) para apuntar al acierto en la actuación administrativa en la realización efectiva de la programación legal¹⁴. Con ello quiebra toda correlación exacta entre los criterios directivos y los jurídicos de valoración a aplicar en el control judicial (y, por tanto, la densidad de éste). Las normas directivas no desarrollan su función en atención a las posibilidades de control judicial por circunscribirse normalmente –cual sucede en los Derechos de la planificación y la regulación- a la fijación de fines/objetivos, relegando la realización de éstos a un ulterior proceso decisonal y haciendo así los valores del deber ser altamente dependientes de las concretas condiciones de su realización¹⁵.

3.1. Programación mediante reglas y principios.

El establecimiento por el Derecho de reglas que prefiguran el comportamiento deseado es perfectamente plausible mientras la densidad normativa se mantenga en términos que la hagan

¹⁴ Sobre el carácter jurídico del principio de eficacia (eficiente) de la Administración, véase L. Parejo Alfonso, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ed. INAP, Madrid 1995.

¹⁵ En este sentido, G. Hermes, “Folgenberücksichtigung in der Verwaltungspraxis und in einer wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft”, en E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Ed. Nomos, Baden-Baden 2004.

plenamente operable por el método jurídico. Quiebra, sin embargo, cuando el orden jurídico se sobrecarga con criterios materiales de valor y desborda con ello la lógica binaria (cumplimiento/incumplimiento) inherente a las reglas por asumir una graduación de su realización. Este es el caso de las normas que establecen principios, ya que es sabido que éstos ordenan que algo se realice pero solo en la mayor medida que permitan las posibilidades jurídicas y reales. Conforme ha dejado establecido R. Alexy¹⁶, los principios no proporcionan la base para una única solución, pues apuntan solo a la optimización, es decir, señalan un camino controvertido que, sobre la base de la ponderación, permite obtener una solución.

Cuando el Derecho no fija reglas (lo que obedece en último término a la dificultad de guiar la *praxis* administrativa mediante soluciones normativas que contienen criterios jurídicos convencionales), abandona lo no regulado en tales términos a criterios de distinta textura (por ejemplo: los principios) que, sin embargo y como sucede con la eficacia, también lo son de racionalidad. Lo que significa: aquel abandono no implica el de la pretensión de dirección racional de comportamientos o actuaciones; supone solo la adopción de una forma diferente de inducir su efecto directivo. Lo que hay es, pues, otra forma de dirección, cabalmente la cumplida mediante principios. La diferencia esencial entre estas dos formas de dirección (reglas y principios) radica en que la debida aplicación de la regla pertinente (única válida entre las que pretendan regular el asunto de que se trate) garantiza la validez de la decisión, la segunda se limita a proporcionar argumento o argumentos para la adopción de una decisión en determinado sentido sin, por ello, garantizar su corrección. Pues la condición de mandatos de optimización de los principios remite a su ponderación (la existencia de conflicto entre

¹⁶ R. Alexy, *Teorie der Grundrechte*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986. Existe traducción al español de E. Garzón Valdés: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. CEC, Madrid 2007.

principios no origina invalidez en ninguno de ellos), convirtiendo la aplicación del Derecho en ponderación valorativa (algo muy distinto al modelo ideal de la subsunción) en la que rige el criterio de que cuanto mayor sea el peso relativo de un principio tanto mayor es la importancia de su realización y tanto menor la del otro u otros en concurrencia. Consecuencia: el Estado se convierte en Estado ponderativo, que sopesa. Ejemplo paradigmático: el Derecho de la planificación. Y con ello queda de manifiesto que el postulado de la única solución justa o correcta, si discutible ya en la aplicación del Derecho convencional, deja de ser plausible en el Derecho que solo establece principios (en su caso en forma de fines y objetivos).

Los efectos directivos de los principios no son tan precisos como los de las reglas, pero ello no puede conducir a negarles potencia jurídica, toda vez que la alternativa es inaceptable: la negación de toda dirección normativa en los no escasos, ni secundarios, sectores de la realidad que, por sus características, son especialmente refractarios a la programación normativa tradicional. De ahí la recalcada importancia, por su virtualidad compensatoria de la menor precisión de la dirección normativa en tales sectores y en general, de la organización administrativa (cómo es el destinatario de la programación) y el procedimiento administrativo (el proceso a seguir para la toma de decisiones), según luego se verá.

3.2. Programación condicional y finalista.

Ni el ordenamiento jurídico-administrativo está integrado hoy solo por reglas (con ellas conviven, como se acaba de decir, otras formas de programación de la actuación administrativa), ni el principio de legalidad -aunque mantenga íntegras sus exigencias de vinculación- agota los criterios de valoración de la referida actuación. La asunción por el Estado de las dimensiones cooperativa y regulatoria ha abierto la puerta a su caracterización, por ello, como

Estado “reactivo” (responsive) guiado por la eficacia en la realización del interés general.

Desde el punto de vista dogmático, la apuntada realidad se afronta en un doble plano:

El del contenido y alcance -lo que vale decir: los límites- de la libertad de configuración del legislador a la luz del orden constitucional. Está aquí en juego nada menos que el Estado de Derecho, en tanto que éste reposa básicamente sobre la programación legal previa, idealmente acabada, de la actuación administrativa. De ahí la permanencia de la utilidad ante los nuevos retos del desarrollo de técnicas ya bien establecidas a partir del Derecho de estructura clásica condicional, como las de los conceptos jurídicos indeterminados, los márgenes de apreciación y la discrecionalidad. Y ello sin perjuicio de la salvedad de que tales técnicas deben tener en cuenta ahora -en especial en el caso de la discrecionalidad y sus nuevas manifestaciones- que tales técnicas han de ser aplicadas a espacios entregados, en último término, a la decisión de la Administración.

La diferenciación, respeto de la programación tradicional (la condicional, que anuda a la tipificación de un supuesto una determinada consecuencia jurídica), la programación finalista (que apunta a la obtención de un objetivo en términos de resultado y contiene básicamente, por ello, habilitaciones de actuación que posibilitan diversas soluciones posibles y acotan, así, espacios entregados en último término a la decisión de la Administración).

La lógica de la programación finalista es la de la determinación de tareas que deben ser realizadas por la Administración, por lo que sus prescripciones no prefiguran decisiones concretas, imponen más bien el desarrollo de una completa estrategia administrativa de configuración de la realidad y de mantenimiento de ésta conforme a las coordenadas principales de la Ley habilitante. De esta suerte y al decaer la nítida diferenciación de normación y ejecución, el

Derecho deja de ser reconducible solo a la legislación para pasar a ser el fruto de un proceso de interacción de ésta (la fijación de fines, objetivos y valores) y su efectuación o realización (en sede administrativa). Y esta última -en modo alguno enteramente reproducible *ex post* por el método jurídico tradicional al implicar la elección entre alternativas posibles- no es reconducible, como ha apuntado R. Breuer¹⁷, a una acción cognitiva y de subsunción, pues consiste en una acción prospectiva de configuración de la realidad, en determinado ámbito y comprensiva de la armonización de múltiples intereses, de acuerdo con las directivas legales pertinentes.

El adecuado tratamiento de la actuación desarrollada al amparo de programas finalistas difícilmente puede conseguirse con el desarrollo de las técnicas elaboradas a partir de la programación condicional. Dados los factores de dirección de aquella actuación se hace preciso añadir al principio de legalidad criterios idóneos para asegurar su plena corrección, es decir, su acierto dentro de la legalidad. Ésta es aún una tarea que dista de ser cumplida por la dogmática, pero es seguro que pasa en todo caso, una vez más, por la revalorización de la organización y el procedimiento administrativos.

3.3. Habilitaciones para la actuación administrativa bajo la propia responsabilidad en el correspondiente marco legal.

De lo hasta aquí razonado no puede extraerse en modo alguno la conclusión -que, aparte no responder a la realidad de las cosas, sería contraria al Estado de Derecho- de que la función ejecutiva (el complejo orgánico Gobierno-Administración) responde en su actuación al esquema dicotómico vinculación positiva-libertad absoluta. La imagen que mejor expresa la dirección por el Derecho es

¹⁷ R. Breuer, "Konditionale und finale Rechtssetzung", *Archiv des Öffentlichen Rechts* vol. 127.

la de la escala gradual en intensidad y términos, lo que se refleja en la diversidad de técnicas elaboradas por la ciencia jurídico-administrativa para su sistematización y tratamiento. Cuando, por razón de las características del objeto que le ocupe, el legislador renuncia a establecer contenidos prescriptivos materiales o sustantivos a favor de los de carácter finalista genera espacios decisionales propios de la Administración, es decir, crea habilitaciones-mandatos para que ésta, bajo la guía del marco legal, autoprograme en gran medida su actuación. Este fenómeno se da especialmente en los sectores caracterizados por la innovación propia de la sociedad actual de la ciencia y la tecnología en virtud de los riesgos y las inseguridades e incertidumbres que son inherentes a su dinámica. Pero también en aquellos sectores en que el Estado se abre a, o precisa de, la colaboración de los actores sociales, es decir, que son propios del Estado cooperativo-garante, dando lugar a la nueva función regulatoria (buen ejemplo es la doctrina del “riesgo regulatorio” elaborada por el Tribunal Supremo español para el sector eléctrico) y la llamada “autorregulación regulada”.

En estos casos las técnicas del concepto jurídico indeterminado y el margen de apreciación son insuficientes o inadecuados y la de la discrecionalidad mutua, incluso, en apoderamiento para la concreción por la Administración –de acuerdo con el marco legal- de lo que sea de Derecho. La discrecionalidad de la potestad administrativa de planificación (significativamente la más desarrollada y consolidada: la de ordenación territorial y urbanística) es, por ejemplo, cualitativamente distinta de la tradicional, pues remite a una actividad de ponderación de criterios de acierto decisional, reconducibles, en último término, a los legales. Sin que ello signifique en modo alguno que esa discrecionalidad de nuevo cuño equivalga a libertad o liberación del Derecho, pues la habilitación legal correspondiente ha de considerarse como forma específica y abstracta de formalización de las exigencias de vinculación jurídica

de la tarea de configuración atribuida a la Administración. Aunque sí implique: i) el abandono de la idea de la predeterminación sustantiva legal de la única solución justa o correcta en Derecho, como ya se había avanzado; y, por ello, también ii) la superación necesaria de la idea de la plenitud del control judicial en términos de reproducción objetivo-jurídica de la decisión administrativa a favor de su carácter más limitado, cabalmente por el hecho de la atribución de la última palabra de fondo a la Administración y la improcedencia de su sustitución por una judicial (como así está establecido ya, en España y para todos los supuestos de discrecionalidad, normativa o no, en el art. 71.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)¹⁸.

En este contexto se entiende el desarrollo, en terreno abonado, de formas de generación (escasamente formalizados aún) de previsibilidad-certidumbre y también confianza respecto de la actuación administrativa, tales como los modelos, los protocolos, los planes y programas de actuación, los códigos de conducta y, en general, los criterios de actuación autoprogramados (como, por ejemplo, los formulados por las Autoridades Independientes en los sectores regulados).

IV. LA REVALORIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO COMO FACTORES DIRECTIVOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

En el estado de cosas descrito experimenta un claro renacimiento una verdad de siempre: la organización y el procedimiento son

¹⁸ Esto es así, teniendo en cuenta que la legitimación de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado propia del poder judicial es exclusivamente objetivo-jurídica, y en el caso de las habilitaciones legales que otorgan discrecionalidad administrativa no existe criterio jurídico bastante para fundamentar una decisión judicial alternativa a la administrativa. Distinto es el caso de la Administración, que goza de legitimación democrática bien directa o propia (así la Administración local), bien indirecta a través del órgano de gobierno responsable ante el parlamentario correspondiente.

también instrumentos eficaces de dirección jurídica de la actuación administrativa. Ocurre que, para que desplieguen adecuadamente tal virtualidad, es preciso que la programación normativa (especialmente la finalista) los tenga en cuenta entre los factores directivos que prevea en su programación normativa y, por tanto, se diseñen a partir de los requerimientos que imponga la tarea en la que han de operar.

4.1. Procedimiento administrativo.

Sin embargo, la regulación legal del procedimiento responde aún fundamentalmente a la preservación de la posición como poder público (capaz de decisiones ejecutivas y ejecutables) y, por ello:

Se centra en otorgar soporte a la decisión administrativa unilateral (descuidando la transparencia y el papel de los ciudadanos y los afectados directamente, asignándoles papeles fijos y de alcance limitado). Esto luce especialmente, en el caso español, en: i) la escasa entidad sustantiva –en cuanto a su incidencia en la justificación y toma de las decisiones- de los trámites de información pública; y ii) la prevención frente y, por ello, la ausencia de un desarrollo de la previsión legal de la suscripción de acuerdos o convenios (vinculantes o no) preparatorios de la decisión unilateral o sustitutivos, incluso, de ésta.

Descansa en el carácter servicial respecto del Derecho material, que se refleja –en el régimen de invalidez de las decisiones- en el carácter mas limitado o restrictivo de los vicios formales (respecto de los sustantivos o de fondo).

Tiende a una secuenciación predeterminada y general del *iter* procedimental, relegando la adaptación a las características del objeto del procedimiento al plano de las especificidades o especialidades. Esta tendencia está propiciada por la reserva constitucional en España al poder central o general del establecimiento

del denominado procedimiento común y su entendimiento como procedimiento general en tensión con posibles especialidades.

Parte de la Administración como una magnitud única y homogénea, no obstante la pluralidad y diversidad de sus manifestaciones organizativas. Las únicas diferenciaciones significativas en el Derecho español son las derivadas de la legislación reguladora de las entidades locales y, por tanto, sus procedimientos.

El Derecho regulador del procedimiento administrativo tiene sin duda, visto desde la perspectiva ciudadana, una función estabilizadora que se cumple por la vía múltiple de la determinación de la posición y participación (comenzando, en su caso, por la iniciación misma del procedimiento, pero incluyendo no sólo la audiencia e información pública, sino la posibilidad del acuerdo o pacto) de los sujetos destinatarios de la actuación administrativa, el establecimiento de institutos de garantía de la imparcialidad y objetividad (abstención y recusación), la imposición del deber de adecuada instrucción y práctica de pruebas (para la clarificación debida del objeto) y, finalmente, la exigencia de fundamentación y debida expresión de la decisión. Pero las funciones del procedimiento son, en realidad, múltiples, por lo que no es posible el reconocimiento de alguna, como la de la protección de las situaciones jurídicas individualizadas, como dominante en detrimento de otras de por lo menos igual de igual peso como la de la efectucción del interés general. Lo que significa, de otro lado, que la Administración responsable del procedimiento asume en el también cuando menos el doble papel de protectora de los derechos e intereses privados legítimos y de gestor del interés general en nombre y por cuenta de la correspondiente colectividad.

El procedimiento administrativo ha de dejar de ser visto, pues, como mero camino a recorrer para la adopción de la decisión materialmente ya prefigurada *ex ante* y en abstracto (centrándose

el interés en la exposición y formalización misma de la decisión), que –a semejanza del proceso judicial– desempeña una función meramente servicial del Derecho sustantivo. Y ello porque es reduccionista y, por ello, deformante, su consideración como simple “conducto” por el que debe fluir el proceso de “aplicación” del Derecho material. Es esta imagen la que ha venido determinando, en paralelo, la reducción del régimen legal de invalidez de la actuación administrativa a los “actos” (de trámite o definitivos, es decir “resoluciones” y un esquema único de consecuencias en el que se exige mayor rigor a las transgresiones procedimentales frente a las de fondo para la actualización de aquéllas.

El procedimiento es, por el contrario y sobre todo cuando la programación legal tiene escasa o nula densidad prescriptiva sustantiva¹⁹:

Un mecanismo i) compensatorio del déficit de criterios jurídicos sustantivos y ii) garantía, por tanto y además de la legalidad, del acierto en la decisión (la elección de la alternativa, de entre las posibles y admisibles, más adecuada a las circunstancias en función de los fines legales).

Un proceso (basado en la comunicación) para la generación de información y conocimiento sobre el asunto a resolver, el tratamiento suficiente y adecuado de dicha información y la formación correcta de la voluntad decisional; proceso, cuya lógica y desarrollo debe adecuarse a la materia a tratar y el problema a resolver, radicando su centro de gravedad en la formación de la decisión y no en ésta misma una vez formalizada.

Un instituto cuya función no sólo es la de asegurar la legalidad de la decisión (su idoneidad para resistir el escrutinio del control

¹⁹ Sobre la entidad, por sí mismo, del procedimiento, véase U. Stelken, “Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2010; y las referencias que en dicho trabajo se contienen.

judicial; función protectora que debe conservar), sino también, y sobre todo, la de ordenar y justificar por sí mismo el proceso de selección y adopción de la decisión (normativa o no) como la más acertada a la luz de los fines legales correspondientes.

El Derecho de la Unión Europea constituye –por la perspectiva funcional que le es propia– un buen ejemplo del recurso al procedimiento como instrumento jurídico directivo. Se centra sobre todo, en efecto, en los derechos de información de los ciudadanos y el control por un público informado, potenciando así el carácter participativo y, con ello, democrático del procedimiento y otorgando a éste una entidad propia.

Esta significación propia del procedimiento, que lo hace emerger como factor importante de dirección de la actuación administrativa, no puede implicar, sin embargo, la incursión en el exceso de elevarlo a la categoría de criterio no ya único, sino predominante del acierto (en la legalidad) de las decisiones. En su diseño debe ponderarse adecuadamente las necesidades de protección, de un lado, de los ciudadanos afectados (dadas las ventajas posicionales de que disfruta normalmente la Administración, desde luego en los sectores tradicionales tales como los de la seguridad ciudadana, la prestación de servicios sociales o la asistencia en situaciones de necesidad), pero, de otro lado, del interés general o, si se prefiere, del bien común (especialmente en los sectores regulados, en los que son los actores privados los que pueden disfrutar de posiciones de ventaja, especialmente en la información relevante y las cuestiones técnicas). En todo caso, es claro que el procedimiento (sobre todo en condiciones de riesgo, incertidumbre o entrega de la decisión última a la Administración, cual sucede en la función regulatoria):

Es codeterminante en la concreción del marco legal, en el hallazgo de la decisión, sea normativa (como, por ejemplo en la planificación urbanística o en la regulación de sectores liberalizados) o de caso concreto.

Ha de acomodarse a las características de su objeto (que deriva, a su vez, de las del sector de la realidad en el que opere), suscitando un replanteamiento entre procedimiento general y procedimientos específicos (en el caso español, entre procedimiento común, procedimientos generales y procedimientos especiales o específicos)²⁰. La importancia del diseño del procedimiento en función de su objeto (la materia sobre la que versa) provoca, a su vez, la obsolescencia de los regímenes generales de invalidez de “los actos administrativos” por la necesidad de la gradación de la invalidez y sus consecuencias a la luz del tipo de procedimiento de que se trate²¹.

Como consecuencia de la asunción de un concepto limitado del procedimiento, la actual legislación es normalmente incapaz, en efecto, de reflejar la necesaria diversidad de la actuación procedimentalizada, pues no propicia el afloramiento del proceso real de formación de la decisión (que si se produce, ocurre solo en sede de control de la discrecionalidad en la decisión). Tal concepto acaba propiciando –como sucede en España a pesar de la previsión constitucional de un “procedimiento común” que garantice a los ciudadanos la igualdad en el tratamiento por parte de las Administraciones- la dilución en la práctica real de las instituciones básicas procedimentales por efecto de la proliferación de especialidades

²⁰ Esta necesidad de adaptación a la materia luce en la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el carácter accesorio de la competencia para establecer el procedimiento y la competencia para normas una materia o sector de la realidad.

²¹ En España, esta necesidad se ha puesto de relieve con motivo del debate suscitado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que, a partir de la condición normativa de los planes urbanísticos (legalmente anudados entre sí en un proceso jerarquizado de planificación sucesivamente más concreta y determinante de los mecanismos de gestión aplicables) y del régimen legal previsor de la nulidad de las disposiciones administrativas por cualesquiera vicios (también los de procedimiento y aplicando para los de fondo la doctrina clásica de la discrecionalidad), determina la nulidad absoluta de aquellos planes no solo por arbitrariedad, sino por cualesquiera defectos procedimentales, con efecto “en cascada” sobre los planes sucesivos derivados del declarado nulo (incluso si éstos no han formado parte del objeto del correspondiente proceso) y hasta sobre las medidas de gestión y los actos concretos de aplicación. Alguna doctrina científica viene abogando, consecuentemente, por la introducción –para la planificación- de las pertinentes modulaciones del régimen de invalidez en la línea de las reformas legales que ya se han producido en Alemania o Francia.

que se insertan en los regímenes sustantivos de las distintas materias y, en consecuencia, la fragmentación de la unidad del sistema jurídico-administrativo. De ahí la procedencia también en España (por razón de la competencia legislativa territorialmente diferenciada en materia de procedimiento), como sucede en la doctrina alemana²², de la asunción de un concepto amplio de procedimiento como proceso ordenado de recopilación y tratamiento de información (cara a la adopción de una decisión) que se desarrolla bajo la responsabilidad de una Administración pública.

4.2. Organización administrativa.

La actuación administrativa se ofrece siempre procedimentalizada, pero no puede olvidarse que la gestión del procedimiento y su resultado mismo dependen también y en no poca medida de la construcción orgánica de la Administración y el funcionamiento (los procesos internos de trabajo y toma de decisiones) que tal construcción permite, propicia o induce. La organización determina estructuras que cumplen una función directiva, desde dentro de la Administración responsable, de las acciones que se desarrollan en el seno de los procedimientos. Organización y procedimiento son así factores de dirección de la actuación administrativa que operan de forma imbricada. A pesar de ello, el Derecho de la organización ha venido siendo doctrinalmente descuidado (sin perjuicio de la existencia de esfuerzos individuales y aislados, aunque significativos, en la materia). La razón de que ello sea así fue identificada hace tiempo en el seno de la doctrina alemana, cuna de la construcción dogmática del Estado de Derecho, por E. Forsthoff²³: el desarrollo del Estado de Derecho y, por tanto,

²² E. Schmidt-Assmann, "Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht", en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann/A. Vosskuhle (edits.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. II (2ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 2012, parágrafo 27, número marginal 1.

²³ E. Forsthoff, *Verwaltungsrecht I*, Ed. C. H. Beck, München, 9ª ed. 1966, pág. 400. Existe traducción española de 1958 (de L. Legaz Lacambra); E. Forsthoff, *Tratado de Derecho administrativo*, Ed. CECP, Madrid.

de su Administración, en el contexto de sus relaciones externas (ya jurídicas) con los ciudadanos. Esto explica la práctica política de adopción de decisiones organizativas con independencia de las funciones a cumplir (el tipo de tareas a desempeñar) y los fines a perseguir por las organizaciones por ellas creadas (buen ejemplo en España es la sanidad pública en la que la evolución de la regulación de las prestaciones ha corrido en paralelo de la que, con diversa lógica, han experimentado las distintas formas organizativas encargadas de aquellas prestaciones; pero también lo es la reciente y discutida fusión en una sola macro-autoridad independiente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no solo de las reguladoras de diversas y heterogéneas autoridades de distintos sectores regulados, sino también de la política de la libre competencia, cuya perspectiva no es precisamente coincidente, con toda frecuencia, con la propia de la función regulatoria).

También en la recuperación de esta dimensión ha tenido y sigue teniendo un papel nada secundario el Derecho de la Unión Europea, como ha destacado en la doctrina española especialmente J. M^a Baño León²⁴. En esta recuperación confluyen en todo caso varios factores, entre los que cabe destacar: i) la dependencia de la efectividad de la Administración y de la legitimación de su acción de su construcción orgánica en función de las tareas a desarrollar y los fines a cumplir; ii) la exigencia de participación ciudadana y de transparencia en la acción administrativa en relación con la

²⁴ J. M^a Baño León, "Reserva de Administración y Derecho comunitario", en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional* del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense; WP IDEIR no 7 (2011), Este autor, tomando pie tanto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2009 (Comisión contra Alemania, C-424/07), como la práctica seguida en las Directivas sobre mercados y redes de servicios públicos liberalizados (telecomunicaciones, electricidad y gas, que han consagrado la obligación de los Estados miembros de atribuir precisamente a autoridades administrativas independientes y no al legislador, la competencia discrecional de determinar los mercados relevantes y los criterios básicos de acceso a la red), señala la inducción de una profunda mutación de la tradición constitucional de la mayoría de los Derechos de los países miembros, introduciendo por vez primera, en concreto y en España, una reserva de administración.

posición constitucional reconocida a los ciudadanos y el desarrollo del Estado cooperativo precisado de la colaboración activa de éstos; y ii) la fragmentación de la Administración en una pluralidad de organizaciones y la consecuente segmentación y diversificación de las competencias (responsabilidades en la toma de decisiones), con amenaza para la coherencia y efectividad de la actuación administrativa y la necesidad de la multiplicación y fluidez de las interacciones (trabajo, incluso, en red) entre las unidades en el seno de cada una de las organizaciones y de éstas entre sí en el doble sentido horizontal y vertical y tanto en el plano nacional, como en el supranacional e internacional.

El resultado es hoy el reconocimiento a la organización de funciones directivas que, al deber desplegarse interactuando con la propia del procedimiento en el contexto del desarrollo de los correspondientes programas normativos, requiere de estructuras regulatorias que integren todas esas funciones con el objetivo de lograr²⁵:

El tratamiento adecuado de procesos complejos no captables adecuadamente desde la óptica de las relaciones jurídicas *ad extra* y, con ello, el de las incertidumbres que arroje la programación sustantiva de la actuación cara al acierto de las decisiones. Esta es la razón de la contemplación actual por el Derecho de la organización no solo de las estructuras, sino también, y especialmente, de los flujos de información y de los procesos de tratamiento y valoración de ésta y de formación de juicio a partir de ella, tanto en el seno de las organizaciones, como en la interacción entre ellas.

²⁵ Sobre la visión de la organización como “recurso” de dirección de la actuación administrativa, véase E. Schmidt-Assmann, “Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource”, en E. Schmidt-Assmann/W. Hofmann-Riem (edts.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Schriften zur Reform des Verwaltungsrecht vol. 4, Ed. Nomos, Baden-Baden 1997.

El funcionamiento de las organizaciones administrativas en la difícil zona de contacto hoy –cuando en muchos sectores la prestación de servicios esenciales depende de la acción de los actores sociales en el juego de mercados regulados- de Estado y sociedad; funcionamiento, a partir de un correcto diseño según la función, del que depende en buena medida la consecución del interés general.

La necesidad de que la organización administrativa, por su diseño, pueda operar y aparecer, además de respetuosa de la legalidad, como legitimada democráticamente y por la efectuación del interés general.

Se entiende así desde luego la tendencia a un concepto amplio del Derecho de organización desde la idea de que las formas de organización de las tareas administrativas constituyen verdaderos institutos que condicionan la idoneidad para la actuación programada (en relación con los fines correspondientes), la posición en el entramado del poder público administrativo y el régimen de las actuaciones (incluido su control, en último término judicial). La elección del tipo organizativo en función de las competencias a desarrollar condiciona, pues, decisivamente la idoneidad de la Administración para la efectuación del interés general en condiciones de aceptación social.

LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 2010

MILTON RAY GUEVARA

Doctor en Derecho Público, Mención *Très Bien*, de la Universidad de Niza, Francia; Diplomado de Estudios Superiores en Derecho Comparado, Mención Bien, Facultad Internacional de Derecho Comparado, Estrasburgo, Francia; Diplomado de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Social, Universidad de La Sorbonne de París, Francia; Diplomado en Derecho del Trabajo Comparado, Mención Sobresaliente, Escuela Internacional de Trieste, Italia; Diplomado en Derecho Bancario Comparado, Escuela de Derecho Bancario, Barcelona, España; Certificados de Estudios Internacionales, Instituto del Derecho de la Paz y del Desarrollo, Mención Bien, Niza, Francia; Curso de Derecho Internacional Público, Academia de Derecho Internacional, La Haya, Holanda. Juez Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

Sumario:

La Constitucionalización del derecho ha implicado cambios profundos en la comprensión y desarrollo del principio de legalidad, que ha evolucionado hasta convertirse en el principio de juridicidad. En este sentido, por encima de la ley, existen un conjunto de valores, principios y reglas que condicionan directamente el accionar de los poderes públicos, incluyendo a la Administración Pública, que queda sometida no solo a la ley, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto y sobre todo a la Constitución. Precisamente, el presente trabajo analiza la evolución del principio de legalidad a la luz de la Constitución dominicana de 2010, poniendo especial énfasis en cómo este fenómeno ha replanteado las relaciones entre la Administración Pública y el Derecho. Siguiendo

esta transformación del principio de legalidad, se muestran algunos ejemplos de cómo el Tribunal Constitucional dominicano ha ido interpretando este principio en relación a la Administración Pública.

Palabras claves: Administración Pública - constitucionalización del derecho - principio de legalidad - principio de juridicidad - tribunal constitucional - jurisprudencia constitucional.

Abstract: The Constitutionalization of the law has implied mayor changes to the understanding and development of the principle of legality, which has evolved into the notion of juridicity. In this sense, above the law, there is a set of values, principles and rules that condition the actions of the authorities, including the Public Administration, which is subject not only to formal law, but to the whole legal system, systematically understood and above all, to the Constitution. Precisely, this paper analyzes the evolution of the principle of legality under the Dominican Constitution of 2010, specially, how this phenomenon has changed the relationship between Public Administration and Law. Following this broad definition of legality, several decisions issued by the Dominican constitutional court construing interpreted the principle of legality in relation to the Public Administration are shown.

Keywords: Public Administration - constitutionalization of the law - principle of legality - principle of juridicity-constitutional court - constitutional jurisprudence.

Introducción

Mucho se ha discutido sobre el principio de legalidad y su evolución, en un contexto donde las constituciones se sitúan en el vértice del ordenamiento jurídico, reivindicando una supremacía material que supera la tesis propia del constitucionalismo liberal, de concebirlas como meras declaraciones de intenciones carentes de eficacia normativa. Este papel protagónico de la Constitución,

aunado al impulso y desarrollo de la justicia constitucional, nos sitúa frente a una realidad compleja donde la ley es solo uno de los parámetros que deben observar los poderes públicos en sus actuaciones ya que, por encima de la ley, se sitúan un conjunto de valores, principios y reglas que condicionan directamente su accionar. En este contexto, es lógico que la actividad administrativa quede sometida a este nuevo paradigma que trae como consecuencia inevitable que las actuaciones de los entes y órganos administrativos sean valoradas en función no solo de su sometimiento a la ley, sino al ordenamiento jurídico en su totalidad.

En este ámbito, el principio de juridicidad implica visualizar las relaciones entre la Administración Pública y el Derecho, al tiempo que la definición misma de la juridicidad depende en gran medida de los criterios interpretativos de los tribunales, donde no podemos obviar la labor del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución. Por tanto, referirnos a la evolución del principio de legalidad a la luz de la Constitución del 2010 implica abordar un conjunto de elementos que van desde los orígenes de la asunción del principio en nuestra Constitución hasta el rol que ha desempeñado nuestro Tribunal Constitucional en la determinación de la juridicidad.

De la soberanía de la ley a la supremacía de la constitución

Es sabido que la construcción del principio de legalidad, basado primigeniamente en la sujeción irrestricta de la autoridad y los particulares al imperio de la ley, encuentra sus antecedentes inmediatos en la revolución francesa de 1789. Al amparo de esta revolución, la ley, asumida como expresión de la voluntad general de la comunidad, se erigió como única forma legítima de expresión de dicha voluntad.²⁶ El ejercicio del poder quedó así encorsetado

²⁶ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, decimocuarta edición (Navarra, Editorial Aranzadi, 2008), 442 y ss.

en los condicionamientos y límites establecidos por el Parlamento. De ahí que, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 haya establecido que “Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena”²⁷ o que, la Constitución francesa de 1791 afirmara que no había en Francia “autoridad superior a la de la Ley”²⁸. A esto se suma una visión limitada del principio de separación de poderes que garantizaba la primacía de la ley al ver al Ejecutivo como mero “ejecutor” de ésta, mientras que los jueces, por lo menos en el sistema continental europeo, quedaron reducidos a ser, como dijo Montesquieu, la “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”.²⁹

Era de esperar que la configuración del Estado de Derecho forjada tras la Revolución Francesa se desarrollara sobre la base de un «*legicentrismo*», acuñando la expresión de S. Rials³⁰, situándose la ley en el centro del Estado con un carácter *superior e irresistible*³¹. Por tanto, las posibilidades de actuación de la Administración, concebida ahora como *creación abstracta del derecho*, quedaron sometidas exclusivamente a los condicionamientos impuestos por el legislador.³² Esto, en un contexto donde no se reconocía a las constituciones la fuerza normativa que hoy despliegan y donde el control de constitucionalidad era, en cierta medida, una utopía en Europa, a pesar de los esfuerzos de Sieyès, quien había propuesto

²⁷ Art. 5.

²⁸ Art. 3, sección 1era, capítulo II.

²⁹ Cfr. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 443 y ss.; Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I: La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho, tercera edición (Madrid, Editorial Iustel, 2011), 654 y ss.

³⁰ Philippe Raynaud y Stéphane Rials (eds), *Diccionario Akal de filosofía política* (Madrid, Ediciones Akal, 2001), 141.

³¹ Véase a Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, p.657 y ss.

³² Al respecto, véase a García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 444 y ss.

adoptar un *Jury constitutionnaire*, como órgano de defensa de la Constitución y de algunos intentos de crear sistemas de justicia constitucional al estilo norteamericano. Piénsese en Grecia (1847); Noruega (1866) y Portugal (1911). Otros países lo tomaron como punto de partida y luego se alejaron rápidamente. Es el caso de Austria que creó el Tribunal del Imperio (1867) que estatuyó sobre los recursos de individuos dirigidos contra los actos del Poder Ejecutivo y Suiza, que en su Constitución (1814) creó un recurso de derecho público correspondiente a la acción en *injunctio* del derecho de los Estados Unidos.³³

Es sabido que la experiencia norteamericana fue distinta a la tendencia en Europa, ya que el control judicial de la constitucionalidad de la ley —cuya consagración se produce en 1803 con el famoso caso *Marbury vs. Madison*— tiene su fundamento técnico en los *Papeles del Federalista No. 78*, cuando Alexander Hamilton en forma premonitoria señaló que “una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo”³⁴. Ello significa que, en caso de conflicto “debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus agentes”³⁵. En sentido similar, K.C. Wheare nos recuerda las palabras pronunciadas por el presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, John Marshall, en el proceso *Marbury vs. Madison*:

³³ Milton Ray Guevara, *Discursos del Presidente del Tribunal Constitucional*, Vol. II (Santo Domingo, Editora Búho, 2018), 314.

³⁴ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica, 2001), 332.

³⁵ *Ibíd.*, 332.

O es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las constituciones escritas con absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.³⁶

De la legalidad a la juridicidad de la actuación administrativa

La crisis del parlamentarismo en Europa en el período de entre-guerras llevó a un replanteamiento de la primacía de la ley y de la necesidad de introducir controles a la actividad del legislador a través de la creación de tribunales constitucionales, situados por fuera del Poder Judicial, con la misión exclusiva de asegurar la supremacía de la Constitución a través de un control abstracto de constitucionalidad. Con el impulso de la jurisdicción constitucional de la libertad, como diría Mauro Cappeletti, se reivindica el carácter normativo y supremo de la Constitución que pasó a ocupar una posición central en el ordenamiento jurídico, desplazando así el *legicentrismo*, al tiempo que se perfeccionan y amplían los derechos fundamentales y sus garantías. Se potenció así la labor interpretativa de los tribunales que a través de los casos sometidos a su consideración contribuyen a la definición misma de la juridicidad.

De modo que, paulatinamente, el principio de legalidad ha ido adquiriendo un nuevo significado que ha afectado la dinámica relacional entre la ley, los tribunales y la Administración.³⁷ Si inicialmente la función habilitante de la actuación administrativa descansaba exclusivamente en la ley y los reglamentos, la

³⁶ En K.C. Wheare, *Las Constituciones Modernas* (Barcelona, Editorial Labor, 1974), 61.

³⁷ Sobre esta dinámica de la legalidad, Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 663 y ss.

constitucionalización del derecho, desplazó la centralidad de la ley y aumentó la base normativa a la que se encuentra sujeto la actuación de la administración. En consecuencia, esta quedó sometida no solamente a la ley, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto, conformado a su vez por normas superiores e inferiores a esta. De ahí que utilicemos propiamente el término juridicidad como noción que abarca no solo el sometimiento de los entes y órganos del Estado a la ley, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto. En estos términos, la juridicidad es primero: el máximo principio del ordenamiento constitucional que consagra la supremacía de la Constitución, establece la sumisión de todos los órganos del Estado a la Carta Fundamental y a las leyes dictadas conforme ella, con el objeto de garantizar el orden institucional de la República y los derechos fundamentales; segundo: concepción de las relaciones de la administración con la ley que implica que aquella no solo está sometida a la ley, sino al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales o estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades³⁸.

El jurista A. Merkl, pionero en emplear el término “principio de juridicidad”, no lo hizo “en sentido sustitutivo o equivalente al principio de la legalidad, sino para explicar que toda acción de la Administración, para distinguirse como tal, precisa de la existencia de un precepto que admita semejante acción”.³⁹ Para los profesores G. Dupuis, M.J. Guédon y P. Chrétien, este principio consiste en que la autoridad administrativa está sometida al derecho, a todo el derecho y no puede violar sus propias decisiones

³⁸ Santiago Muñoz Machado (director), *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* (Madrid: Santillana Educación, 2017) 1592-1593.

³⁹ *Ibíd.*, 1593.

en virtud de la máxima *legem quam ipse fecisti* (respeta la regla que tú mismo has establecido).⁴⁰

Siguiendo el análisis de G. Dupuis, M.J. Guédon y P. Chrétien, el objetivo del sometimiento de la administración al orden jurídico es en primer lugar asegurar la protección de las libertades públicas. El Estado contemporáneo no es el Estado policía sino de derecho.⁴¹ Sin embargo, durante la Tercera República, Carré de Malberg consideró que en Francia no existía Estado de derecho, sino Estado legal y la administración estaba sometida al principio de legalidad; el derecho era la ley.⁴² En realidad, el principio de legalidad está subsumido en el principio de juridicidad.⁴³ Este último implica que la administración debe respetar el “marco establecido por el conjunto del orden jurídico (que la legitima para actuar, fija procedimientos, establece garantías para los administrados, entre otros)”.⁴⁴ Siguiendo el esquema de los referidos autores, en el caso dominicano se podría decir que el principio de juridicidad estaría integrado por la Constitución, las normas y tratados internacionales, las leyes, las decisiones judiciales, la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional y las normas administrativas (reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas y contratos).⁴⁵ En este nuevo orden, los tribunales, llamados a controlar la *legalidad* de la actuación administrativa, lo hacen sobre la base de esta nueva dinámica.

Ello no quiere decir que la ley ha quedado desplazada como parámetro de actuación de la Administración, sino que esta se encuentra sometida a un marco referencial más amplio que resulta oponible a la actividad administrativa y que comprende su sujeción

⁴⁰ Georges Dupuis, Marie-José Guédon y Patrice Chrétien, *Droit administratif*, sexta edición, (París : Armand Colin, 1992 1998) 75-76.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 75-76.

⁴² *Ibíd.*, p. 76.

⁴³ *Ibíd.*, p. 76.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 76.

⁴⁵ *Ibíd.*, p.77.

al ordenamiento jurídico. La ley, al ser expresión de la voluntad popular, a través de las posibilidades que ofrece la democracia representativa, tiene un significado constitucional de primer orden que se refuerza en la propia Constitución cuando de manera específica esta reserva al legislador la regulación de una cantidad considerable de cuestiones que afectan tanto a la organización y el ejercicio del poder, como a los derechos y deberes fundamentales de las personas, todo lo cual vedaría la posibilidad de una actuación administrativa autónoma en estas circunstancias.

Como ha expresado la profesora Catalina Escuin Palop: El principio constitucional de legalidad de la administración viene a expresar que toda la actividad administrativa es valorable jurídicamente. Esto es, que no hay un resquicio o un espacio ajeno al derecho en que la administración pueda actuar con un poder ajurídico o prejurídico. La Administración no es heredera del poder autónomo que, como se recordará, ejercía el Monarca en las Constituciones dualistas, pero tiene cierto grado de autonomía dentro del marco de la legalidad⁴⁶.

En términos similares, el jurista Rolando Pantoja Bauzá, señala lo siguiente: El principio de juridicidad rige el ámbito íntegro de la Administración del Estado, sea en cuanto a superficie: organización y actuación, o en tanto profundidad de actuación, pues alcanza a las situaciones normales que se dan en la vida administrativa, y a las situaciones imprevistas o de excepción que en determinadas circunstancias sorprenden el desarrollo de las actividades de un país⁴⁷.

Aún en los casos en que el legislador no haya previsto una regulación detallada de la actuación administrativa y le atribuya a la Administración cierto margen de libertad en la aplicación de

⁴⁶ Catalina Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo*, 3era edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 137.

⁴⁷ Rolando Pantoja Bauzá, "El principio de juridicidad", *Revista de Derecho Público*, 62, (2000), 157. En doi:10.5354/0719-5249.2016.43212.

la ley (discrecionalidad administrativa) o que ésta deba concretar un concepto jurídico indeterminado, no se trata de facultades que operan fuera del ordenamiento jurídico ni suprimen el deber de la Administración de actuar conforme al interés general.⁴⁸ No en vano tanto la legislación como la jurisprudencia acentúan el deber de motivación que tiene la Administración cuando ejerce potestades discrecionales, de modo que puedan conocerse con precisión las razones que fundamentan sus actuaciones.⁴⁹

Contexto en la República Dominicana

En lo que respecta a nuestra historia constitucional es evidente cómo estas distintas perspectivas influyeron en nuestra primera Constitución y reformas posteriores. La Constitución del 6 de noviembre de 1844, que recientemente acaba de cumplir su 174 aniversario, recibió la influencia de las constituciones francesas de 1799 y 1814 que determinaron de manera esencial la adopción del sistema bicameral (Tribunado y Consejo Conservador); la Constitución Norteamericana de 1787, de la que adoptamos el régimen presidencial y republicano; Las constituciones haitianas de 1816 y 1843⁵⁰ y la constitución política de la monarquía española, del 19 de marzo de 1812, mejor conocida como la Constitución de Cádiz o de la Pepa, que nos influenció en diversos aspectos, principalmente en el régimen municipal y en las diputaciones provinciales.⁵¹

⁴⁸ Al respecto, Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 457 y ss.; Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 664 y ss. y Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo*, Parte General, decimosegunda edición, (Madrid: Editorial Tecnos, 2016) 88-112.

⁴⁹ Por ejemplo: artículos 9, 14, 30 y 31 de la Ley No107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, G. O. No. 10722 del 8 de agosto de 2013.

⁵⁰ En la elaboración de esta última participaron constituyentes dominicanos de los departamentos Ozama y Cibao (Buenaventura Báez, Juan Nepomuceno Tejera, Manuel María Valencia y Mir Castellanos, y de la misma fueron copiados 113 artículos, de los 211 contenidos en la Constitución de San Cristóbal.

⁵¹ Acerca de las fuentes de la Constitución dominicana de 1844, Milton Ray Guevara, *Discursos del Presidente del Tribunal Constitucional*, volumen I (Santo Domingo, Editora Búho, 2015),

La preponderancia de la concepción francesa del *legicentrismo* se visualiza esencialmente en el artículo 94 que atribuye al Congreso la facultad de “*interpretar las leyes en caso de duda u obscuridad*” y en el 134 que contiene el procedimiento de *referé legislatif* en función del cual luego de oídas las dudas de los Tribunales acerca de la inteligencia de las leyes, si la Suprema Corte de Justicia las consideraba fundadas, debía consultar al Congreso sobre ellas para la “*conveniente declaratoria*”. La atribución de interpretar las leyes conferidas al Congreso no desaparece de nuestro ordenamiento jurídico hasta la reforma constitucional de 1908.

Tales disposiciones coexistieron con otras que evidencian la influencia de la *judicial review* norteamericana. Así, el artículo 125 la Constitución de San Cristóbal estableció que “*ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conforme a las leyes*”. Con tal declaración, el constituyente originario creaba las bases para establecer el control de constitucionalidad por vía de excepción o control difuso. De hecho, el Profesor Michel Fromont, de Paris I (Panthéon Sorbonne), en su obra “*La justice constitutionnelle dans le monde*”, afirma que la República Dominicana fue el primer país que adoptó el sistema norteamericano de control constitucional relativo o por vía difusa, siguiéndole en el continente México en 1847, Argentina en 1860, y Brasil en 1891.⁵² Asimismo, el artículo 35 de la Constitución consagró el principio de supremacía constitucional al establecer que “*No podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer*”.

Este principio de supremacía constitucional se ha mantenido incólume hasta nuestros días, aunque con las adaptaciones que impone el tiempo y la maduración jurídico-constitucional del Estado.

pp. 55-56.

⁵² Michel Fromont, *la justice constitutionnelle dans le monde* (París, Dalloz, 1996), p.12.

Este principio, que actualmente se establece en el artículo 6 de la Constitución dominicana, consagra el carácter de fuente primaria de la validez sobre todo el ordenamiento jurídico dominicano, cuyas normas infraconstitucionales deben ceñirse estrictamente a los valores, principios, reglas y derechos contenidos en la Carta Magna. Por tanto, las disposiciones contenidas en la Constitución, al igual que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad constituyen el parámetro de constitucionalidad de todas las normas, actos y actuaciones producidos y realizados por todas las personas, instituciones privadas y órganos de los poderes públicos.⁵³

En estos términos, el principio de supremacía constitucional se sitúa como el elemento clave que permite asimilar una nueva comprensión del principio de legalidad sobre la base de la asunción de la Constitución como fuente primaria de validez de todo el ordenamiento jurídico.⁵⁴ Su garantía implica la nulidad de pleno derecho de toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a la Constitución. Por ende, nuestro ordenamiento jurídico es cónsono con la idea de que todas las fuentes del derecho ostentan exclusivamente la posición que la Carta Magna les confiere, con lo cual la ley ha perdido el protagonismo que durante mucho tiempo le dispensó una práctica jurídica a espaldas de la constitución.

⁵³ TC/0150/13, del 12 de septiembre del 2013, 10.1.2.

⁵⁴ Acerca de las bases constitucionales del derecho administrativo, resulta de interés el trabajo del profesor Allan R. Brewer-Carías, "Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo, las Bases Constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana", en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo Dr. Raymundo Amaro Guzmán*, Jaime Rodríguez- Arana Muñoz, Olivo A. Rodríguez Huertas, Miguel Ángel Sendin García y Servio Tulio Castaños Guzmán (editores), (Editora Jurídica Venezolana Internacional, 2015), p. 10 y ss. Congreso celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, del 12 al 14 de septiembre del 2012.

El principio de juridicidad en la Constitución de 2010 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En otras palabras, la sujeción de todas las personas y órganos que ejercen potestades públicas a la Constitución, asumida como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado, es un elemento consustancial del principio de supremacía constitucional. De modo que ningún ente u órgano del Estado debe desarrollar sus actuaciones al margen de ella. En este contexto, si bien la sujeción plena al ordenamiento jurídico del Estado, en cuya cabeza se encuentra la Carta Magna, es algo que trasciende la actividad administrativa, la Constitución de 2010 procuró establecer de forma expresa y específica esta sujeción para la Administración en su artículo 138, el cual consagra el principio de juridicidad como uno de los principios rectores de la Administración Pública.⁵⁵

Se trata, en esencia, del principio nuclear en torno al cual gira todo el Derecho Administrativo. La legislación administrativa posterior, liderada por las leyes 247-12, orgánica de la Administración Pública y la 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, emplearon propiamente el término *juridicidad* para referirse a este principio básico del accionar administrativo. De este modo, en los términos previstos por la Ley 247-12, toda función administrativa ha de ejercerse en el marco de lo establecido por la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados formal y previamente conforme al derecho.

⁵⁵ En sentido similar, el Tribunal ha precisado lo siguiente: “El artículo 4 de la Constitución de la República Dominicana reza: “El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes(...) A partir de la referida disposición normativa, reforzada en el artículo 138 de la Constitución, queda consagrado en la República Dominicana, la obligación del sometimiento pleno por parte de la Administración, en toda su actuación, a la ley y a la Constitución, y dicho principio conocido como “de legalidad” o “juridicidad”, viene a ser el eje fundamental del Estado de Derecho”. (Sentencia TC/, 426/18, del 12 de noviembre, 10.35).

Esta transformación del principio de legalidad ha sido asumida ampliamente en la jurisprudencia del tribunal constitucional. En la TC/0183/14 el Tribunal afirmó que tal principio se configura “como un mandato a todos los ciudadanos y a los órganos del Estado que se encuentran bajo su jurisdicción para el cumplimiento de la totalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico dominicano”⁵⁶. Posteriormente, en la TC/267/15, precisó el carácter *pleno, cabal, completo y sin excepciones* con que la Administración queda sometida al ordenamiento jurídico, so pena de atentar contra los fundamentos mismos del Estado de Derecho.⁵⁷ En consecuencia, cualquier actuación administrativa en contra de la ley o el derecho es arbitraria.

Cuando el Tribunal ha utilizado el término *legalidad* en sus decisiones lo ha hecho apelando a su actual significado lato que involucra no solamente el respeto y sujeción a las leyes, sino al resto del ordenamiento jurídico. A modo ilustrativo, en la TC/0017/12, el Tribunal sostuvo que: (...) el principio de legalidad que consagra el imperio del Derecho (...) descansa claramente en la idea de que los poderes públicos no pueden actuar de manera *arbitraria*, que deben enmarcar sus actuaciones de conformidad con los procedimientos reconocidos en la Constitución y las leyes.⁵⁸

El Tribunal cuenta con una línea jurisprudencial en la cual ha sido deferente con la presunción de legalidad de los actos administrativos, al establecer que estos, poseen una singular fuerza jurídica y, por tanto, siempre han de estar investid[o]s de la legitimidad que se le reconoce a los actos emanados de toda autoridad pública, en razón de que se da por sentado que ésta, por lo general, actúa en el marco de las potestades que la ley le atribuye, cuidando no incursionar en áreas que escapen a su órbita competencial⁵⁹.

⁵⁶ TC/0183/14, del 14 de agosto, 10.14.

⁵⁷ TC/0265/15, del 16 de septiembre, 12.7.

⁵⁸ TC/0017/12, del 13 de junio, 7.10.

⁵⁹ TC/0242/13, del 29 de noviembre, 10, literal g) TC/0094/14, del 10 de junio, 10, literal d), TC/0223/14, del 23 de septiembre, 10, literal f).

Ha sostenido el Tribunal que esta presunción de legalidad, es lo que permite a los administrados realizar actuaciones e inversiones en base a los derechos reconocidos, otorgados y protegidos por dichos actos. Tal permanencia es lo que, en definitiva, provee de confianza y seguridad jurídica a los administrados sobre un acto que es ejecutivo, tiene eficacia jurídica, fuerza obligatoria y que, finalmente, debe cumplirse en la forma en que fue dictado⁶⁰.

En consecuencia, “hasta tanto el acto en cuestión no haya sido expulsado del ordenamiento jurídico, por ejemplo, siendo revocado por la administración en cuestión o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa-administrativa, debe presumirse su validez”⁶¹. Ahora bien, el Tribunal ha reafirmado que cuando se trata de un acto favorable para el administrado, no es posible para la Administración Pública revocar por sí misma dichos actos sin seguir los procedimientos constitucionales y legales propios⁶².

Los ámbitos en los que el tribunal ha aplicado el principio de juridicidad son amplios y diversos pues al tratarse del principio vertebrador de toda actuación administrativa es patente que en todos los supuestos donde el Tribunal toca las fibras del Derecho Administrativo, haga una apelación directa o indirecta al principio de juridicidad. Dado que la manifestación del principio de juridicidad se verifica en el ejercicio de las potestades administrativas, debemos referirnos a algunos ámbitos en los cuales el Tribunal ha contribuido a la definición de la juridicidad, no sin antes destacar que el Tribunal ha insistido en varias ocasiones en el deber especial de motivación que tiene la Administración cuando ejerce potestades discrecionales.⁶³

⁶⁰ TC/0226/14, del 23 de septiembre, 10.2, literal c.

⁶¹ TC/0094/14, del 10 de junio, 10, literal e).

⁶² TC/0226/14, del 23 de septiembre.

⁶³ Por ejemplo, en la TC/0010/12, del 2 de mayo.

Asimismo, se ha manifestado sobre la sujeción de la actividad de la Administración a los parámetros establecidos por el legislador a propósito de la potestad reglamentaria y su relación específica y directa con las leyes. Así, el Tribunal ha afirmado que, a excepción del poder reglamentario autónomo, no puede expedirse un reglamento sin que se refiera a una ley, y se funde precisamente en ella (...). Esta subordinación del reglamento a la ley se debe a que el primero persigue la ejecución de la segunda, desarrollando y completando en detalle las normas contenidas en ella. [Por tanto], las normas reglamentarias, al no tener rango de ley, están afectadas por el principio de jerarquía normativa que las subordina, precisamente, a la ley, dado que el reglamento es secundario, subalterno, inferior y complementario de las leyes, por cuanto es un producto de la administración, a diferencia de la ley que se legitima en la voluntad popular.⁶⁴

Bajo este esquema, el Tribunal ha declarado inconstitucionales aquellos reglamentos y resoluciones donde un ente u órgano de la Administración se ha extralimitado en sus atribuciones reglamentarias disponiendo condicionantes que contravienen el principio de legalidad. Ponemos como ejemplo la sentencia TC/0110/13, del 4 de julio, donde el Tribunal declaró inconstitucional una resolución emitida por la Procuraduría General de la República al regular aspectos vinculados al otorgamiento de la fuerza pública al margen de la ley y otras cuestiones que afectaban a los alguaciles, los cuales dependen de manera directa de la Suprema Corte de Justicia.

Otro ejemplo es la TC/0601/18, del 10 de diciembre, mediante la cual el Tribunal declaró no conforme a la Constitución una resolución dictada por el Ministerio de Energía y Minas⁶⁵, que regulaba el otorgamiento y ejecución de las concesiones de explotación minera

⁶⁴ TC/0032/12, del 15 de agosto, 7.2., 7.3. y 7.6.

⁶⁵ Se trató de la Resolución núm. R-MEM-REG-048-2017, del 13 de octubre del 2017.

en el país, alterando con ello el régimen jurídico de concesiones de explotación minera al instaurar una normativa de carácter general integradora del ordenamiento jurídico nacional en la materia, sin contar con la debida habilitación legislativa delegada y expresa. El Tribunal estableció que con esa actuación se vulneraron los principios de legalidad, subordinación reglamentaria y seguridad jurídica establecidos en los artículos 40.15, 128.1.b y 138.2 de la Constitución.

La potestad sancionadora de la Administración ha sido otro de los ámbitos en los cuales el Tribunal ha prestado especial atención para determinar si la Administración ha actuado apegada al principio de juridicidad, en lo que respecta al cumplimiento de las reglas que gobiernan el debido proceso administrativo. En la TC/0667/16, del 14 de diciembre, en ocasión de un recurso de revisión en materia de amparo, el Tribunal determinó que la Dirección General de Aduanas (DGA) no había actuado con apego al principio de legalidad debido a que había impuesto a una sociedad comercial el pago de una multa inobservando dicho principio. El Tribunal precisó que el hecho de sancionar y la sanción misma han de estar previstas en la ley de modo que las personas sepan de antemano cómo deben conducirse y cuáles serán las consecuencias de sus acciones u omisiones. Por igual, se ha pronunciado sobre el deber de la Dirección General de Aduanas de seguir las reglas del debido proceso administrativo al incautar bienes a los particulares.⁶⁶

En lo que respecta a la potestad expropiatoria, los pronunciamientos del Tribunal han sido bastante contundentes, dado que la utilización de la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, sin previo y justo pago, ha constituido una de las violaciones más groseras a la Constitución dominicana, la cual, con los matices propios de cada época, ha reconocido y garantizado de manera constante el derecho a la propiedad privada. Al respecto,

⁶⁶ TC/0370/14, del 23 de diciembre.

el Tribunal se ha pronunciado sobre casos extremos que van desde familias que llevaban décadas despojadas de su propiedad y no habían sido indemnizadas⁶⁷ hasta la existencia de decretos con fines expropiatorios que luego de anulados fueron reiterados por la autoridad con el propósito deliberado de vulnerar la Constitución⁶⁸.

Por igual, el Tribunal se ha pronunciado sobre situaciones que tienen como telón de fondo la existencia de actos administrativos dirigidos a privar a una persona del uso, beneficio o disfrute de su derecho de propiedad sin que exista una ocupación física ni un traspaso de título formal, pero que hacen que el derecho de propiedad sea, en términos prácticos, inexistente para el titular⁶⁹, lo cual deviene en una actuación arbitraria y discriminatoria a todas luces contraria al principio de juridicidad. También existen casos en los cuales la autoridad ha impuesto serias limitaciones al derecho de propiedad sin estar provista de la facultad legal para hacerlo. Al respecto, ponemos como ejemplo la TC/0078/13, del 7 de mayo, donde se consideró nula de pleno derecho la actuación del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales que, sin contar con una decisión emitida por una autoridad judicial competente, ordenó la destrucción y demolición de una mejora que una ciudadana había hecho en un terreno de su propiedad.

Las exigencias prácticas que impone el principio de juridicidad no pueden entenderse al margen de las consecuencias que se derivan de la aplicación de otros principios rectores de la actuación administrativa que también son determinantes para la efectividad de los derechos fundamentales. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la sentencia TC/0203/13, del 13 de noviembre, donde se cuestiona a la administradora de riesgos laborales por la tardanza innecesaria e indebida en responder una solicitud de pensión por discapacidad

⁶⁷ TC/0205/13, del 13 de noviembre.

⁶⁸ TC/0127/13, del 2 de agosto.

⁶⁹ TC/0226/14, del 23 de septiembre.

presentada por una persona de la tercera edad que había tenido un accidente laboral que le impedía realizar algún trabajo productivo. En este caso, el principio de juridicidad se conjuga de manera especial con el de eficacia de la actuación de la Administración, en cuya virtud, en los procedimientos administrativos “las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán la falta de respuesta a las peticiones formuladas, las dilaciones y los retardos”⁷⁰, especialmente en casos como éste en los que está en juego “la subsistencia digna de una persona envejeciente que, sin las atenciones mínimas, se expone a penurias y enfermedades, por lo que su atención debe ser una prioridad para el Estado”.⁷¹

Conclusiones

El principio de supremacía constitucional, de consagración expresa en la Constitución actual, que determina la nulidad de pleno derecho de toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a la Constitución, ha replanteado las relaciones entre la Administración y el derecho, otrora marcada por la primacía de la ley como fundamento por excelencia de la actuación administrativa. Esto ha implicado una transmutación del principio de legalidad que supone que la Administración está sujeta no solo a la ley, sino al resto del ordenamiento jurídico, en cuyo vértice se encuentra la Constitución.

Ciertamente, esto introduce matices al principio de vinculación positiva entre la ley y la Administración que en modo alguno deben conducir a la desnaturalización del rol que ocupa la ley en la determinación de la juridicidad de las actuaciones administrativas. El propio Tribunal Constitucional ha analizado esta íntima relación entre la ley y la Administración en ocasión del ejercicio de las potestades administrativas, especialmente en aquellos casos en que

⁷⁰ Artículo 3, numeral 6, Ley No. 107-13.

⁷¹ TC/203/13, 10, literal kk.

ésta ejerce su potestad reglamentaria. Además, la importancia de la ley es reivindicada por la Constitución cuando reserva al legislador la regulación de determinadas materias sensibles para el mantenimiento de la institucionalidad democrática.

Por tanto, el principio de supremacía constitucional no viene a diluir la importancia de la ley dentro del sistema de fuentes del derecho administrativo, pero sí a colocarla en el lugar que le corresponde y que no es otro que aquel que le ha otorgado la Constitución. Esto amerita un análisis y control de la “juridicidad” y no solo de la “legalidad” de la actuación administrativa; análisis que deberá realizarse observando tanto la Constitución y normas con jerarquía constitucional, como las leyes y aquellas actuaciones y normas que, producidas en el seno de la Administración, la autovinculan.

El control que ejercen los tribunales ordinarios sobre las actuaciones administrativas y los pronunciamientos que dentro del ámbito de sus competencias realiza el Tribunal Constitucional, contribuyen a la definición concreta de la juridicidad. La profundidad con que ha de realizarse este control puede ser distinta según la naturaleza de la actuación de que se trate. Me parece que se podrían ejercer diferentes niveles de gradualidad en la valoración jurídica que permiten un tratamiento diferenciado, asegurando una mayor deferencia a la administración en ciertas materias y sometiénola a un escrutinio más estricto cuando ejerce potestades sancionadoras o se limitan de forma directa derechos fundamentales. Urge, pues, dotar al país de una Ley Contencioso Administrativa que perfeccione los mecanismos de control jurisdiccional prediseñados por la Constitución, así como completar la especialización jurisdiccional con la adopción de los tribunales administrativos de primera instancia.

**LA TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD EN VIRTUD DE ALGUNOS
TEMAS FUNDAMENTALES DEL
DERECHO PÚBLICO**

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Doctor de la Universidad de París II, Sección Derecho Administrativo. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), de la Academia Internacional de Derecho Comparado y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Colombia y Exconsejero de Estado de Colombia.

Sumario: Este trabajo tiene como objeto plantear algunas reflexiones sobre la forma como el principio clásico de legalidad ha venido sufriendo importantes mutaciones como efecto de las evoluciones del derecho público en general y particularmente del derecho administrativo, en especial como consecuencia de la evolución alrededor de los siguientes temas: el cambio del eje central del derecho administrativo, al pasar de la Administración a la persona; el proceso de privatización del derecho administrativo o la huida del derecho administrativo al derecho privado; el auge de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y del derecho administrativo; la influencia del derecho anglosajón, especialmente en relación con la figura del precedente judicial y con la administración por agencias, y el surgimiento del derecho administrativo transnacional o global.

Palabras clave: Principio de legalidad – Objeto del derecho administrativo – Privatización del derecho administrativo – Huida del derecho administrativo – Constitucionalización del derecho – Precedente judicial – Agencias y autoridades administrativas independientes – Derecho administrativo transnacional o global.

Abstract: The scope of this paper is to present some considerations regarding the way in which the classical principle of legality has undergone important mutations as an effect of the evolution of public law in general and particularly of administrative law, especially as a consequence of the evolution of the following topics: the change of the central axis of the administrative law, passing from the Administration to the person; the process of privatization of administrative law or the runaway of administrative law to private law; the constitutionalization of the legal system and administrative law; the influence of the Anglo-Saxon law, especially regarding the figure of the judicial precedent and the administration by agencies, and the emergence of transnational or global administrative law.

Key words: Principle of legality – Scope of administrative law – Privatization of administrative law – Runaway of administrative law – Constitutionalization of the legal system – Judicial precedent – Agencies and administrative independent authorities – Transnational or global administrative law.

INTRODUCCIÓN

Los principios generales del derecho constituyen una categoría jurídica fundamental dentro del estudio de la teoría general del derecho y, por lo mismo, son aplicados, con diversas particularidades, por todas las ramas del conocimiento jurídico. Se trata de una categoría general y fundamental para entender la complejidad de cualquier disciplina del derecho, incluido sin duda el derecho administrativo, rama en la cual los principios generales gozan de una especial importancia.

En otras palabras, para entender correctamente una rama del derecho, como lo es el derecho administrativo, resulta muy importante el conocimiento de los principios generales del derecho y su aplicación concreta en la respectiva disciplina jurídica, en la medida de que dichos principios constituyen una categoría jurídica que siempre debe ser tomada en cuenta dentro del universo de instituciones a considerar en el estudio de esa disciplina⁷².

Dentro de esos principios generales del derecho, en materia de derecho constitucional y administrativo, uno de los más importantes es, sin duda, el llamado principio de legalidad. En efecto, uno de los mayores aportes al derecho público, derivado de la aparición del Estado de derecho, tanto en su vertiente continental del *Rechtsstaat* o *État de droit* como en su formación anglosajona del *Rule of law*, además del reconocimiento de los derechos y libertades ciudadanas, es el principio de la separación de los poderes públicos y el sometimiento de los mismos a la ley, aspecto este último que constituye la esencia fundamental conocido como “*principio de legalidad*”⁷³.

Desde su mismo origen y aún en la actualidad, la formulación del principio de legalidad ha sido particularmente amplia y ha estado referida básicamente al sometimiento a la ley de los diversos órganos de los poderes públicos en todas sus actuaciones⁷⁴. Así,

⁷² En este sentido, véase a Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)* (Madrid: Reus, 2016), 73 y ss. y *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)* (Bogotá: Temis e Instituto Internacional de Derecho Administrativo, 2018), 55 y ss.

⁷³ Sobre la construcción del principio de legalidad, véase a Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, segunda edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 106 y ss, y 182 y ss. Igualmente, aunque con referencia principalmente a los aportes de la Revolución Francesa, véase a Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Alianza, 1994), 76 y ss, y 114 y ss.

⁷⁴ Sobre la amplitud del principio de legalidad y las posibilidades de que el mismo sea precisado en las diversas ramas del derecho público, véase a Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo*, vol. I, tercera edición (Madrid: Iustel, 2016), 90 y ss.

en textos revolucionarios como el preámbulo y los artículos 5° y 7° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, así como en el artículo 3° de la sección 1ª del capítulo II de la Constitución francesa de 1791, se consagró claramente la prohibición de los actos arbitrarios del Estado y el consiguiente sometimiento de los poderes públicos a la legalidad. A su vez, en la actualidad, la consagración del principio de legalidad se ve claramente reflejada en la generalidad de las constituciones políticas contemporáneas de occidente, como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 20.3 de la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn), el artículo 9°.3 de la Constitución española y los artículos 1°, 6° y 121 de la Constitución colombiana.

En la formulación conceptual y práctica de este principio jugó un papel fundamental el jurista austríaco Hans Kelsen, quien desarrolló la teoría de la formación del derecho por grados, según la cual el conjunto de normas que integran el derecho de un Estado, es decir, la legalidad, no es un conjunto desordenado, sino que, por el contrario, se trata de un sistema con un ordenamiento jerárquico, en el cual unas normas dependen de otras según su importancia.

No obstante, esa formulación clásica del principio de legalidad ha venido sufriendo importantes variaciones como consecuencia de las evoluciones del derecho público en general y particularmente del derecho administrativo. En ese sentido, el objeto del presente trabajo es precisamente plantear algunas reflexiones sobre la afectación que algunas de las principales evoluciones que se han presentado en los últimos años en el derecho público han producido sobre el principio de legalidad.

En ese sentido, las afectaciones del principio de legalidad que analizaremos en este trabajo serán las relacionadas con los siguientes temas propios del derecho público de los últimos años: el cambio del eje central del derecho administrativo, al pasar de la

Administración a la persona (1); la privatización del derecho administrativo o la huida del derecho administrativo (2); el auge de la constitucionalización del derecho administrativo (3); la influencia del derecho anglosajón (4) y el derecho administrativo transnacional o global (5).

1. EL CAMBIO DEL EJE CENTRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DE LA ADMINISTRACIÓN A LA PERSONA.

El paso más importante que ha dado el derecho administrativo en los últimos tiempos se traduce en el cambio de perspectiva del centro de atención de esta rama del derecho, en el sentido de que, mientras en el derecho administrativo tradicional se consideraba que su objetivo central era la administración pública, en el derecho administrativo actual se ha venido consolidando la idea de que ese objetivo es “*la persona*” en sus relaciones con la administración.

Este cambio de perspectiva ha permitido evolucionar hacia una preocupación mayor respecto de los derechos de las personas, más que sobre las prerrogativas de la administración, pues se considera que estas deben estar condicionadas por el reconocimiento y efectividad de aquellos derechos.

En esa nueva perspectiva puede destacarse uno de los más importantes aportes del profesor español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA al derecho administrativo, pues una de sus mayores preocupaciones fue el excesivo poder del Estado, preocupación que dio vida a una de sus obras más conocidas sobre el tema, *La lucha contra las inmunidades del poder*, que desde su primera edición en 1962 fue delineando esta visión y la consecuente necesidad de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de las personas⁷⁵.

⁷⁵ Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n° 38, (mayo – agosto 1962), 159 y ss.

En esa evolución se evidencia que la preocupación contemporánea del derecho administrativo no se limita simplemente al análisis del régimen jurídico de la administración pública, como se hacía en épocas pasadas, sino que se centra en los mecanismos de protección de los derechos de las personas que se relacionan con ella, en especial respecto del riesgo de ejercicio arbitrario de las potestades administrativas reconocidas por los ordenamientos jurídicos.

Por eso, en un libro que se publicó hace apenas unos años en homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, quisimos que esa visión apareciera claramente reflejada en su título: *La protección de los derechos frente al poder de la administración*⁷⁶.

Esa visión ha generado un impacto muy importante sobre el principio de legalidad en el sentido de que, a pesar de que el derecho administrativo tradicional reconocía a los derechos fundamentales como parte del bloque de legalidad al cual están sometidas las autoridades públicas, actualmente tales derechos fundamentales han pasado a ser uno de los ejes centrales para la comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto y son objeto de especial preocupación por la doctrina y de particular protección por parte de los jueces.

De esta manera, las actuaciones de la administración pública deben respetar principalmente los derechos fundamentales y, precisamente por ello, en los últimos tiempos han adquirido especial fortaleza los mecanismos de protección de tales derechos, como el recurso de amparo o de tutela y las acciones populares, entre

⁷⁶ Allan Brewer-Carías, Luciano Parejo Alfonso y Libardo Rodríguez Rodríguez (coords.), *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Bogotá-Valencia-Caracas: Temis, Tirant lo Blanch, Editorial Jurídica Venezolana y Asociación Internacional de Derecho Administrativo, 2014).

otros mecanismos que se han venido desarrollando⁷⁷. Pero, además, los derechos fundamentales han comenzado a constituirse en criterio principal de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, lo cual se ve reflejado en la creciente importancia del criterio de interpretación *pro homine*, frecuentemente utilizado por los tribunales constitucionales y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del cual se impone la interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable a la persona y sus derechos fundamentales, esto es, que prevalece la interpretación que propenda por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

2. LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO O LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El exagerado avance del Estado intervencionista durante el siglo XX tuvo como respuesta al final del siglo un movimiento que propugna por la reducción del campo de acción del Estado, a través de la privatización de muchas de sus actividades y empresas, concepción que ha traído como consecuencia la búsqueda de la disminución del tamaño del aparato estatal y el regreso al libre juego de la iniciativa privada, todo lo cual se enmarca dentro de la corriente político-económica que se conoce como neoliberalismo.

Desde el punto de vista conceptual, no hay duda de que este movimiento implicaría, naturalmente, una reducción del campo de acción del derecho administrativo, pues es evidente que si el Estado tiene un menor número de actividades, de empresas, de recursos y de funcionarios, dicha reducción se traduciría en una correlativa disminución de sus actividades jurídicas y, en consecuencia, de las

⁷⁷ Sobre estos diversos mecanismos, aunque refiriéndose solo a América Latina, véase a Eduardo Rozo Acuña, *El constitucionalismo actual en América Latina* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 671 y ss.

controversias en que él se vería involucrado. Además, esa reducción del campo de acción del derecho administrativo, desde el punto de vista del principio de legalidad, se vería igualmente reflejada en la disminución del volumen de normas que condicionan la actividad privada y, por lo mismo, el bloque normativo al cual se encuentran sometidas las autoridades públicas igualmente sería más limitado⁷⁸.

Sin embargo, la realidad de la aplicación de las ideas neoliberales nos muestra que el efecto sobre el derecho público y concretamente sobre el derecho administrativo no ha sido tan catastrófico como se pensaba inicialmente.

De una parte, debe anotarse que a pesar de la pretensión extrema de algunos de sus ideólogos y promotores, la práctica nos ha mostrado que el auge del neoliberalismo no ha llegado ni parece acercarse al presunto objetivo de hacer desaparecer el Estado intervencionista y al regreso simple y llano del Estado liberal clásico, en el cual la actividad del Estado estuvo reducida a su más mínima expresión. Por el contrario, la oleada del neoliberalismo se ha visto limitada por la acérrima oposición de muchos sectores de la sociedad en diferentes países, aún en los más interesados en su éxito. Con mayor razón, en muchos países en desarrollo el auge del neoliberalismo ha sido visto con desconfianza en la medida en que propugna por la privatización y el libre juego del mercado dentro del contexto de globalización de las diferentes actividades, en detrimento del cumplimiento de los deberes sociales del Estado, deberes que en muchos de ellos constituyen un instrumento fundamental para la búsqueda de un mejor equilibrio al interior de las sociedades.

⁷⁸ Sobre las características del fenómeno de la huida del derecho administrativo, véase a Eva Desdentado Daroca, *La crisis de identidad del derecho administrativo: huida de la regulación pública y administraciones independientes* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999).

En esas condiciones, puede decirse que la promoción efectiva del neoliberalismo, en su concepción radical, no ha sido totalmente exitosa hasta el momento ni parece tener posibilidades de imposición absoluta en el inmediato futuro.

De otra parte, debe observarse que el fenómeno de privatización de ciertas actividades del Estado no es totalmente nuevo ni coetáneo con el auge de las ideas neoliberales, pues desde comienzos del siglo XX, al mismo tiempo que se imponía y extendía el intervencionismo de Estado, la técnica jurídica reconocía la existencia de actividades estatales sometidas al derecho privado, como es el caso de las empresas públicas y mixtas con carácter industrial y comercial, sin que por ello la vigencia del derecho administrativo se hubiere visto cuestionada. Es así como, cuando se habla del fenómeno de *la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado*, se incluyen como expresiones del mismo no solo los casos de privatización producidos en los últimos años, sino aquellos ejemplos tradicionales de empresas estatales de carácter industrial y comercial.

Finalmente, debe observarse que el desprendimiento de actividades que habían venido siendo desarrolladas por el Estado y que en virtud del proceso de privatización han pasado a ser manejadas por los particulares, no implica el desprendimiento total de las funciones por parte del Estado respecto de aquellas, pues una característica de este proceso consiste en que en esos casos el Estado no solo se reserva sino que fortalece su función reguladora de la respectiva actividad, lo cual se ha traducido en el fortalecimiento de la normatividad aplicable a la misma, llegando en algunos casos a ampliar su actividad de inspección y vigilancia, respecto de la actividad total o parcialmente privatizada, inclusive con la creación de nuevos órganos administrativos encargados de ejercer dichas funciones de inspección y vigilancia.

En todo caso, la pretendida privatización del derecho administrativo sí ha producido un efecto concreto sobre el contenido y el alcance del bloque de legalidad, en el sentido de que, de una parte, la cantidad de normas que rigen la organización administrativa y la actividad administrativa en general ha disminuido sensiblemente y, de otra, que existe un regreso a la existencia de una especie de delegación al sector privado de la autorregulación de sus actividades y una menor presencia y responsabilidades para las autoridades administrativas.

3. EL AUGE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Otro tema que ha impactado al derecho administrativo en las últimas décadas es el referente al fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho, que se ha venido extendiendo por diversos países y de acuerdo con el cual todo el régimen jurídico de un país, tanto en su conjunto como en relación con las diferentes ramas o especialidades que lo conforman, debe entenderse o interpretarse a la luz de la Constitución Política del respectivo Estado. Esta visión pone al texto constitucional en el centro de la legalidad y como protagonista principal de la aplicación del principio de legalidad, hasta el punto de que en las normas constitucionales se busca la totalidad de las soluciones a los problemas del derecho administrativo y del derecho en general, de tal manera que se produciría una sustitución del tradicional “*Estado legal de derecho*” por un supuesto nuevo “*Estado constitucional de derecho*”, en el cual la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico deben hacerse a partir de los principios constitucionales⁷⁹.

⁷⁹ Sobre el fenómeno de la constitucionalización, véase a Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2009), 49.

Desde el punto de vista conceptual esta idea realmente no es nueva pues hace parte esencial del Estado de derecho, que implica la existencia de un régimen jurídico no solo aplicable a los gobernados sino a los gobernantes, conformado por un conjunto sistemático de normas de diversas categorías, en cuya base se encuentra la Constitución como fuente de todas ellas y a las cuales todas le deben respeto y acato.

La novedad de la llamada constitucionalización del derecho no debe entenderse, entonces, en relación con el concepto mismo sino con el alcance que se le quiere dar en la teoría y en la práctica jurídica actuales, pretendiendo que cualquier problema jurídico, por pequeño o elemental que sea, deba ser analizado directamente a la luz de los principios constitucionales, haciendo abstracción, en cierta forma, de las normas jurídicas que se hayan expedido en el desarrollo progresivo de los principios constitucionales, con fundamento en la cascada de competencias que la misma Constitución y la ley consagran en cabeza de las distintas autoridades públicas, como fuente normativa aplicable en los diferentes sectores de la sociedad que el Estado quiere regular.

Es decir, que mientras en la concepción que ha predominado tradicionalmente, correspondiente a la teoría sistemáticamente presentada por Kelsen, a través de la ya famosa pirámide jurídica, según la cual el análisis de la conformidad de una decisión o actuación de cualquier autoridad con el ordenamiento jurídico debe hacerse a la luz de las diferentes normas que de acuerdo con ese ordenamiento se encuentran en niveles superiores de aquélla que es objeto de análisis, la llamada constitucionalización del derecho pretende que para ese análisis basta con comparar la decisión o actuación correspondiente con la norma o normas constitucionales que consagran los principios que orientan la respectiva actividad, lo cual implica una concepción ciertamente distinta de lo que tradicionalmente se ha entendido como principio de legalidad.

Como se comprende fácilmente, esta nueva concepción afecta el alcance y vigencia no solo de las actuaciones y regulaciones propias del derecho administrativo sino de todas las demás ramas del derecho, pues implica una especie de menosprecio de las normas inferiores a la Constitución y de la presunción de legalidad de que ellas gozan, entendida esta legalidad en el sentido amplio de estar conformes con el ordenamiento jurídico, incluida la máxima norma, es decir, la Constitución, mientras no sea declarado lo contrario por una autoridad competente para ello. En efecto, en virtud de esta concepción, poco importa el desarrollo que las diferentes autoridades competentes, incluido el legislador, hayan hecho de los principios constitucionales respectivos, si finalmente, la decisión o actuación controvertida no está conforme con la interpretación que de aquellos principios hace el intérprete.

Sin embargo, sin desconocer el principio fundamental de la primacía de las normas constitucionales, un análisis más razonable de la situación permite concluir que esta pretensión no puede llegar al extremo de desconocer la importancia y necesidad de las diferentes normas que las autoridades, desde el legislador hasta el funcionario administrativo de menor categoría habilitado por el ordenamiento jurídico para expedir normas o ejercer competencias específicas, expiden en ejercicio de sus funciones legítimas. De hecho, en múltiples casos los Tribunales Constitucionales reconocen y respetan esas normas de inferior categoría, entre otras razones, por la imposibilidad física, además de la jurídica, de hacer un análisis simple de constitucionalidad, a través de la confrontación directa de la disposición o actuación controvertida con los principios constitucionales, tradicionalmente muy genéricos, frente a los cuales precisamente la misma Constitución prevé las diferentes competencias con el fin de darle contenido y eficacia a dichos principios.

El problema se refleja en muchos otros casos en los cuales los jueces constitucionales, al amparo del pretendido *neoconstitucionalismo*

y con el aplauso de algunos doctrinantes y de sectores sociales interesados, resultan adoptando decisiones que desconocen principios jurídicos tradicionalmente consolidados y reconocidos en las mismas normas constitucionales, como el de legalidad, entendido en todas sus dimensiones, el de la separación de poderes, el de la distribución de competencias al interior de los mismos poderes y el de seguridad jurídica, los cuales interpretan sin mayor rigor dentro de la gran amplitud de las normas constitucionales, con resultados muchas veces contradictorios, produciendo una sensación de incertidumbre jurídica y de menosprecio de las lentas y rigurosas evoluciones producidas en las diferentes disciplinas del derecho.

Creemos que el futuro de esta situación no debe ser otro que el de la decantación y racionalización de la interpretación de las normas constitucionales, como lo que son por esencia, los grandes principios rectores de la organización y actuación de las autoridades y de los miembros de la respectiva comunidad, respetando las opciones políticas o de gestión administrativa que la misma Constitución reconoce a las diferentes autoridades y que en virtud de dicho reconocimiento se constituyen en verdaderas opciones jurídicas. En otras palabras, si bien las normas constitucionales continúan siendo el fundamento básico de todo el régimen jurídico y, por lo mismo, condicionan la interpretación de las demás normas y la adopción de soluciones en situaciones específicas, resulta inaceptable que el bloque de legalidad complejo que tradicionalmente ha sido el instrumento de aplicación del principio de legalidad pase a ser enteramente sustituido por las soluciones provenientes directamente de interpretaciones del texto constitucional.

En este orden de ideas podemos afirmar, como lo hemos concluido en un estudio más detallado sobre este tema,⁸⁰ que si bien

⁸⁰ Véase a Libardo Rodríguez Rodríguez, "Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo, en particular frente al derecho administrativo", en *Estudios, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 335 y ss.

la esencia de las más importantes implicaciones que se destacan de la nueva visión del constitucionalismo, en su buen entendimiento, pueden considerarse concordantes con la teoría general del derecho y, por lo mismo, pueden contribuir positivamente a la evolución natural y necesaria de esta ciencia y al mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad estatal y de sus miembros, deben rechazarse las aplicaciones radicales, excesivas y ausentes de rigor que van más allá de las implicaciones naturales y racionales del concepto y que han llevado a cuestionar esta visión por algunas de sus implicaciones conceptuales y prácticas.

Así, nos parece que resulta necesario, en primer lugar, insistir con claridad en la idea elemental de que la Constitución Política es el estatuto fundamental que regula las actividades de los miembros de una sociedad y de sus autoridades, incluidas todas ellas, aun la que tiene la función de garantizar su vigencia, de tal manera que esta última no puede desbordar los límites que la propia Constitución ha impuesto, por lo cual, si se considera que dichos límites deben ser otros, debe reconocerse que es necesaria la modificación de las normas, reglas y principios contenidos en ella, modificación que debe realizarse por los medios previstos en la misma Constitución, pero que de ninguna manera dicha modificación puede ser el producto de una interpretación por parte de un órgano, mucho menos por el encargado precisamente de garantizar su aplicación y vigencia.

Es decir, si se quiere que los principios que se han considerado fundamentales en un ordenamiento jurídico y que están consagrados en la Constitución, sean modificados en su contenido o en sus aplicaciones y excepciones, como podría ser el caso de modificación del principio de separación de poderes en los términos previstos en la actualidad, o lo que es lo mismo, desde otra perspectiva, la modificación de las competencias de los diferentes órganos

del Estado, o aun la modificación de la jerarquía normativa, del concepto de seguridad jurídica o de las nociones de propiedad y de derechos adquiridos, no puede ser el órgano de control el encargado de llevar a cabo esos ajustes por vía de interpretación, sino que debe procederse al rediseño de los mismos por medio de los mecanismos previstos en la Constitución, que garanticen que dichas modificaciones sean el fruto del consenso social, directo o a través de los órganos de representación que tengan la función constituyente, y no simplemente de la visión o perspectiva que tengan los miembros de uno de los órganos del Estado.

4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

A pesar del tradicional divorcio entre el derecho administrativo latino o continental y el derecho anglosajón, en los últimos tiempos puede constatarse cierto acercamiento entre los dos grandes sistemas y ciertas influencias mutuas. Desde la perspectiva del principio de legalidad, podemos destacar los siguientes aspectos en los cuales se aprecia una influencia del derecho anglosajón sobre el derecho administrativo latino:

4.1. La importancia del precedente judicial

En los orígenes del derecho administrativo francés, la labor de la jurisprudencia del Consejo de Estado fue muy importante hasta el punto de que se le llegó a calificar como un derecho pretoriano. Sin embargo, la evolución en Francia y la expansión del derecho administrativo en otros países fue demostrando que dicho derecho se ajustaba en el fondo a las reglas tradicionales del derecho continental, en el cual la fuente principal es la ley, mientras que la jurisprudencia apenas cumple un papel auxiliar, lo cual se opone a la tradición anglosajona donde, si bien existen estatutos legales y estos son muy importantes, el papel del precedente judicial es central y muchas veces constituye la regla de derecho aplicable.

En las evoluciones más recientes del derecho administrativo, de cierta manera con la influencia del derecho anglosajón, se ha venido reconociendo una renovada importancia al papel de las decisiones judiciales en la solución de las controversias. Así, a pesar de que formalmente se le siga considerando a la jurisprudencia como una fuente auxiliar del derecho, con base en la garantía del derecho fundamental a la igualdad, el precedente judicial, especialmente el proveniente de las decisiones de protección de derechos fundamentales de los tribunales constitucionales y algunas veces de los órganos judiciales de cierre contencioso administrativos, se ha convertido en obligatorio en el sentido de que los demás jueces deben aplicarlos no simplemente como referente de su decisión, sino de forma imperativa. Precisamente en ese contexto, es frecuente encontrar en los análisis jurisprudenciales y doctrinales que se utilizan criterios propios del derecho anglosajón como la diferenciación entre el *decisum* (decisión), la *ratio decidendi* (razones de la decisión) y los *obiter dicta* (consideraciones adicionales que no son indispensables para resolver el caso y, por ello, no se consideran vinculantes)⁸¹.

En ese sentido, resulta evidente la transformación que ha tenido el principio de legalidad con ocasión de la admisión de la figura del precedente judicial que impone la obligatoriedad de fallar de conformidad con lo decidido por un órgano judicial de cierre. Es así como las decisiones judiciales, especialmente las de los tribunales constitucionales y las relacionadas con los derechos fundamentales, han pasado a tener una importancia superior para la solución de los problemas propios del derecho administrativo, de tal manera que, en esas circunstancias, puede afirmarse que esas decisiones judiciales entran a formar parte del bloque de legalidad

⁸¹ En relación con la incorporación de estos métodos en el derecho continental, véase a Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, segunda edición (Bogotá: Universidad de los Andes y Legis Editores, 2006), 322 y ss

al cual está sometida la administración y condicionan tanto sus decisiones como el control que de las mismas pueda hacer el juez contencioso administrativo.

4.2. La regulación económica y la administración a través de agencias y de autoridades administrativas independientes

La actividad de regulación económica es una de las funciones que debe llevar a cabo la administración pública, consistente en la adopción de decisiones, generales y particulares, que buscan lograr un adecuado y eficiente funcionamiento del mercado en sectores económicos de especial trascendencia para la sociedad y, en particular, la promoción de la competencia y el respeto de los derechos de los actores de los mercados de esos sectores económicos⁸².

Dicha actividad es una de las actividades administrativas que ha sufrido mayores transformaciones en los tiempos recientes, como consecuencia de las influencias que el pensamiento económico contemporáneo ha proyectado sobre el derecho administrativo y sobre el papel del Estado en la economía, lo cual ha dado lugar al surgimiento del llamado *Estado regulador*. En efecto, desde mucho tiempo atrás el Estado, especialmente con ocasión de la aparición del llamado Estado intervencionista, ha tenido la potestad de intervenir en la economía a través de la expedición de normas en materias económicas, las cuales han sido tanto de carácter constitucional, como legal y administrativo. Sin embargo, la actividad que se conoce en la actualidad como de *regulación económica* sólo aparece en las últimas décadas del siglo xx como respuesta a las presiones

⁸² En relación con la noción de regulación, véase a Joaquín Tornos Mas, "La actividad de regulación", en Francisco Sosa Wagner, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, tomo I (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000), 1329 y ss

de diversos sectores sobre la necesidad de transformar el papel del Estado en la intervención sobre la economía⁸³.

Como fruto de esa importancia de la actividad de regulación económica, han aparecido también agencias estatales especializadas que son las encargadas de desarrollar esa actividad administrativa de regulación económica para cada uno de los sectores económicos de especial trascendencia para la sociedad.

Al respecto, vale la pena recordar que, desde el punto de vista de la organización administrativa, en el derecho continental, con base en la influencia francesa, la organización general (sin tener en cuenta la diferencia con la organización territorial) partió de la base de la existencia de un sector central y uno descentralizado por servicios, este último constituido, especialmente, por establecimientos públicos de diversas clases (administrativos e industriales y comerciales), que son organismos con un vínculo político y administrativo muy fuerte con el sector central.

Sin embargo, con la incorporación de la función de regulación económica al derecho administrativo, vino también la variación de los sistemas tradicionales de organización, incorporando con ello la noción de las agencias y las autoridades administrativas independientes, como instrumentos para flexibilizar la relación con el sector central y con los sectores regulados en aras de lograr garantías de independencia, lo cual también se refleja en la creación de misiones y acompañamientos de los organismos multilaterales en la adopción de reformas administrativas⁸⁴.

⁸³ Sobre la aparición del Estado regulador, puede verse a Desdentado Daroca, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, 155 y ss, y a Sabino Cassese, "La noción de «constitución económica» y las transformaciones del Estado", *A&C Revista de direito administrativo e constitucional*, n° 14, (enero-marzo 2003), 11 y ss.

⁸⁴ En relación con estas agencias y autoridades, véase a Santiago Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, tomo I, Los fundamentos (Madrid: Civitas, 1997), 224 y ss; a Enrique García Llovet, "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, n° 131, (mayo-agosto, 1993), 61 y ss; a Juan Miguel de la Cuétara

La figura de las agencias, aunque constituyen un género poco homogéneo en el derecho anglosajón hasta el punto de que pueden no necesariamente ser consideradas como una sola clase de entidad pública, ha comenzado a ser utilizada en países de tradición continental, privilegiándola sobre la figura del clásico establecimiento público. Ello ha generado como consecuencia, de una parte, una mayor flexibilidad en la tipología de las organizaciones administrativas -aunque con el consecuente desorden que ello conlleva- y, de otra, el reconocimiento de poderes que tradicionalmente no se reconocían a los establecimientos públicos, como el ejercicio de funciones cuasilegales o cuasijurisdiccionales.

A su vez, las llamadas autoridades administrativas independientes, aunque en ocasiones puedan formar parte de la estructura tradicional de la administración pública, se caracterizan por gozar de una especial autonomía o independencia en su gestión, en el sentido de que se busca que tanto su estructura como su funcionamiento se encuentren alejados de las influencias políticas o económicas que puedan existir en el respectivo sector objeto de regulación. A la vez, como una consecuencia de lo anterior y de las exigencias propias de la actividad reguladora, su composición es plural y se pretende que sus miembros sean personas altamente calificadas, con alta consideración y respeto profesional en el medio en que habrá de realizarse la regulación, y que no puedan ser removidas libremente por el órgano nominador. Sobre estas autoridades administrativas independientes debe hacerse notar que ellas no solo se dedican a la actividad de regulación económica,

Martínez, "El nuevo modelo de regulación para la competencia", *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, n° 3, (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999) 131, y a Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, segunda edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 88 y 89.

sino que algunas tienen como objetivo la protección de los derechos de los ciudadanos, para lo cual también requieren la garantía de independencia.

Esa evolución de la administración a través de agencias y el reconocimiento de la existencia de autoridades administrativas independientes ha venido acompañada de la asignación a ellas de competencias normativas, en virtud de las cuales se busca que la regulación se haga con criterios ciertamente más técnicos, pero, a la vez, ha generado un aumento sensible de la cantidad de regulaciones aplicables a los sectores sobre los cuales tienen competencias esas agencias y autoridades independientes.

Con ocasión del ejercicio de esas funciones normativas, además del aumento cuantitativo de normas, se puede evidenciar igualmente un proceso en el cual cada vez más dichas normas van aumentando en complejidad, lo que no solo supone una afectación al contenido del bloque de legalidad, sino, especialmente, en la manera como se aplican esas nuevas normas, se controla su validez y se controla su aplicación. En efecto, para la aplicación de esas normas y para el control muchas veces no son suficientes los criterios hermenéuticos tradicionales, sino que adicionalmente es necesario un conocimiento técnico especializado, lo cual abre la puerta a un importante espacio para la discrecionalidad administrativa, que, a la vez, obliga al juez a valerse de instrumentos técnicos para el control de los actos normativos y de sus aplicación, así como a realizar esfuerzos particulares para garantizar el sometimiento de la administración a la legalidad.

5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL O GLOBAL

Tradicionalmente se había considerado que el derecho administrativo era una expresión típica del derecho interno de cada país. En

este sentido, un concepto clásico del derecho administrativo lo ha definido como el régimen jurídico resultante del desarrollo de la Constitución Política en los asuntos relacionados con la administración pública del respectivo Estado.

Sin embargo, esa concepción del derecho administrativo como derecho interno no excluía algunas relaciones con el derecho internacional tradicional, en la medida en que la aplicación práctica de las convenciones y tratados internacionales en cada uno de los Estados que son parte de esos acuerdos, requiere algunas veces de la expedición de normas internas que los desarrollen. Puede afirmarse que esas relaciones tradicionalmente fueron limitadas por el concepto ortodoxo de soberanía y por la debilidad del carácter realmente vinculante de muchos tratados y convenciones, que se limitan a establecer principios orientadores en las respectivas materias y que carecen de instrumentos efectivos para garantizar la aplicación de las normas fijadas en ellos.

Pero esa situación ha venido cambiando de manera muy importante en la medida en que los fenómenos de la globalización de la economía y la internacionalización del derecho han producido unas relaciones cada vez más fuertes entre el derecho administrativo y el internacional. En efecto, al igual que en otras ramas del derecho, cada vez más el derecho administrativo se nutre de fuentes provenientes del derecho internacional, como es el caso, entre otros, de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, de los tratados que regulan la utilización de bienes públicos como los de telecomunicaciones o del medio ambiente, de los tratados de libre comercio y de los tratados bilaterales de inversión.

Este fenómeno, conocido como *la internacionalización del derecho*, no sólo afecta al derecho administrativo, sino que se extiende prácticamente a todas las demás ramas de la ciencia jurídica. En este sentido, podemos citar los casos del derecho penal y su afectación

por la creación de la Corte Penal Internacional y de otras cortes penales internacionales; del derecho laboral, con los compromisos adquiridos por los Estados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, o del derecho comercial con los acuerdos suscritos al amparo de la Organización Mundial del Comercio – OMC⁸⁵.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho administrativo, esas relaciones cada vez más estrechas con el derecho internacional han venido planteando múltiples problemas jurídicos, algunos de los cuales ya han sido objeto de atención por parte de la doctrina, como es el caso de las relaciones entre la Unión Europea, los países miembros de esa Unión y los habitantes de los mismos países, hasta el punto de permitir actualmente el reconocimiento de un *derecho comunitario*, que tiene sus orígenes en el derecho internacional pero que ha adquirido en Europa una personalidad propia, como producto de sus rasgos característicos que, además, se han venido reproduciendo en otras regiones del mundo aunque con desarrollos y análisis más limitados.

Pero, además, ya no solo los Estados se han unido entre sí sino que algunos de ellos lo han hecho con entes privados con fines supranacionales, que llevan a la expedición de normas que pretenden tener aplicación en las comunidades nacionales. Pero, por si lo anterior fuera poco, en la actualidad también encontramos entes u organizaciones constituidos por personas típicamente privadas, con vocación de autoridad para definir reglas de conducta aplicables a los habitantes de diferentes Estados y aún a los Estados mismos.

⁸⁵ Sobre la internacionalización o globalización del derecho, véase a Agustín Gordillo, “La creciente internacionalización del derecho”, en Jorge Fernández Ruiz, *Perspectivas del derecho administrativo en el XXI* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), 71 y ss; a Santiago González-Varas Ibáñez, *El derecho administrativo privado* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1996), 15 y 16, y a Luis López Guerra, *Derecho constitucional*, volumen 1, séptima edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 113 y ss.

Todas las figuras anteriores constituyen actualmente un conjunto de fuentes normativas que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen aplicación en la vida administrativa de los miembros o habitantes de un Estado en particular⁸⁶.

Así, existe un notorio aumento en las fuentes del derecho aplicables a la administración pública, pues no solo aumentan los centros de producción normativa, algunos de los cuales se sitúan por fuera de los Estados, sino que además aumenta la cantidad de normas aplicables a las relaciones administrativas. Ese aumento en la cantidad de normas y el origen externo a los Estados de muchas de ellas, genera retos respecto de su relación con las normas internas y, con ello, retos respecto de la forma como tradicionalmente se ha entendido el principio de legalidad, pues frecuentemente las normas transnacionales suelen ser contradictorias con las normas nacionales de jerarquía legal o reglamentaria, pero, incluso, también con las normas constitucionales. Ello impone la aplicación de nuevas reglas para la solución de contradicciones que superan el tradicional principio de jerarquía normativa, lo cual ha llevado al reconocimiento de otros principios conexos como el de primacía de las normas transnacionales o el de atribución de competencias separadas a los órganos nacionales y a los transnacionales, asuntos sobre los cuales los principales desarrollos se han dado a propósito del derecho comunitario.

El fenómeno descrito ha comenzado a ser objeto de preocupación académica en el sentido de que el derecho administrativo tradicional, como derecho exclusivamente interno, no resulta suficiente, pues en la realidad se constata la existencia de una especie de administración pública transnacional, de una normatividad y

⁸⁶ Sobre los anteriores fenómenos, véase a Libardo Rodríguez Rodríguez, "El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo", en *Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz* (México: Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013), 453 y ss.

de unas actuaciones transnacionales, esto es, que trascienden los límites de los Estados, y que generan afectaciones en las relaciones jurídico-administrativas.

El análisis académico de esta situación ha dado lugar a diversas expresiones en la doctrina. Así, un primer sector de la doctrina menciona al *derecho administrativo internacional* para referirse principalmente al ordenamiento administrativo propio de las organizaciones internacionales. Otro sector utiliza la expresión *derecho administrativo global* para referirse, en ocasiones, al derecho aplicable a las administraciones públicas que existen con independencia de un Estado y, en otras, al derecho que estudia las relaciones jurídicas de los llamados órganos administrativos globales, que incluyen tanto a administraciones sin Estado como a los Estados en sus actuaciones con eficacia global y a ciertos organismos internacionales⁸⁷.

Frente a esas concepciones, parece más comprensiva la denominación de *derecho administrativo transnacional o global*, en un sentido amplio, como el derecho aplicable a todas las situaciones que superan los límites de los Estados pero que pueden tener o tienen aplicación en la vida administrativa de los mismos o de sus habitantes, incluyendo a las derivadas de los tratados internacionales tradicionales, de las organizaciones internacionales, de las organizaciones comunitarias y de los que pueden identificarse como *órganos transnacionales que existen de manera independiente a un tratado internacional*.

⁸⁷ Diversos análisis sobre el fenómeno del *derecho administrativo global*, pueden ser consultados en José Luis Meilán Gil, *Una aproximación al derecho administrativo global* (Sevilla: Editorial Derecho Global, 2011); Sabino Cassese, *El derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado* (Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010); Lorenzo Casini and Euan MacDonald (coords.), *Global administrative law: cases, materials, issues*, segunda edición (Nueva York: Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 2008); Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart, "El surgimiento del derecho administrativo global", *Revista Res Pública Argentina*, n° 2007-3, (octubre-diciembre, 2007), 25 y ss.; Javier Robalino Orellana y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (coords.), *Global administrative law: towards a lex administrativa* (Londres: Cameron May, 2010).

Como ya quedó expresado, la mayor parte de los problemas jurídicos que plantea este fenómeno han sido analizados en buen grado de detalle en relación con el llamado *derecho comunitario*, especialmente respecto del derecho comunitario europeo, pero también, aunque en menor medida, en relación con otras organizaciones comunitarias. Igualmente, encontramos estudios importantes en relación con las organizaciones internacionales en general, aunque en este caso más dedicados a sus aspectos históricos y organizacionales que a los aspectos jurídicos sustanciales. Pero en relación con los aspectos de fondo que puedan llevar a la construcción de una teoría jurídica general aplicable a este fenómeno, la doctrina apenas comienza a hacer algunos esfuerzos no muy sistemáticos.

En todo caso, lo anterior conlleva un clarísimo impacto sobre el principio de legalidad, pues la cada vez mayor extensión y frecuencia en la aplicación de los tratados internacionales genera un cambio sustancial en las fuentes del derecho administrativo y en la forma como se produce el sometimiento a la legalidad, pues la relación de los tratados internacionales con las normas internas impone retos de armonización y de superación de contradicciones a efectos de garantizar un equilibrio entre el cumplimiento del *pacta sunt servanda*, como principio de los tratados internacionales, y la jerarquía y el respeto por las normas adoptadas por autoridades internas.

Y, como resulta evidente, aunque con mayor incertidumbre por el estado actual de los estudios y análisis del citado fenómeno, que se muestran aun insuficientes y sin la necesaria profundidad, ese impacto se presenta con mayor fuerza cuando se trata de la producción de normas y decisiones por parte de los que se han identificado como *órganos transnacionales que existen de manera independiente a un tratado internacional*, pues, en esos casos, el impacto, y también las dudas y la incertidumbre, comienzan con la definición

sobre la legitimidad de esos órganos para afectar las situaciones de las personas a las cuales van dirigidas sus decisiones.

CONCLUSIONES

Con fundamento en las anteriores consideraciones y reflexiones, podemos formular las siguientes conclusiones:

Uno de los principios fundamentales del derecho público moderno es el principio de legalidad, el cual, desde un comienzo, ha marcado un límite a la actividad de las autoridades y se ha convertido en una garantía esencial frente a las actuaciones de dichas autoridades. Sin embargo, como consecuencia de los fenómenos que en tiempos recientes han venido afectando al derecho público en general y particularmente al derecho administrativo, el principio de legalidad ha sufrido algunas transformaciones.

Puede decirse que la principal transformación del principio de legalidad en los últimos tiempos está relacionada con el cambio producido en el centro de atención del derecho administrativo, que ha pasado de la administración pública a *la persona* en sus relaciones con la administración. Esta mutación ha permitido el reconocimiento cada vez mayor de los derechos fundamentales frente a las actuaciones de las autoridades y sus prerrogativas de poder público y el consecuente surgimiento de nuevos mecanismos de control de esas actuaciones, que buscan garantizar la vigencia y la aplicación efectiva de esos derechos.

De otra parte, a partir de la aplicación de las ideas neoliberales, se ha producido un fenómeno de privatización del derecho administrativo o de huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, el cual abarca desde fenómenos de privatización de actividades y órganos que venían teniendo naturaleza pública, hasta la utilización del derecho privado para el desarrollo de actividades típicamente administrativas. Como consecuencia de ese fenómeno,

desde el punto de vista del principio de legalidad, se produce una disminución del volumen de normas aplicables a la actividad administrativa y se fortalece la autorregulación por parte del sector privado, pero, a la vez, en contrapartida, se fortalecen las funciones de regulación, inspección y vigilancia por parte de las autoridades administrativas.

El tercer fenómeno relevante tiene que ver con el auge de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y del derecho administrativo en particular, fenómeno en virtud del cual se pretende que la totalidad de las soluciones a los diversos problemas jurídicos tengan origen directo en la Constitución. Como efecto de esta idea, de una parte, se pretende que los textos constitucionales se conviertan en el centro y casi exclusivo objeto de atención en la solución de los problemas jurídicos y, de otra y como consecuencia de lo anterior, se ha producido una especie de menosprecio por las normas de inferior jerarquía, todo ello dentro de un ambiente de excesos, radicalismos y contradicciones que han producido un alto grado de incertidumbre jurídica y fuertes controversias alrededor de la necesidad de decantar y racionalizar los efectos de esta corriente.

La influencia del derecho anglosajón en virtud de la adopción de ciertas instituciones en los Estados de tradición continental o latina, también ha generado cambios importantes sobre el derecho administrativo, en particular sobre el contenido y concepción del principio de legalidad. Esa influencia, en primer lugar, se refleja en la progresiva importancia que se reconoce a la jurisprudencia, una de cuyas más claras expresiones se refleja en la utilización de la figura del precedente judicial con carácter vinculante. De otra parte, al derecho continental se han incorporado las figuras de las agencias y las autoridades administrativas independientes, propias del derecho anglosajón, con la asignación de competencias de

regulación y de solución de controversias, lo cual se traduce en la producción de nuevos volúmenes y tipos de normas, con un contenido más técnico, que afectan la concepción y las técnicas de control del principio de legalidad.

Finalmente, el fenómeno de la internacionalización y el reconocimiento de la existencia de un derecho administrativo transnacional o global impone sobre el derecho administrativo tradicional la aplicación cada vez más frecuente tanto de tratados internacionales, cuya fuente es la voluntad de los Estados, como de otras normas que tienen origen en órganos que existen de manera independiente de un tratado internacional, pero que se expiden con vocación de afectar las relaciones administrativas de las personas. Este fenómeno produce un claro impacto sobre el principio de legalidad en relación con diferentes elementos de ese principio, como la legitimidad para la adopción de decisiones, las fuentes jurídicas aplicables, los procedimientos que deben cumplirse, los mecanismos de controversia, la ejecución de las decisiones, etc., algunos de los cuales han venido siendo objeto de estudio y análisis suficientes, mientras que otros aparecen todavía sometidos a diversos grados de incertidumbre por la ausencia o insuficiencia de dichos estudios y análisis.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA
PRESENTADA POR
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

RAFAEL CIPRIÁN LORA

Licenciado en Derecho de la Universidad Eugenio María de Hostos. Magíster en Derecho Administrativo y Gestión Municipal y en Derecho Constitucional y Derecho Público de la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM). Magíster en Derecho Inmobiliario de la Universidad para Adultos (UAPA). Especialista en Ciencias Políticas y en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Profesor universitario.

Saludamos con entusiasmo a las instituciones académicas organizadoras de esta IX Jornadas de Derecho Administrativo y Derecho Público, realizada en honor al eminente Maestro de generaciones y patriota venezolano, Dr. Allan Randolph Brewer-Carías, por su importante iniciativa.

También dejamos constancia de que es un inmenso honor para nosotros el haber sido invitado para comentar la lúcida conferencia del académico colombiano, Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, que tituló: “Transformación del Principio de Legalidad en virtud de algunos Temas Fundamentales del Derecho Público.” Por tanto, extendemos nuestros sentimientos de gratitud.

Realizar comentarios a un texto tan claro y profundo como el que nos ocupa, no es una tarea sencilla. Primero porque la claridad y propiedad con que el Maestro Libardo ha desarrollado su tema, deja poco espacio para las precisiones y aclaraciones. Y segundo, debido a que la profundidad con que se sumerge en la

temática produce una especie de vértigo intelectual y doctrinario de las ciencias jurídicas al que se acerca a ese cúmulo de conceptos, juicios y análisis sin un instrumental metodológico y hermenéutico apropiado. Pero prometimos hacer los comentarios pertinentes, y toda promesa es deuda que se ha de cumplir, como la manda la máxima latina que rige el derecho de los tratados y convenciones internacionales: *pacta sunt servanda*.

Nuestro jurista realiza su exposición con brillantez. Para facilitar su comprensión la esquematiza en cinco puntos nodales. Con la finalidad de ser fieles a sus huellas doctrinales, nos vamos a referir a cada uno de esos aspectos, en el mismo orden en que los plantea y los desarrolla. Son: El cambio del eje central del Derecho Administrativo; la privatización del Derecho Administrativo; el auge de la constitucionalización del Derecho Administrativo; la influencia del Derecho Anglosajón; el Derecho Administrativo transnacional o global.

Con la intención de enriquecer el aporte de nuestro Profesor comentado, presentaremos algunas referencias del ordenamiento jurídico dominicano y de nuestra bibliografía nacional, que se relacionen directamente con los planteamientos del texto en cuestión.

EL CAMBIO DE EJE CENTRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cuando aborda el aspecto del cambio en el eje central del Derecho Administrativo, nuestro Maestro Libardo lo hace consciente del extraordinario acontecimiento que estamos viviendo en el mundo del derecho y su influencia bienhechora para los individuos, la sociedad en que viven y para la Administración Pública o el Estado mismo.

Ciertamente, el cambio en el eje central consiste en la transformación singular de la atención, preocupación y finalidad esencial

del Derecho Administrativo, esto es, un desplazamiento de la Administración Pública a la persona.

Antes, el Derecho Administrativo tenía como finalidad principal estudiar, normar y legitimar los actos, actuaciones y reglamentaciones de la Administración Pública. Era la expresión de la justicia retenida, herencia de los orígenes del Consejo de Estado francés. Pero en los nuevos tiempos la situación ha cambiado radicalmente. Ahora la preocupación principal del Derecho Administrativo es la persona.

Esa nueva realidad, demanda que el Derecho Administrativo se ocupe de proteger a la persona en su relación con la Administración Pública.

Así surge un Derecho Administrativo enfocado en la protección de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales de las personas en su relación con el Estado. Esto se corresponde con el Estado Social y Democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución, así como con la finalidad esencial del Estado.⁸⁸

Además, en nuestro ordenamiento legal tenemos la novedosa ley 107-13, que trata de los derechos y deberes de las personas en su relación con la administración pública, y de los procedimientos administrativos. En su Considerando Cuarto nos da un concepto acabado de la base jurídico-adjetiva del cambio del eje que nos ocupa. Consagra que las personas no son súbditos, ni

⁸⁸ Constitución dominicana: Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

ciudadanos mudos, sino individuos plenos de derechos y activos en la sociedad.⁸⁹

Evidentemente, que el cambio de eje central del Derecho Administrativo que va del interés principal en la Administración Pública al interés principal en la persona es provechoso y se corresponde con los nuevos tiempos de los sistemas jurídicos y las sociedades democráticas.

LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sobre el planteo de nuestro autor sobre la privatización del Derecho Administrativo, debemos resaltar que pone el dedo en la llaga de la ideología y la doctrina económica, política y jurídica del neoliberalismo.

Esto así porque el neoliberalismo plantea el regreso en cierta forma del liberalismo económico clásico, consistente en el libre mercado o no intervención del Estado en los asuntos de la economía.

Ahora, con el neoliberalismo, se persigue la reducción del tamaño del Estado y de su participación en el mercado. Esto impone la privatización de la mayoría de las instituciones y servicios públicos. Para que sean manejados por agencias particulares.

Así las cosas, el Derecho Administrativo queda automáticamente privatizado, en lo fundamental, con la privatización de la Administración Pública o de los servicios esenciales que ella está llamada a rendir a la colectividad.

⁸⁹ Ley 107-13, dominicana: CONSIDERANDO CUARTO: Que en un Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos no son súbditos, ni ciudadanos mudos, sino personas dotadas de dignidad humana, siendo en consecuencia los legítimos dueños y señores del interés general, por lo que dejan de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios públicos, para adquirir una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas y de las decisiones administrativas.

Se quiere un Estado pequeño, no interventor, y un mercado grande y libre. Pero resulta que lo necesario es un Estado que no sea ni interventor ni inútil, sino regulador de los agentes económicos. De esa manera tendremos un equilibrio entre lo que persigue el neoliberalismo y lo que le conviene a la sociedad, que no es la privatización total del Derecho Administrativo.

EL AUGE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El auge de la constitucionalización del Derecho Administrativo se corresponde con el neoconstitucionalismo que surgió a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, con sus antecedente del constitucionalismo social, impulsado por la Constitución de Querétaro, en el México del 1917, la Constitución de Weimar, en la Alemania de 1919, entre otras.

Ciertamente en nuestro país se ha producido, como en gran parte del mundo, esa constitucionalización del Derecho Administrativo. Y se hizo con la Constitución del 2010, hoy modificada en el 2015, sin que se variara el aspecto comentado. Se instituyó en la Carta Magna la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y se consagró que la Administración Pública estaría sometida plenamente al ordenamiento jurídico y al control de los tribunales de la República.⁹⁰

⁹⁰ Constitución dominicana: Artículo 138.- Principios de la Administración Pública. La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regulará: 1) El estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública con arreglo al mérito y capacidad de los candidatos, la formación y capacitación especializada, el régimen de incompatibilidades de los funcionarios que aseguren su imparcialidad en el ejercicio de las funciones legalmente conferidas; 2) El procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley. Artículo 139.- Control de legalidad de la Administración Pública. Los tribunales

Está realidad también la analizamos y la desarrollamos en nuestro libro, titulado “Derecho Administrativo Constitucionalizado (Para ganar los casos y vencer la arbitrariedad con la Constitución)”. En él afirmamos: “...hemos avanzado a la constitucionalización del Derecho Administrativo, que tiene hoy a la Constitución y, más específica y abarcadoramente, al Bloque de Constitucionalidad, como su fuente de fuentes de las normas.”⁹¹

También el célebre jurista español, Eduardo García de Enterría, le dedicó uno de sus textos a la necesidad de controlar la arbitrariedad o excesos del poder.⁹²

No coincidimos con nuestro doctrinario Libardo cuando afirma que hay desprecio por las normas infraconstitucionales en la actualidad. Más bien entendemos que hay la aplicación del orden de grados o jerárquico de las normas, como lo planteó Hans Kelsen, en su obra la Teoría Pura del Derecho.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

Los sistemas jurídicos de origen greco-romano se jactaban de sus diferencias con el consuetudinario anglosajón. Pero resulta que cada vez más vemos que este último Derecho está permeando con gran progresividad nuestros ordenamientos jurídicos. Y eso es bueno. La diversidad es riqueza y las influencias, cuando mejoran, enriquecen.

controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública. La ciudadanía puede requerir ese control a través de los procedimientos establecidos por la ley.

⁹¹ Rafael Ciprián, *Derecho Administrativo Constitucionalizado (Para ganar los casos y vencer la arbitrariedad con el Constitución)*, primera edición (Santo Domingo, Editora Centenario, 2018), 161.

⁹² Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n° 38, (mayo – agosto 1962).

El jurista Libardo nos resalta esa influencia con precisión y corrección. Y la manifestación más concreta de ese fenómeno lo tenemos en el valor de los precedentes jurisprudenciales.

Hoy como nunca, en nuestro país y en muchos del resto del mundo de Derecho latino, el precedente jurisprudencial está siendo usado cada vez más como base para resolver las contestaciones judiciales similares.

El ejemplo más contundente lo encontramos en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, que sientan precedentes y son vinculantes a todos los poderes y órganos del Estado, y a todos los que nos encontramos en el territorio nacional.⁹³

EL DERECHO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL O GLOBAL

Sin lugar a dudas, vivimos en la transnacionalización no solo del Derecho Administrativo, como lo plantea nuestro comentado autor, sino de todo el sistema jurídico, de toda la vida social y de todas las actividades de la Administración Pública. Estos tiempos se caracterizan por la globalización, la sociedad de la información, la era del conocimiento, el mundo digitalizado y la robotización de la vida moderna. Es un fenómeno inevitable.

El Derecho Administrativo, como parte del sistema jurídico de las sociedades y expresión de la Administración Pública de cada país o el Estado, no puede estar ajeno a esa realidad.

⁹³ Constitución dominicana: Artículo 184.- Tribunal Constitucional. Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

La influencia que ejercen el derecho internacional, que se manifiesta al través de los tratados, convenciones, pactos, acuerdos y declaraciones de derechos, es innegable.

Los Estados se ven precisados a suscribir constantemente tratados internacionales que se incorporan como normas con rango constitucional en el sistema jurídico. Así lo establece nuestra Constitución.⁹⁴

Por tanto, afirmamos que el Maestro Libardo Rodríguez Rodríguez realizó una enriquecedora y extraordinaria Ponencia. Tuvimos la oportunidad de compartir personalmente con él y abreviar en su sabiduría jurídica, preñada de un humanismo que dignifica el pensamiento y el accionar de todo profesional del Derecho.

⁹⁴ Constitución dominicana: Artículo 26.- Relaciones internacionales y derecho internacional. La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado; 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial; (...)

INTERÉS GENERAL Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

JAIME RODRÍGUEZ ARANA

Doctor en Derecho de la Universidad de Santiago. Doctor Honoris Causa en Ciencias Jurídicas de la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Catedrático y Director del Grupo de Investigación en Derecho Público Global de la Universidad de la Coruña, España. Director de la Universidad Menéndez Pelayo, Galicia. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Resumen:

Siendo el Derecho administrativo la ordenación racional y jurídica de los intereses generales, puede comprobarse cómo el interés general dentro del marco de los postulados del Estado social y democrático de Derecho es el centro y raíz del nuevo Derecho Administrativo del Siglo XXI y que, por tanto, las Administraciones han de encaminarse siempre hacia el servicio objetivo del bien común. La Constitución española dispone en su artículo 31 que el gasto público deberá aplicarse con arreglo a criterios de economía y eficiencia. Dicho precepto se ha incumplido de manera manifiesta en estos últimos años debido al pensamiento erróneo de que los fondos públicos son ilimitados. Ante esta situación es necesario promover una gestión responsable de los fondos públicos más democrática, más justa y sobre todo más equitativa a la luz del Estado social y democrático de Derecho. Es por este motivo por el cual se defiende un equilibrio entre ingresos y gastos de los fondos públicos, una confección clara y realista de los presupuestos primando una gestión responsable en materia económica, lo que implica dejar de lado el Estado-Providencia en su dimensión estática abriendo paso a un bienestar dinámico en un Estado subsidiario.

Abstract: Since administrative law is the rational and legal arrangement of general interests, it can be seen how the general interest within the framework of the postulates of the social and democratic State of Law is the center and root of the new Administrative Law of the XXI Century and that, therefore, Administrations must always be directed towards the objective service of the common good. The Spanish Constitution states in Article 31 that public expenditure must be applied according to criteria of economy and efficiency. This precept has been manifestly violated in recent years due to the erroneous thinking that public funds are unlimited. In view of this situation, it is necessary to promote a more responsible, more just and above all more equitable management of public funds in the light of the social and democratic State of Law. It is for this reason that a balance between income and expenditure of public funds is defended, a clear and realistic preparation of budgets giving priority to responsible management in economic matters, which implies leaving aside the “Welfare State” in its static dimension opening the way to a dynamic welfare in a subsidiary State.

Palabras Claves: interés General – Gasto Público – Estado de Bienestar – Estado Social y Democrático de Derecho – Derecho Administrativo – Constitución Española – Bien Común – Subsidiariedad - Solidaridad – Derecho Presupuestario.

Keywords: Public Interest – Public Expenditure – Welfare State – Social and Democratic state of Law– Administrative Law – Spanish Constitution – Common Good – Subsidiarity – Solidarity – Budgetary legislation.

INTRODUCCIÓN.

Una de las notas que diferencian al Derecho Público del Derecho privado es, ciertamente, la presencia, de una forma patente, del interés general. En el Derecho Público, de manera obvia y

omnicomprensiva, el interés general está en su misma historia, en su esencia y en su desarrollo. Por otra parte, también, aunque de otra forma, el interés general forma parte del Derecho privado puesto que la libertad no es absoluta, como tampoco lo es el mismo interés general. Para el Derecho Público es de tal relevancia esta noción, que si entendemos que esta rama del Derecho Público que es el Derecho Administrativo no es más, ni menos, que la ordenación racional y jurídica de los intereses generales, entonces comprenderemos hasta qué punto el interés general, en el marco de los postulados del Estado social y democrático de Derecho, es a día de hoy, según me parece, el centro y raíz del nuevo Derecho Administrativo del siglo XXI. Un Derechos Administrativo que regula el poder público para las libertades solidarias de las personas.

El interés general dispone de una dimensión abstracta enmarcada en los principios y directrices del Estado social y democrático de Derecho. Además, y de forma inseparablemente unida e ella, tiene igualmente una dimensión concreta porque para el Derecho Administrativo el interés general sólo tiene sentido en el plano de la cotidianidad.

El modelo de Estado que se asocia a la versión más sociológica y económica de Estado de Bienestar, se encuentra este momento en profunda crisis por haberse asumido un planteamiento estático y cerrado. Hoy nos hallamos ante Administraciones públicas, al menos en Europa, especialmente en el modelo autonómico español, que se han endeudado hasta el paroxismo haciendo saltar por los aires el fundamental principio de la estabilidad económica y financiera, de tanta trascendencia para la estabilidad política y social de los pueblos. Desde luego, la actual situación no es sólo consecuencia de malas políticas públicas en estos años, es el resultado de una siembra de irresponsabilidad que viene de lejos, de aquellos tiempos en que se pensaba que los fondos públicos eran

ilimitados, por no ser de nadie decían aquellos gestores a quienes hoy habría que pedir cuenta de sus desmanes y despilfarros en orden a la captura de votos y votos o, lo que es lo mismo, a la búsqueda, al precio que sea, de la poltrona, de la conservación y mantenimiento en el poder.

La Constitución española dispone en su artículo 31 que el gasto público habrá de aplicarse con arreglo a criterios de economía y eficiencia. La Constitución es de 1978 y, hoy, 2012, a juzgar por la situación de las cuentas públicas en general, podemos afirmar sin temor a equivocación alguna que este precepto se ha incumplido sistemáticamente sin que haya pasado nada, absolutamente nada. Ahí está, por ejemplo, el actual déficit público estatal para demostración de tal aserto. Los datos que se están conociendo acerca de la situación de las cuentas públicas de las Administraciones territoriales en España, escribimos en febrero de 2014, reflejan igualmente la conculcación del citado precepto de nuestra Carta Magna.

Cualquier persona en su sano juicio entiende que no se puede gastar más de lo que se dispone, que ha de existir un sano equilibrio entre ingresos y gastos. Esto, que es lo normal en la administración de los asuntos domésticos de cualquier familia, es, sin embargo, una excepción en la gestión de los asuntos públicos. Es más, existe el erróneo convencimiento de que si no se incurre en déficit no hay futuro en las contiendas electorales. ¿Por qué en el ámbito público es, ha sido, normal el endeudamiento?

La contestación a esta pregunta es compleja. Por un lado los presupuestos públicos ordinariamente no reflejan la realidad de los ingresos a obtener y los gastos en que se debe incurrir. Por ello, con frecuencia se acude a subterfugios contables y presupuestarios para modificar conceptos y subconceptos. Por otra parte, al no estar bien elaborados los presupuestos resulta que hay que atender ciertos pagos que debieran haberse previsto con realismo y que, sin

embargo, muchas veces por oscuras razones, no se incluyen. Y, por si fuera poco, la flexibilidad y politización de las autorizaciones de endeudamiento ayudan a que las cosas sean como son.

El recurso a solicitar incrementos de crédito para atender gastos de naturaleza social también ha coadyuvado a la situación en que nos encontramos. Si a ello añadimos el elefantiásico crecimiento de la planta y estructuras de las Autonomías o el incremento de altos cargos en las denominadas grandes ciudades, podemos explicar el volumen y tamaño de la deuda pública. Una deuda pública que no se puede enjugar castigando a los ciudadanos con más impuestos, congelación de las pensiones y bajadas de sueldos a los empleados públicos.

A esta situación de crisis hemos llegado porque, entre otras razones, resulta que se ha pensado, y se ha actuado en consecuencia, que los fondos públicos eran ilimitados y de gasto discrecional por los dirigentes de la cosa pública. No hay más que examinar los gastos de tantos Entes públicos en materia de personal eventual, los gastos de representación o de estudios y trabajos técnicos, para darse cuenta hasta qué punto se ha olvidado que los fondos públicos son escasos, limitados y, fundamentalmente y sobre todo, de la propiedad de los ciudadanos.

A partir de ahora las cosas tendrán que ser de otra manera. Los presupuestos habrán de confeccionarse con rigor y realismo. No se puede premiar la gestión irresponsable en materia económica. Más bien, habría que empezar a sancionar a los gestores y dirigentes de entidades públicas que gastan más de lo que disponen. Habrá que empezar a gestionar con austeridad y rigor, mirando cada euro que se gasta y estableciendo controles reales que impidan el derroche y el despilfarro.

Los cambios culturales son lentos. También en materia de gasto público. Aun así, necesitamos normas de control más claras

y sencillas y, sobre todo, gestores con experiencia que sepan administrar lo público al servicio de todos y con el menor gasto posible. Claro que se puede hacer más con menos. La austeridad, de ningún modo, es sinónimo de miseria. La austeridad exige una nueva forma de entender y gestionar los fondos públicos. Más democrática, más justa y, sobre todo, más equitativa. En esta cuestión, como en casi todas, la Constitución, de nuevo, arroja luz. Solo hay que leer el artículo 31 de la Constitución de 1978 y actuar en consecuencia. Algo que esperemos se pueda producir en un futuro próximo para bien de la sociedad y de todos los españoles.

INTERES GENERAL Y CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

El estudio de la crisis del Estado del Bienestar es, desde luego, un tema actual, un tema en el que hay unanimidad. Su análisis plantea cuestiones tan interesantes para un profesor de Derecho Público, como es la del fin fundamental del Estado, la funcionalidad de la intervención pública en nuestros días, las notas características del denominado “Estado de Bienestar” y las causas de su crisis. La crisis en la que nos encontramos es consecuencia del entendimiento estático, clientelar y cerrado del Estado de bienestar que han seguido diferentes gobiernos europeos de diferentes colores políticos.

Hoy en día nadie duda de la fuerza que ha recobrado los principios de subsidiariedad y solidaridad, fundamentos de la Ética social. Tampoco se pone en tela de juicio el creciente compromiso del Estado en la promoción de los derechos humanos aunque en la práctica, lo contemplamos y sufrimos a diario, se ha quebrado el núcleo indisponible de los derechos fundamentales y éstos se han convertido, qué pena, en monedas de cambio para la transacción política, alcanzándose cotas de dominio de los fuertes sobre los

débiles ciertamente injustificables se mire por donde se mire. Los vientos que corren, cómo lógica consecuencia de un camino caduco, son de búsqueda de nuevos horizontes, de nuevas soluciones que probablemente podrán alumbrarse desde el esquema dinámico y solidario de un Estado de bienestar que debe volver a recuperar su naturaleza de medio al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

El Estado es la comunidad de un pueblo asentada sobre un determinado territorio, dotado del más alto poder de dominio, para la fundamentación completa de su bienestar general. Esta definición, de Johannes Messner, una de las mejores que se pueden encontrar en el marco de la Filosofía del Derecho, recoge expresamente el término “bienestar”. ¿Por qué será? Porque una de las funciones esenciales del Estado es la puesta en marcha de las instituciones que hagan posible la obtención autorresponsable de sus propios fines en el marco del bien común.

El poder estatal tiene un evidente sentido de servicio al bien común y es el poder supremo entre los poderes sociales naturales porque, como dice Messner, el cumplimiento de las tareas particulares de todas las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales más básicas. Sabemos que los hombres pertenecemos inmediatamente a pequeñas comunidades (familia, ayuntamiento, corporación profesional) y que el primer deber del Estado es crear los presupuestos para cumplir las tareas que a esas comunidades impone la naturaleza. En este sentido, el Estado sería una vinculación de comunidades de forma que en las relaciones bilaterales del Estado con respecto a la pequeña y gran comunidad debe respetar y promover los derechos originarios comunitarios. El poder estatal es el poder supremo de los poderes sociales naturales, porque el cumplimiento de las tareas propias de las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales básicas. El propio fin del poder estatal, en la medida

en que se orienta hacia el cumplimiento de las funciones sociales básicas de protección del orden jurídico y de aseguramiento del bienestar, tiene evidentes limitaciones que proceden del primado de los derechos fundamentales de las personas, de la existencia de diferentes comunidades, de los derechos de las minorías, de otros Estados y de los medios imprescindibles para garantizar una situación de bienestar. Como señala Messner, estos límites son flexibles ya que las exigencias del bien común son variadas y diversas según las distintas soluciones. Pero como regla general puede afirmarse que la presunción jurídica está contra la extensión del poder estatal. ¿Por qué? Precisamente porque el poder estatal se justifica en la constitución natural del orden colectivo de las funciones sociales fundamentales. El poder estatal se justifica en la medida en que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos, fin del Estado social y democrático de Derecho.

Como sabemos, la responsabilidad o la competencia individual precede a la global. Es decir, lo que los individuos y las pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer deben hacerlo, sin interferencias del Estado. El principio de subsidiariedad es un principio fundamental de toda autoridad social que hoy, lamentablemente, se interpreta exclusivamente como criterio para disponer, como sea, de más poderes, de más normas y, por supuesto, de más funcionarios al servicio de estas comunidades políticas descentralizadas.

Bien común, interés general, subsidiariedad y bienestar son conceptos que están más unidos de lo que parece. Por eso, en el estudio sobre el llamado Estado del Bienestar y su crisis deben desarrollarse convenientemente estos conceptos. El bien común, trasunto filosófico del concepto jurídico-administrativo de interés general, es la clave porque implica ayuda para que los individuos puedan conseguir los fines esenciales de la vida.

El principio de subsidiariedad, lógicamente, limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales. Como principio superior filosófico-social tiene tres importantes corolarios que nos ha sintetizado Messner. Primero: un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios intereses. Segundo: un sistema social es tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y la autonomía de las comunidades menores. Tercero, y muy importante, un sistema social será más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien común.

El libre desarrollo de la persona, en un contexto de bien común, es un dato capital. Por eso, el principio de subsidiariedad implica tanta libertad como sea posible y tanta intervención estatal como sea imprescindible. En realidad, como sabemos, el ideal del orden social se orienta hacia la mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal. Los pueblos que han tenido más leyes no es que hayan sido los más felices nos recuerda Messner. Sin embargo, hoy por hoy existe una fuerte convicción de que el progreso social depende de la intervención estatal.

La cuestión es reducir la intervención justo a ese marco de ayuda ínsito en la idea del bien común, porque no se puede olvidar que la gran paradoja, y tremendo fracaso del Estado del Bienestar, ha sido pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general. Al contrario, la versión cerrada, unilateral y estática del Estado de Bienestar ha dejado tras de sí, gracias a la irresponsable gestión pública que la ha provocado, un reguero de pobreza y miseria sin cuento. La fórmula es, más bien, la que parte de la subsidiariedad: cuanto más se apoye a la persona y a las comunidades menores en que se integra, se fomentará la competencia y

la responsabilidad y el conjunto tendrá una mayor autonomía. Porque no se puede olvidar que el principio de subsidiariedad protege los derechos de las personas y de las pequeñas comunidades frente a un Estado que, históricamente, ha cedido a la sutil tentación de aumentar considerablemente su poder.

Pero lo más importante, independientemente de la fuerza evidente de este principio básico de la Ética política, es que el bien común se alcanza más fácilmente si los propios individuos y las pequeñas comunidades vienen en un contexto de responsabilidad e ilusión por conseguir sus fines existenciales. Hoy, no parece necesario recordarlo, la falta de reacción social, la débil motivación de los ciudadanos, y la actitud sumisa general ante el poder, reclaman que el principio de subsidiariedad vuelva a colocarse en el primer plano de la Ética Política.

El profesor Cassagne, gran defensor del principio de subsidiariedad, señala que quienes piensan que este principio genera Estados débiles o mínimos, no son conscientes de que la realidad subraya la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo. Al contrario de lo que pueda pensarse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión. A día de hoy, febrero de 2014, la experiencia del Estado estático de bienestar que ha dominado buena parte de Europa en este tiempo, demuestra que a pesar de la intervención directa, de las cuantiosísimas subvenciones, de las ayudas de todo tipo, el pueblo se ha empobrecido, las arcas públicas están vacías y la capacidad del Estado de asumir nuevas políticas sociales, bajo estos postulados, bajo mínimos.

La función del bienestar de todos los ciudadanos constituye la segunda función social básica del Estado, después del

mantenimiento de la paz y el orden interior y exterior. En realidad, la función del bienestar de todos los ciudadanos se refiere a la vida económica y social y sus principales campos de aplicación son las bases ordenadoras de la economía nacional. Una economía que ha quebrado el principio de estabilidad financiera y se ha lanzado a un endeudamiento creciente no siempre justificado, ni mucho menos, por la atención a las necesidades colectivas de los ciudadanos.

La función del bienestar de todos los ciudadanos, que tiene mucho que ver, no sólo etimológicamente, con el bien común, puede alcanzarse a través de la intervención directa del Estado en la vida económica y social o a través de la aplicación del principio de subsidiariedad. En este sentido, conviene distinguir entre Estado-Providencia y Estado social del Bienestar. Es el Estado-Providencia, el Welfare State, el que ha fracasado. El Estado social del Bienestar, por el contrario, bien aplicado, puede ayudar sobremanera a salir de la profunda crisis general en la que nos encontramos en el mundo Occidental. Especialmente, si el interés general se gestiona de manera abierta y complementaria, contando realmente con la participación del pueblo.

El Estado Providencia (Welfare State) es el que se ocupa inmediatamente de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “la cuna hasta la tumba”. Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, omnipresente, que reclama elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. Trae consigo una poderosa y omnipotente burocracia que crece y crece sin parar cómo matemáticamente se comprueba en nuestro país sin demasiados problemas. En fin, este modelo estático de Estado del Bienestar es el que ha fracasado estrepitosamente en Europa en este tiempo por no confiar en el principio de subsidiariedad como elemento de regulación de la tarea estatal de bienestar y, por tanto,

por no seguir un principio del bien común y de supremacía del interés general a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle en libertad, solidaridad y responsabilidad.

El Estado del Bienestar, como sabemos, no es más, ni menos, que el resultado de una forma de intervención del Estado en la vida social que surge tras la crisis de 1929 y que adquiere carta de naturaleza después de la II Guerra Mundial. En realidad, lo que ha ocurrido, es que el grado de intervención ha ido “in crescendo” hasta llegar a alcanzar las dimensiones actuales. Unas dimensiones que reclaman una refundación y la vuelta a los principios y postulados básicos. Hoy, probablemente, tras la aguda crisis y recesión que vivimos tendrá que alumbrarse un nuevo modelo de Estado que garantice el bienestar de todos contando con todos, no desde la cúpula o desde el vértice, como ha acontecido hasta ahora.

En realidad, el Estado social del Bienestar no supone que la regla deba ser la de mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco que se deba practicar una no intervención de los Poderes públicos en la sociedad. El Estado, es necesario recordarlo, tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene un cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por eso, la finalidad de la política económica, que siempre tiene un claro sentido instrumental, es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: una mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida de todos los ciudadanos. La elevación de la productividad socioeconómica implica que todas las instituciones económicas deben orientarse en su actuación a este objetivo. Y, para alcanzar el mayor nivel de vida posible es necesario un justo reparto del producto social de

manera que, también al servicio de esta finalidad han de orientarse la política monetaria, la política crediticia, la política de salarios de precios o de impuestos, de pleno empleo, la política agraria, sindical. También la política fiscal ha de ser analizada en este contexto: debe orientarse hacia el bienestar económico y social.

Hoy, en 2014, a pesar de los fondos públicos invertidos en el Estado del Bienestar, estamos sumidos en una crisis global sin precedentes. Entre otras razones, por haber hecho un uso ilegítimo de un modelo que tiene como fin la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Los dirigentes, atendieron preferentemente a determinados grupos, financieros, políticos y sociales, desde los cuales mantenerse en el poder a ultranza, como sea, a como de lugar. El interés general terminó por confundirse con determinados intereses particulares, sectoriales o grupales con un único fin: la permanencia en el poder.

El Estado social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad y del de solidaridad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica solamente, cómo es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común, del interés general, como también puede ser necesaria la intervención en determinados sectores, eso sí, en función del bien común, del interés general en términos de Derecho Administrativo. La verdad es que el Estado del Bienestar actual poco tiene que ver con el modelo del Estado social del Bienestar porque la intervención ha sido cada vez mayor y mayor, hasta llegar en la actualidad a una peligrosa situación pues

se ha ido aniquilando la capacidad de reacción de los individuos y se les ha acostumbrado a esperar todo del Estado, de manera que la responsabilidad personal es una quimera.

Estudiamos ahora brevemente cuál es la posición del Estado social del Bienestar en materia de política social. No cabe duda que hoy en día una de las principales funciones del interés general es preservar adecuados estándares y patrones de calidad, asequibilidad y universalidad en las políticas sociales, en materia de trabajo y sanidad fundamentalmente. En materia educativa ya va siendo hora de que abandonemos el concepto de servicio público y se colabore más, desde el poder público, con tantas y prestigiosas instituciones de enseñanza que a lo largo del tiempo han demostrado mejores parámetros educativos que la propia enseñanza pública. En todo caso, la clave está, una vez más, en que los padres puedan elegir el modelo educativo de su preferencia, lo que implica, es obvio, que el Estado garantice, y no es poco, esa elección tan relevante para una auténtica libertad educativa, algo que, en términos generales, y salvo honrosas excepciones, brilla por su ausencia entre nosotros. Si se introduce competencia en el sistema y se asegura la libertad de elección, la enseñanza pública terminará por mejorar, que medios personales y materiales tiene, y se eliminará esa peligrosa dictadura de determinados colectivos que no buscan más que el privilegio y mantener una situación de prerrogativas, a todas luces incompatible con la necesidad, cada vez más urgente, de que los jóvenes puedan acceder a una educación de calidad.

En primer lugar, conviene definir lo que debemos entender por política social. La política social consiste en las medidas e instituciones del Estado para proteger a los grupos sociales que dependen del trabajo contra todo perjuicio en la participación del bien común. Entre las medidas de la política social, cada vez más necesarias, están la protección de una salud digna y humana, una protección del salario a través de la seguridad social general y una

protección de los convenios colectivos para que las condiciones de trabajo permitan la realización del hombre en su plenitud (Messner). También en estos casos la acción del Estado está vinculada por el principio de subsidiariedad, de forma que en muchas ocasiones la integración social es posible dejando a los individuos y grupos que profesionalmente son competentes en la materia la iniciativa siempre en un marco de responsabilidad pública. Es decir, en estos casos, la iniciativa social asume la gestión de ciertos servicios de naturaleza social bajo exigentes controles, comprobaciones y supervisiones del Estado.

Conviene recordar que la acción social del Estado debe extenderse a la protección de la salud, del salario y del contrato de trabajo en las mejores condiciones de solidaridad y bienestar humano. En caso de que el Estado intente actuar unilateralmente sobre otros riesgos de la vida, entonces ya nos encontramos con un modelo de Estado de Bienestar de corte intervencionista que intenta asfixiar a la persona. En este tiempo, la intervención en esta materia de la política social es desproporcionada pues se ha conseguido, en no pocos casos, incrementar hasta el infinito el presupuesto público para mantener a colectivos cada vez más numerosos de personas. Hoy, se destinan grandes dotaciones presupuestarias a los subsidios sin que se haya, ni mucho menos, orientado la acción pública al bien común, al interés general. Más bien se otorgan con intenciones, nunca confesadas, de control social, al más rancio estilo clientelar. En la medida en que los servicios públicos son de peor calidad, en la medida que crece irresponsablemente la burocracia y en la medida en que desaparece la iniciativa y la responsabilidad personal, nos encontramos ante un panorama desalentador que parece imposible revertir. La política de fomento, de subvenciones debe ser revisado y usada exclusivamente para estimular actividades y colectivos que realizan actividades de verdadero interés general,

no actividades y colectivos a los que se intenta captar políticamente desde la política subvencional.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona en el marco del bien común, del interés general. Por eso, el modelo del Estado social del Bienestar implica que la acción pública en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y la garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social del Bienestar la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Vaya si lo hemos comprobado en la crisis financiera de este tiempo. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza implica fallas sobre los derechos humanos; por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en este sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del Bienestar. Por cierto, una doctrina bien de actualidad en este tiempo, en que es menester volver a pensar en la funcionalidad y los límites de la intervención pública, especialmente en la vida económica.

La pérdida de confianza hacia el sector público como motor único y exclusivo de la vida económica es un dato, hoy, indudable. La crisis del Estado de Bienestar y de las políticas de intervención masivas e indiscriminadas han dejado vacías las arcas públicas. Fundamentalmente a causa de que los dirigentes del espacio público equivocaron sus prioridades y se olvidaron de lo fundamental: la promoción y garantía de los derechos de los ciudadanos. Se dedicaron, y de qué manera, al control social, a aliarse con las tecnoestructuras financieras y mediáticas para mantener a la ciudadanía

sumida en dulce y reparador sueño que al cabo del tiempo, cuándo ha habido que despertar, la realidad se ha presentado como es, sin artilugios, sin fantasías, sin sucedáneos: bajada de sueldos públicos, bajada de las pensiones o subidas de impuestos.

El protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor Velarde Fuertes, encontramos el célebre trabajo de Enrico Barone publicado en el *Giornale degli Economisti* (1.908): “El ministro de la producción en un Estado colectivista”, a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de Wiesser, Pareto y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista Mandilesco se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de Roosevelt como la encíclica “*Quadragesimo anno*” se muestran críticas hacia el capitalismo. En 1.917 comienza la amarga experiencia comunista en Rusia y en los países “convertidos” a la paradójica sociedad sin clases. En 1.989, tras un largo y épico sufrimiento colectivo, cae una de las grandes farsas de la historia: el comunismo. El desmantelamiento del credo comunista ha traído consigo la crisis del planteamiento socialista. Hoy, tras la crisis de 2008, los planteamientos tradicionales del mercado sin regulación o de la intervención pública como política fundamental deben ser superados. Algo, que a nuestro juicio, pasa por replantear el modelo del Estado del Bienestar y aplicarlo en su versión dinámica y finalista a la vista de los pésimos resultados que conseguido la versión estática, cerrada y unilateral. Asimismo, hay que revisar el sentido de la actividad de fomento del Estado, fortalecer las tareas de vigilancia, supervisión y control, profesionalizar las agencias reguladoras, apuntalar la separación de los poderes y, sobre

todo, colocar en el centro del orden político, social y económica la dignidad del ser humano.

Los planteamientos intervencionistas de Keynes o Beveridge trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1.945 a 1.973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizás porque entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración mundial, no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta.

Ahora bien, en torno al llamado círculo de Friburgo surge un conjunto de pensadores críticos frente a las bases teóricas del Estado del Bienestar. Entre ellos, destacan Walter Eucken, Ludwig Erhard o Friedrich Von Hayek. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, conocidos como representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable, sobre todo, como comprobamos a diario, al haber fracasado estrepitosamente tanto la idea de la innecesariedad de la regulación del mercado como la tesis de la conversión de la intervención pública en el paradigma de las políticas públicas. Eucken, por ejemplo, se planteó la cuestión de la actividad estatal en materia económica. Su planteamiento es irrefutable: el problema es de orden cualitativo, no cuantitativo. El Estado ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica. El Estado, según Eucken, y la doctrina de la economía social de mercado, ha de fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia. Como es bien sabido, el “milagro” alemán debe mucho a esta interesante

doctrina de la economía social. Hoy, el “milagro” que se precisa, en otras circunstancias, pasa, a mi juicio, por planteamientos de esta naturaleza liderados por estadistas de la talla que por entonces dirigían los principales países de Occidente.

Ludwig Erhard entendió claramente la función del Estado cuando escribía en su célebre obra “Bienestar para todos” que el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello. Es decir, el Estado, es la principal manifestación de la cláusula del Estado social, debe crear las condiciones para que la libertad del ciudadano y de los grupos en que se integre sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su realización efectiva. En modo alguno, como ha entendido la versión estática y unilateral del Estado social, se puede justificar esa acción pública orientada a la dependencia de los ciudadanos, a quienes el espacio público, regido por lo unilateral y el pensamiento único, termina por narcotizar hasta ser convertidos en marionetas al servicio de la tecnoestructura política, financiera y mediática, que sutilmente ha conseguido que la democracia esté dejando de ser el gobierno del pueblo, por el pueblo, convirtiéndose sencillamente en el gobierno de los que mandan sin más. Eso sí, bajo la apariencia de una participación que, cuándo existe formalmente, no es más que la “longa manus” de las grandes corporaciones que componen la tecnoestructura dominante.

El Estado del Bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de “entreguerras” es un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión. Sin embargo, cómo sabemos muy bien, en su evolución histórica ha ido adquiriendo las características propias de un Estado fuertemente interventor en detrimento de las

libertades del hombre hasta llegar hoy a una situación insostenible, en la que hay unanimidad general y que se ha bautizado como la crisis del Estado de Bienestar. La causa principal: que el Estado se ha excedido en su afán interventor y, además, no siempre la mayor carga fiscal ha supuesto mejores y más eficaces servicios públicos. Por una razón, porque en la determinación y administración del interés general se ha actuado unilateralmente, sin escuchar a los ciudadanos, sin fomentar la participación real del pueblo.

En realidad, debe reconocerse que en virtud del Estado del Bienestar se consiguió que el Estado asumiera como obligación las ayudas a quienes perjudicaba el funcionamiento del mercado y que los sindicatos se integraran en la determinación de los distintos intereses colectivos de carácter laboral. Es verdad que la aparición del Estado del Bienestar supuso una conciencia más social por parte de los ciudadanos. Sí, pero en su versión estática, la que terminó por prevalecer a causa de la ausencia de altura de miras de los dirigentes de estos años, ha traído consigo una evidente crisis de responsabilidad personal, pero que muy preocupante, que ha transformado al ciudadano en un mero espectador pasivo, en un sujeto inerte, dependiente y al servicio subjetivo de los poderes públicos.

El Estado del Bienestar, es de justicia recordarlo, surge de una convicción moral, como dice Karl Popper, sumamente humanitaria y admirable. Lo que ha pasado es que se ha olvidado el principio de subsidiariedad que, probablemente, permite llegar a mejores resultados, con menos costes y con mayor participación social. Por eso debe reivindicarse nuevamente que el principio rector que justifica la intervención del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad Y no es que la subsidiariedad equivalga, como ya hemos señalado, a un Estado débil. Más bien, ocurre todo lo contrario porque la fortaleza o debilidad de un Estado pienso

que no se debe medir por el tamaño del sector público sino por la sensibilidad frente al bien común, a la preservación del interés general de los ciudadanos. Para conseguirlo, el Estado debe devolverles, racionalmente y en un marco de bien común, de interés general, las competencias que le son propias. La sociedad, y los ciudadanos como sus componentes básicos, han sido expropiados durante largos años de muchas de sus funciones que se han ido convirtiendo en servicios públicos con el fin de que el Estado, y quienes lo dirigen en cada momento, aumenten su hegemonía y extiendan su poder cada vez a más actividades y tareas sociales. Hoy, en plena crisis económica y financiera, es menester proceder a una revisión a fondo del esquema y funcionamiento del Estado de Bienestar con el fin de adecuarlo a la realidad recuperando el papel central del ciudadano y la necesaria participación social en la definición y evaluación de las principales políticas públicas.

En este trabajo me interesa destacar que es menester recuperar una manera de entender el interés general, no desde la unilateralidad, sino desde el pensamiento abierto y complementario, desde la participación de la ciudadanía. Participación real de la ciudadanía que tardará en llegar porque en este momento esa participación se canaliza, en algunos países con mayor intensidad que en otros, a través de la manifestación del derecho a la indignación por parte de millones de personas. Es un primer paso al que deben seguir reformas del orden político, económico y social que coloquen de nuevo al pueblo en el lugar que le corresponde. Después será más sencillo, más fácil, que realmente la ciudadanía se implique en los asuntos de interés general y forme parte incluso de consejos o instituciones de participación en las principales políticas sociales. El Estado debe permitir que cada ciudadano se desarrolle plenamente y que pueda integrarse en condiciones dignas en la sociedad. La muerte del “Welfare State” no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención

creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano hasta convertirlo en una marioneta totalmente dependiente de las tecnoestructuras políticas o financieras.

El sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran proporcionados al gasto empleado. ¿Por qué? Sencillamente, porque hemos seguido viviendo en una Administración para quien el ciudadano es la justificación para crecer y crecer y porque no ha calado en los dirigentes políticos la Ética propia de un Estado que aspira a instaurar el verdadero bien común, a preservar el interés general.

Edgar Morin, un sociólogo galo bien conocido, hace algunos años sentenció, tras un estudio de campo sobre la realidad de los servicios sociales franceses, que a pesar de que los gastos sociales han crecido de la mano del todopoderoso Estado del Bienestar, sin embargo la calidad en la atención al hombre marginado concreto es todavía una quimera. Si cabe, la paradoja es patente, aumenta la solidaridad administrativa, pero esta es insuficiente, impersonal, burocrática y no responde a las necesidades concretas, inmediatas e individuales. La razón es bien clara y así lo admite Morin. El problema de la solidaridad concreta e individualizada es irresoluble en el marco tradicional de una política que se practica por decretos o programas únicamente. La solución viene de la mano, así lo reconoce el profesor Morin, de una política que despierte y estimule. En otras palabras, los poderes públicos deben fomentar y ayudar a que tantas personas que trabajan por la solidaridad lleven a buen fin sus proyectos. Una vez más se comprueba que los poderes públicos, en tantas y tantas ocasiones deben tener la inteligencia de potenciar las iniciativas sociales que, no lo olvidemos, son las que dan la temperatura de la vida democrática de un país.

¿Por qué si aumentan los recursos para la solidaridad, los resultados son tan magros? No por motivos económicos. Por la mala gestión pública de este interés general fundamentalmente. Por asumir “in toto” todos los servicios sin contar la colaboración, para la gestión o administración concreta, de instituciones sociales de gran prestigio y con gran experiencia en la materia. Es necesario repetir, pues, que la aguda crisis del “Welfare State” no es sólo de diagnóstico económico. La razón es mucho más profunda y tiene que ver con la actitud del Estado frente al ser humano. En estos casos hay que reconocer que en una sociedad libre no es función legítima del Estado obligar, imponer la ayuda a los necesitados para que permanezcan permanentemente en situación de dependencia. Es más saludable, y más propio de un Estado que busca una sociedad fuerte, potenciar a los grupos -que los hay, y muchos- que actúan voluntariamente y que disfrutan ayudando a los demás.

Como dice Karl Popper tratando de la idea de igualdad de oportunidades en el acceso a la educación superior, resulta que para el estudiante sin recursos de hace algunos años, la lucha por el conocimiento era una aventura que exigía privaciones y sacrificios. Y, sin embargo, hoy ese derecho se da por supuesto y se valora poco aquello que se recibe como un derecho adquirido, sin sacrificio. Esta es una consecuencia evidente de la acción del Estado de Bienestar sobre la sociedad: eliminar la responsabilidad, liquidar la capacidad crítica de los ciudadanos y condenarlos a una actitud de pasiva y pesimista resignación frente a la autoridad estatal que es quien decide y quien estimula a los ciudadanos. Por ello, la capacidad de ilusión y de sacrificio hoy está en un mal momento. De ahí que la nueva versión del Estado del Bienestar debe ser más sensible ante la dignidad personal y debe buscar ese clima de bien común, de preservación del interés general que tanto se necesita para que la efectividad en el cumplimiento de los derechos humanos sea una realidad.

Una de las quimeras del Estado del Bienestar que ha justificado la expansión incontrolada del gasto público, ha sido la necesidad de distribuir equitativamente la renta. Pero también en este punto el “Welfare State” ha fracasado, porque es bien conocido que tras décadas de actividades redistributivas, el nivel de desigualdad no ha disminuido. Al contrario, no sólo no se ha redistribuido del más rico al más pobre, sino, en la mayoría de los casos, de éste al más pobre todavía. La pregunta que a continuación se plantea resulta evidente: ¿Dónde van a parar, entonces esos recursos que se nos detraen, si es que no se dedican a tareas redistributivas? Pues sencillamente, a alimentar el aparato burocrático que, a pesar de todo, crece y crece sin parar. Es decir, esos fondos, en buena parte, han ido dirigidos a aumentar el control de los burócratas sobre la economía.

La burocracia, es un dato evidente, ha crecido desproporcionadamente en estos años ¿Por qué? Porque como dice Luhmann, el Estado de Bienestar, me permito apuntar en su versión estática, únicamente consigue cumplir sus deberes recurriendo a la burocracia. No cabe duda de que, de una u otra manera, con más o menos intensidad, los burócratas buscan aumentar su poder en la Administración pública y para ello tienen necesidad de expandir su actividad. Mientras no se produzca una efectiva conversión de la burocracia, cómo organización, a la idea de servicio objetivo y efectivo al interés general y mientras no se tenga claro, teórica y prácticamente, que la función pública existe y se justifica en la medida en que es capaz de satisfacer las necesidades públicas y no sólo los intereses corporativos.

También conviene llamar la atención sobre otro fenómeno que ha acentuado la crisis del Estado del Bienestar: la corrupción. ¿Por qué? Sencillamente porque un Estado que interviene en todos los recodos de la vida social alienta necesariamente la creación

de grupos de interés que desean sacar beneficios directos de los poderes públicos. Cuando la discrecionalidad es la regla general y los sistemas de contratación públicos permiten adjudicaciones sin excesivos controles, parece lógico que al aumentar progresivamente los fondos públicos, la proliferación de grupos de presión y de empresas cercanas al poder campe a sus anchas.

El bien común es un concepto filosófico que, desde otras disciplinas, puede traducirse como bienestar general según la Sociología o interés general desde el Derecho Administrativo. El bien común, es un dato capital, constituye la tarea suprema de la actuación de los poderes públicos. Es más, en la medida en que la Ética supone profundizar en la plasmación del bien común, resulta evidente que la primacía de la “política” frente a la peligrosa preponderancia de la “economía” en nuestro tiempo, implica que es una función trascendental de la comunidad política reducir, dice Messner, a su propio puesto a cada uno de los grupos, con sus intereses particulares y sus pretensiones de poder, evitando así la explotación de unos por otros. Los dirigentes públicos, los responsables de los poderes públicos, pues, deben, ordenar todo este entramado de distintos intereses particulares o sectoriales en el proceso dinámico de la realización progresiva del bien común, del interés general. Por eso, cómo nos recuerda el profesor Messner, la autoridad política tiene que contar con el poder necesario para poder realizar el bien común, el interés general. Es decir, el bien común en cuanto ley fundamental de los poderes públicos, fundamenta la primacía de la “Política”, recta ordenación de la res pública para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, y justifica la plenitud de la autoridad al servicio del bien común.

El Estado estático del Bienestar, lo estamos experimentando y sufriendo en nuestras carnes, ha necesitado subir los impuestos para afrontar un elevado gasto público con el que cubrir las

crecientes demandas sociales. Pues bien, también en este apartado, el Estado interventor ha fracasado. Sobre todo, porque sabemos bien que aumentar los impuestos sólo contribuye a desalentar la inversión y el trabajo. Por el contrario, si se bajan los impuestos, son mayores los incentivos para trabajar, ahorrar e invertir y, por ello, para que los empresarios creen puestos de trabajo. Entonces, lo ordinario es que crezca la economía, que el producto nacional aumente y que se gane más dinero, de manera que se recaude más aunque los impuestos sean más bajos. En cualquier caso, las correcciones de los desequilibrios evidentes que hay en nuestra sociedad, no se arreglan destinando el dinero de los impuestos que gravan a los más ricos a los más pobres, porque de esta manera, lejos de integrar a los pobres en la sociedad, se les aísla a través de subsidios y ayudas esperando que políticamente sea rentable la operación. Curiosamente, esta forma de proceder, propia del “Welfare State”, supone que la sociedad se basa en el enriquecimiento: está en la consecuencia tan paradigmática de la metodología del Estado de Bienestar. Por eso, nos conviene volver al modelo de Estado dinámico de Bienestar, nos conviene que en lugar del afán de lucro que ha generado este Estado intervencionista en alianza con las más variadas tecnoestructuras, fundamentemos la sociedad sobre la cooperación, la responsabilidad y la libertad solidaria de las personas.

En fin, la desaparición del llamado “Estado-Providencia en su dimensión estática” y la vuelta al bienestar dinámico deben dejar paso a un Estado subsidiario, en el que se estimule la participación real de los ciudadanos, en el que se recupere la idea del poder público al servicio objetivo del interés general, en el que se promueva la responsabilidad personal, en el que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales, en el que se cuente con los individuos y los grupos que los representan para el bienestar social, en el que bajen los impuestos, en el que se instaure la economía

social de mercado, en el que se adecue el tamaño del sector público a las funciones esenciales del Estado. Es decir, un Estado comprometido con la justicia porque así se protege la dignidad de la persona que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho y, que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente al servicio del ser humano.

INTERÉS GENERAL Y POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La función fundamental del Estado se encuentra en la realización del bien común, del interés general, que no es, ya lo hemos comentado, la suma de los bienes o intereses individuales. Es más, se trata de un nuevo valor específicamente distinto del bien o interés individual y de la suma de los bienes o intereses particulares. El bien común, el interés general en términos jurídico-administrativos, se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona. De ahí que el Estado no debe ver en el hombre únicamente el ciudadano, porque el hombre es algo más, bastante más que un ciudadano: es un ser humano con unos derechos fundamentales que surgen de su propia dignidad y que debe realizarlos para desarrollar en plenitud, en libertad solidaria, su personalidad. De los derechos fundamentales en relación con el interés general, de su núcleo irreductible, como lo llama Meilán Gil.

La persona se constituye, pues, en centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irrepetible e intransferible, en persona. Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, los derechos fundamentales, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la

atención de las diferentes políticas de cualquier signo en todo el mundo.

Recuperar el pulso del Estado social y democrático de Derecho y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

Ciertamente, los logros del Estado del Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la ciudadanía.

El interés general del Estado social y democrático de Derecho se define de forma abierta, dinámica, plural y complementaria. Quiero eso decir, entre otras cosas, que es esencial la participación ciudadana en esta tarea de forma que en el corazón del interés general esté presente la sensibilidad humana.

¿Por qué a día de hoy se constata la existencia de una crisis también en la forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio objetivo del interés general, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la ciudadanía.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades o sus ilusiones. El modelo de Estado

“intervencionista” acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas son bienes de carácter básico que un gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado del Bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos mas desfavorecidos, en los que -por motivos

diferentes- contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas, más bien el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

El interés general no se define pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino pensando en el conjunto de la sociedad concitando a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

La participación, en este sentido, se puede entender no sólo como un objetivo que debe conseguirse: mayores posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública, mayores cotas de participación de hecho, libremente asumida, en los asuntos públicos. La participación significa también, un método de trabajo social. En el futuro inmediato, según la apreciación de muchos y salvando el esquematismo, se dirimirá la vida política y social entre la convocatoria de la ciudadanía a una participación cada vez más activa y responsable en las cosas de todos y un individualismo

escapista avalado por políticas demagógicas que pretenderán un blando conformismo social.

La política en el Estado social y democrático de Derecho significa poner como centro de nuestra preocupación las preocupaciones de la ciudadanía, es decir, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones, el anhelo de libertad solidaria, el deseo de participación.

En este sentido, el interés general no puede atender tan sólo los intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional.

Por eso, la determinación de los objetivos del interés general en el Estado social y democrático de Derecho no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que es también un método.

Tratar de la participación como método es afirmar la apertura de la organización administrativa hacia la sociedad. Una Administración pública cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios del pueblo. La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propias tanto de las formulaciones propias de las ideologías cerradas como de las tecnocráticas o burocratizadas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación.

Para ello es menester disponer de una Administración pública receptiva, con sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran. Pero no se trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, qué duda cabe, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las necesidades colectivas sobremanera, las que se pretende servir objetivamente desde la Administración.

En la libre participación encontramos un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye de forma inequívoca a definir el interés general en el Estado social y democrático de Derecho desde la atención a las mismas personas.

La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social del individuo, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a toda la sociedad en su conjunto. Sólo un ser absolutamente deshumanizado sería capaz de buscar con absoluta exclusividad el interés individual. La universalidad de sentimientos tan básicos como la compasión, la rebelión ante la injusticia, o el carácter comunicativo de la alegría, por ejemplo, demuestran esta disposición del ser humano, derivada de su propia condición y constitución social.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessi, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. t. I: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- Ávila, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. En: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173-217.
- Bacellar Filho, Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. En: Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.
- Bassi, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. En: Università di Venezia. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. v. I. Modena: Mucchi, 1996, p. 243-247.
- Binenbojm, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. En: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119-172.
- Bodenheimer, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. En: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 207-278.

- Bolgár, Vera. L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, n° 2, Paris: LGDJ, p. 329-363, 1965.
- Cassese, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- Cassinelli, C. W. O interesse público na ética política. En: Carl J. Friedrich (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 54-63.
- Chevallier, Jacques. L'intérêt général dans l'Administration française. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 41, n° 4, Bruxelles: [s.n.], p. 325-350, 1975.
- Clamour, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006.
- Clève, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, v. 22, Curitiba: UniBrasil, p. 17-29, jul./dez. 2003.
- Consejo de Estado de Francia. Rapport de 1999 sobre El Interés general.
- Cores, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, n° 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 131-140, ene./jun. 2007.
- Costaldello, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade: a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. En: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 239-265.

- D'Argenio, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n° 59, Buenos Aires: Lexis-Nexis, p. 67-111, ene./mar. 2007.
- Deswarte, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 5, Paris: LGDJ, p. 1289-1313, sep./oct. 1988.
- Diez Moreno, Fernando. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Doehring, Karl. Sozialstaat Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung. En: *El Estado social*, Madrid, 1987 Centro de Estudios Constitucionales, p. 157 y siguientes.
- Duguit, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.
- Escola, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- Esser, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1956.
- Freitas do Amaral. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 1998.
- Freire, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 39, Belo Horizonte: Fórum, p. 147-162, jun./mar. 2010.
- Friedrich, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

- Gautier, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. En: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 3. Bruxelles: Facultés Universitaires Sanit-Louis, 1990, p. 221-232.
- Goane, René Mario. Estado, bien común e interés público. In: *El Derecho Administrativo Argentino*, hoy. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996.
- González Borges, Alice. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, n° 205, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109-116, jul./set. 1996.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003
- Hachem, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n° 5 do STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 39, Belo Horizonte: Fórum, p. 27-64, jan. /mar. 2010.
- Hachem, Daniel Wunder. *A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo*. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 11, Belo Horizonte, p. 19-110, ab/jun 2011
- Hauriou, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*. t. I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1929.
- Ivanega, Miriam M. Derecho administrativo y régimen exorbitante de derecho privado. In: Julio Pablo Comadira; (Coords.) *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 51-74.
- Jèze, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Libro II: La noción de servicio público. Los agentes de la Administración Pública. Buenos Aires: Depalma, 1949.

- Lima, Gabriel de Araújo. Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 36, Belo Horizonte: Fórum, p. 123-153, abr./jun. 2009.
- Linotte, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975.
- Long, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- Luhmann, Niklauss. Teoría Política en el Estado de Bienestar. Alianza Editorial. 1ª edición. Madrid, 2002.
- Maia, Cristiano Soares Barroso. A (im)pertinência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no contexto do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo – Direito Público*, nº 103, Belo Horizonte: Fórum, p. 17-28, set. 2009.
- Mathieu, Bertrand; Verpeaux, Michel (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.
- Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.
- Meilán Gil, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. En: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181-191.
- Merland, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004.

Messner, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*. Madrid: Rialp, 1967.

De la Morena, Luis. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, n^{os} 100-102, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 847-880, ene./dic. 1983.

Motta, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. En: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197-229.

Muñoz, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. En: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31.

Nieto, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991, p. 2185-2253.

Osório, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, n^o 220, Rio de Janeiro: Renovar, p. 69-107, abr./jun. 2000.

Ost, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. En: Philippe Gérard; François Ost; Michel van de Kerchove (Dirs.). *Droit et intérêt*. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

- Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- Paillet, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo*. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control. Barcelona: Ariel, 2003.
- Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984
- Pedron, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 33, Belo Horizonte: Fórum, p. 193-217, jul./set. 2008.
- Popper, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona. Paidós. 1982
- Ramos, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênese: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, nº 10, Curitiba: Gênese, p. 676-687, jul./set. 1996.
- Rapp, Lucien. Public service et univereal service. En: *Telecommunications Policy*, Volumen 24, p. 391-397. 1996
- Rangeon, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Económica, 1986.
- Regourd, Serge, *Le service public*, *Revue de Droit Public de Le science politique*, Paris, p. 11-48, 1987
- Rey, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, nº 13, Montevideo: Universidad

- de Montevideo – Facultad de Derecho, p. 177-187, ene. /jun. 2008.
- Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. En: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103-119.
- Rodríguez Muñoz, José Manuel. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura: n° 6*, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y sociales de Extremadura, p.557-565. set/dic 2009
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. *Derecho Administrativo Español*. t. I: Introducción al Derecho Administrativo Constitucional. La Coruña: Netbiblio, 2008.
- Rodríguez de Santiago, José María. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Ruiz, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.
- Saint-Bonnet, François. L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle. En: Bertrand Mathieu ; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 9-21.
- Sainz Moreno, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- Santiago, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional: el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

- Schier, Adriana da Costa Ricardo O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.
- Schier, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. En: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 219-248.
- Schoettl, Jean-Éric *et alli*. Débats. In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 69-79.
- Serrano, Maria Cristina. La defensa de la Constitución y las exigencias del bien común. In: Victor Bazán (Coord.). *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Sesín, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- Silva, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- Simon, Denys. L'intérêt général vu par les droits européens. En: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007, p. 47-67.

- Soares, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955.
- Sousa, António Francisco de. «*Conceitos indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- Souza Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- Thiry, Bernard. The general interest: architecture and dynamics. *Annals of Public and Cooperative*. 1997.
- Truchet, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977.
- Vedel, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- Velarde Fuertes, Juan. *Lecturas de Economía española*. Madrid: Gredos. 1961
- Vieira de Andrade, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- Vieira, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, Porto Alegre: Síntese, p. 147-161, 2001.
- VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Zancaner, Weida. Prefácio – Homenagem ao Pensamento Jurídico de Celso Antônio. En: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 11-13.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA PRESENTADA
POR JAIME RODRÍGUEZ ARANA**

JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Derecho Administrativo de la UCAB. Realizó estudios de doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Magister en Estudios Superiores en Administración Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en colaboración con la Universidad de Alcalá de Henares de España. Profesor en la especialización de Derecho Administrativo (UCAB) y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela (UCV).

Del Estado de Bienestar Estático al Estado de Bienestar Dinámico.

La conferencia del Catedrático Don Jaime Rodríguez Arana ha abordado temas esenciales y trascendentales del Derecho Público y Administrativo de la actualidad, haciendo un breve repaso por la evolución del pensamiento ético, filosófico y económico y apuntando a resolver los problemas de hoy y del futuro. El profesor Arana medita sobre la crisis del Estado de Bienestar, analiza sus causas, notas características y propone alternativas interesantes de solución. Frente a un Estado de Bienestar (Estado Providencia) estático, clientelar y cerrado, el catedrático propone un Estado de Bienestar dinámico, y que se recobren así mismo, los principios de subsidiariedad y solidaridad (con fundamento en los artículos 9, 10 y 38 de la Constitución Española y planteamos nosotros con fundamento en los artículos 2, 4, 75, 132 Y 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), estimulando la participación real de los ciudadanos en el cual se recupere la idea del Poder

Público al servicio del interés general. En el que se promueva la responsabilidad personal, en el que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales. Un Estado donde se cuente con los individuos y los grupos que lo representan para el bienestar social. Un estado en que bajen los impuestos y en el cual se instale la “Economía Social de Mercado” y en el que se adecúe el tamaño del sector público a las funciones esenciales del Estado.

El catedrático Rodríguez Arana sostiene que sea un Estado comprometido con la justicia por que así se protege la dignidad de la persona, que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho y que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado y que actúe al servicio del ser humano.

Interés General.

Una de las notas que diferencian al Derecho Público al Derecho Privado es la presencia patente del interés general. En efecto, la libertad no es absoluta, así como tampoco lo es el interés general. Para el derecho público el interés general es muy relevante -tanto así- que se puede definir al Derecho Administrativo como: “*La ordenación racional y jurídica de los intereses generales*”.

Plantea el Profesor Rodríguez Arana que el interés general es el centro y raíz del nuevo Derecho Administrativo del siglo 21; un Derecho Administrativo que regula las libertades solidarias de las personas.

Así señala el ponente que la posición fundamental del Estado se encuentra en la realización del bien común, del interés general, que no es, la suma de los bienes de los intereses individuales. Se trata de un nuevo valor específicamente distinto del bien o interés individual y de la suma de los bienes o intereses particulares.

Crisis del Estado de Bienestar.

El Estado de Bienestar se encuentra en crisis por su planteamiento “Estático y Cerrado”. La intervención directa, unilateral, sin consulta a los ciudadanos, estática y clientelar ha dejado una gran pobreza y miseria (ejemplo paradigmático de ello- planteamos nosotros- lo constituye el caso del Estado Venezolano el cual ha dictado políticas públicas unilaterales a través del tiempo incluso haciendo caso omiso lo establecido en el artículo 141 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la G.O. N° 6.147 Extraordinaria de fecha 17 de noviembre de 2014 de la Ley Orgánica de la Administración Pública según el cual toda ley o norma sobre la que no se verifique un proceso de consulta o de participación de los ciudadanos es nula de nulidad absoluta).⁹⁵

La recuperación del Principio de Subsidiariedad.

La fórmula que plantea el catedrático Rodríguez Arana con la cual estamos de acuerdo y ha sido sostenida entre otros, en nuestro país (Venezuela) por Rafael Badell Madrid⁹⁶ y en Argentina por Juan Carlos Cassagne⁹⁷ cuanto más se apoye a las personas y

⁹⁵ El artículo 141 de La Ley Orgánica de La Administración Pública venezolana establece: *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. En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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. En este caso, 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.*

⁹⁶ Badell Madrid, Rafael Revista de Banco Central de Venezuela volumen XIV N° 1 Caracas Venezuela año 2000 p. 151 y ss.

⁹⁷ Cassagne Juan Carlos: La intervención Administrativa Editorial Aveledo Perrot Buenos Aires, 1996 p. 111

comunidades menores, se fomenta la responsabilidad y la competencia y el conjunto tendrá mayor autonomía. El principio de subsidiariedad, señala el profesor Rodríguez Arana, implica tanta libertad como sea posible e intervención estatal como sea imprescindible. Así mismo, el libre desarrollo de la persona, en el contexto del bien común es capital.

La cuestión efectivamente es reducir la intervención pública a su justa medida⁹⁸. La Constitución venezolana de 1999, por ejemplo, en su exposición de motivos plantea un equilibrio entre Estado y Mercado en razón de que lo relevante es la calidad de la actuación. El mercado no constituye un fin en sí mismo sino un medio para satisfacer necesidades colectivas, por lo que debe haber un equilibrio entre los fines y los principios rectores, entre productividad y solidaridad, entre eficacia económica y justicia social⁹⁹.

La Irresponsabilidad y alto endeudamiento de la Administración Pública.

El catedrático Rodríguez Arana nos plantea el problema en las Administraciones Públicas en Europa y, especialmente en el Estado Autonomo Español, del altísimo endeudamiento y el quiebre del principio de estabilidad económica y financiera. ¡Qué decir! agregamos nosotros, de los Estados latinoamericanos y su nivel de endeudamiento, comenzando por el propio caso venezolano cuyo endeudamiento alcanza niveles exagerados de 20 mil millones de dólares para el año 1999, 70 mil 847 millones de dólares para el año 2014¹⁰⁰ alcanzando aproximadamente 150 mil millones de

⁹⁸ Sin embargo Rafael Badell Madrid plantea en el trabajo citado ut supra comentando la exposición de motivos de la Constitución de 1999, que “ lo que se persigue es un equilibrio entre Estado y mercado, en razón de que el problema no es la medida de intervención del Estado, sino la calidad de la actuación.”

⁹⁹ Badell Madrid Rafael Op.Cit. p. 163

¹⁰⁰ Reportaje de Prodavinci titulado: “Los datos de la deuda”. Disponible en el siguiente enlace: <https://prodavinci.com/especiales/la-deuda-externa-entre-la-iliquidez-y-la-insolvencia/los-datos-de-la-deuda--la-deuda-externa-entre-la-iliquidez-y-la-insolvencia.html>

dólares para el 2018 o el caso Argentino¹⁰¹ que para principios de 2018 marcaba 307.295 millones de dólares, entre otros. Para el profesor Rodríguez Arana la situación de endeudamiento no sólo responde a erradas políticas públicas. Desde nuestra perspectiva, la crisis del estado venezolano sí se debe a un problema fundamental de enfoque de políticas públicas: al imponer un modelo autocrático, con tendencia comunista, sin división de poderes, con la imposición de un partido único y de un pensamiento único, un sistema destructor del mercado y de las libertades individuales y de los derechos fundamentales. Para el ponente y referido a los países de la Unión Europea el endeudamiento es el resultado también de una irresponsabilidad como lo constituye el pensamiento de que los fondos públicos son ilimitados, que no tienen propietario, que se incurre en un gasto discrecional con la finalidad interesada de captar votos y mantenerse en el poder a cualquier precio.

Así, el catedrático Rodríguez Arana nos plantea en su ponencia el derecho positivo constitucional español, por ejemplo su artículo 31 de la Constitución Española de 1978, que dispone que el gasto público habrá de aplicarse con arreglo a los principios de economía y eficacia, que en el caso venezolano tiene su paralelo en la Constitución de 1999, en el art. 311 que establece que “*la gestión fiscal estará regida y ejecutada en base a los principios de eficiencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal*”. Lo cual ha sido violado sistemáticamente en el caso venezolano, creando además fondos paralelos¹⁰² (Fondo Chino, Fondespa, Fondo de Desarrollo Nacional (Fonden), Fondo

¹⁰¹ Véase artículo de prensa titulado “Deuda externa argentina alcanza 253.741 mmd en tres meses” publicada en la página web de Telesur, el 27 de junio de 2018, Disponible en el siguiente enlace: <https://www.telesur.net/news/aumenta-deuda-externa-argentina-fmi-20180627-0033.html>

¹⁰² Véase Alfonso Paradisi, Juan Domingo: “*El Régimen de los Estados y La Centralización de Competencias y de Recursos Financieros*”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2011 p. 84 y ss.; y también artículo de prensa titulado “Gobierno manejó a través de fondos paralelos 302\$ millardos en 12 años” publicado en la página web de Crónica Uno. Disponible en el siguiente enlace: <http://cronica.uno/gobierno-manejo-traves-fondos-paralelos-302-millardos-12-anos/>

Gran Volumen y Largo Plazo, Fondo Miranda V, Fondo Bicentenario, Fondo Alan III Inversión, Fondo Renot, entre otros) sin disciplina ni control fiscal, piénsese que a lo largo de estos últimos 20 años el precio promedio del crudo tipo Brent estuvo alrededor de los 100 \$ por barril y lamentablemente las inversiones en obras de infraestructura públicas, carreteras, autopistas, metros, etc. fueron paralizadas, abandonadas o sencillamente nunca iniciadas y con una deuda externa gigantesca.

En este aspecto el profesor Rodríguez Arana nos plantea que en el ámbito público se ha convertido en normal el endeudamiento y nos indica una serie de causas, entre otras las siguientes:

1- Los presupuestos públicos no reflejan la realidad de ingresos y gastos acudiéndose a subterfugios contables y presupuestarios. Pues bien en Venezuela era una práctica de la anterior Asamblea Nacional (2010-2015), durante años, con mayoría abrumadora chavista de casi el cien por ciento (100%) de sus integrantes, calcular el presupuesto nacional de ingresos en base al precio del crudo de petróleo por barril en aproximadamente sesenta dólares (60\$) el barril y como los precios en el mercado oscilaban en alrededor de cien dólares (100\$) el barril de crudo tipo Brent, todo esos ingresos eran considerados recursos extraordinarios o excedentarios al presupuesto nacional y eran ingresos que alimentaban a esos fondos separados, paralelos, (por ejemplo: El FONDEN, el Fondo Chino u otros) sin mayor control presupuestario ni fiscal¹⁰³.

2.-Así mismo refiere el profesor Rodríguez Arana el desproporcionado aumento de las plantas de las autonomías territoriales españolas En el caso venezolano el crecimiento de los ministerios de la administración pública central Según un estudio de la firma

¹⁰³ Véase lo expuesto por nosotros en *“El Régimen de los Estados vs La Descentralización de Competencias y de Recursos Financieros”*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011 pág. 61 y ss.

ODH en su reporte *Análisis Venezuela*, destaca que, desde la llegada del chavismo al poder en 1999, la Administración Pública venezolana creció 99,5% hasta el año 2015. Para ese mismo año, el sector público en Venezuela contaba con 2.527.771 trabajadores. Según declaraciones del Presidente Nicolás Maduro en el año 2017, habían 2.8 millones de empleados públicos aproximadamente¹⁰⁴. De igual manera, por ejemplo el caso de Petróleo de Venezuela (PDVSA) según el diputado y presidente de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, José Guerra, PDVSA produjo 3.500.000 b/d en 1998 con 25.000 trabajadores. En 2017 produce 2.000.000 b/d con 140.000 trabajadores.

Una deuda pública que no se puede enjugar plantea Rodríguez Arana a los ciudadanos con más impuestos, congelación de las pensiones y baja de sueldos. En el caso venezolano ha sido tan desastroso que se requieren de ingresos superiores a sesenta mil millones de dólares y se requiere la intervención del Fondo Monetario Internacional (FMI), la reducción del gasto público, la reducción de la administración pública y por supuesto una reforma fiscal importante.

3.- Propone así el profesor Rodríguez Arana las sanciones a gerentes públicos y dirigentes, así como gestionar con austeridad, mirando cada euro que se gasta y establecer normas de control, claras y sencillas conforme a lo dispuesto en la Constitución española de 1978 en su artículo 31 economía y eficiencia en el gasto público.

Interés General y Crisis del Estado de Bienestar.

Ante la crisis del Estado de Bienestar y su fracaso como Estado Providencia, los principios de subsidiariedad y solidaridad han recobrado fuerzas. Plantea la ponencia que se debe recuperar la

¹⁰⁴ <https://www.infobae.com/2015/06/17/1735856-el-chavismo-duplico-el-numero-empleados-publicos/>; <https://www.hispanopress.com/venezuela-unos-28-millones-trabajadores-publicos/>.

naturaleza del Estado de Bienestar como medio al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

El Estado lo define el ponente, siguiendo a Johannes Messner¹⁰⁵, como una comunidad dotada de un territorio, dotado de poder para la fundamentación completa del “Bienestar General”. Constituyendo una de las funciones del Estado la puesta en marcha de sus instituciones para alcanzar sus fines en el marco del “Bien Común”.

Nos hace mucho eco en que el primer deber del Estado es crear los presupuestos para cumplir las tareas que a esas comunidades menores les corresponde e impone la naturaleza. Es decir, es crear los presupuestos y la ordenación por parte del Estado. Siendo que el poder del Estado es el Poder Supremo de los poderes sociales naturales y el Estado debe cumplir sus tareas sociales básicas, las cuales son: Protección del orden Jurídico y El Aseguramiento del Bienestar, a los efectos de que las pequeñas comunidades e individuos cumplan con sus propias tareas.

Muy relevante y estamos plenamente de acuerdo con lo planteado por Jaime Rodríguez Arana en cuanto a que la responsabilidad o la competencia individual precede a la global y que los individuos y pequeñas comunidades sean capaces de hacer o deben hacerlo sin interferencias del Estado. Lo contrario *asfíxia* a las pequeñas comunidades e individuos y no le permite crecer ni desarrollarse ni ser autónomo.

Las tareas del Estado: a) Protección del orden jurídico y b) aseguramiento del bienestar deben realizarse con total respeto a los derechos fundamentales y a los derechos de las comunidades y

¹⁰⁵ Messner, Johannes: *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, 1967.

minorías así con respeto a los medios indispensables para alcanzar el bienestar.

La Presunción Jurídica, plantea la ponencia, está contra la extensión del Poder Estatal. El Poder Estatal se justifica en la medida que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos el cual es el fin del Estado Democrático de Derecho.

La responsabilidad individual precede a la global, lo que los individuos y pequeñas comunidades sean capaces de hacer deben hacerlo, sin interferencias del Estado.

La vinculación entre El Bien Común, Interés General, Subsidiariedad y Bienestar los cuales son conceptos unidos:

Bien común: Implica ayuda para los fines de los individuos en la vida.

Subsidiariedad: limita la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas y ciudadanos en el cumplimiento de sus propios fines. Así, este principio implica tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible.

El tremendo fracaso del Estado de Bienestar fue pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general, lo cual implicó en realidad un reguero de pobreza.

El Fracaso del Welfare State o del Estado de Providencia.

El Welfare State: “Estado Providencia” es el que ha fracasado, ese Welfare State se trató de ocupar de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “*el nacimiento hasta su muerte*” implicando la asfixia de la capacidad y responsabilidad de los ciudadanos. Ese modelo de intervención directa, asfixiante y omnipresente va minando la responsabilidad de los individuos y trae consigo una abundante burocracia. Ese es el modelo que ha fracasado en Europa por no confiar en el principio de subsidiariedad como elemento

de regulación de la tarea de bienestar y por no conseguir un principio del bien común y de supremacía del interés general a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle en libertad, solidaridad y responsabilidad.

Frente al Welfare State o “Estado Providencia” se propone en la ponencia el “*Estado Social de Bienestar*” que puede ayudar sobre manera a salir de la profunda crisis general en la que nos encontramos en el mundo occidental, especialmente si el interés general se gestiona de manera abierta y complementaria contando con la participación de los ciudadanos. El principio de subsidiariedad como elemento ordenador de las tareas del Estado busca el bien común y de la supremacía del interés general a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle.

El Estado- según el ponente- tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene como cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por ello, la política económica tiene un sentido meramente instrumental el cual es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: la mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida de todos los ciudadanos.

El Estado Social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad y del de solidaridad supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Se recuerda que la actividad económica estatal se justifica solamente, en el caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, plantea el ponente que el Estado debe garantizar el cumplimiento del bien común, del interés general y

puede ser necesaria la intervención en determinados sectores en función del bien común y del interés general en los términos de Derecho Administrativo. Se sostiene así, que en el Estado Social de Bienestar actual poco tiene que ver con el modelo de Estado Social de Bienestar porque la intervención ha sido cada vez mayor hasta llegar a aniquilar la capacidad de reacción de los individuos y se les ha ido acostumbrando a esperar todo del Estado de manera que la responsabilidad es una quimera.

Posición del Estado Social del Bienestar en materia de Política Social.

La política social es entendida como las medidas e instituciones para proteger a los grupos sociales que dependen del trabajo contra todo perjuicio en la participación del bien común. Entre las medidas de política social se encuentran: Protección de salud digna, del salario, y de contratos de trabajos (convenios colectivos).

Así el Profesor Jaime Rodríguez-Arana sostiene que en caso del Estado intente actuar en otros riesgos de la vida, ya nos encontraremos con un Estado de Bienestar de corte intervencionista (implicando la asfixia de la persona).

En ese sentido en Venezuela se ha verificado un emplazamiento a los Poderes Públicos por el Estado Social y se han dictado interesantes sentencias en este sentido como son los casos de la Contribución Fiscal de Paro Forzoso (TSJ-SSC 2 de marzo 2005) así como el caso de la Federación Médica Venezolana (TSJ-SSC del 26 de mayo 2004). En efecto, el Estado Social emplaza a los Poderes Públicos a desplegar su aparato organizacional o administrativo (sentencias del TSJ-SC del 26-05-2004, caso: Federación Médica Venezolana¹⁰⁶ y 5-10-2000, caso: José Del Carmen

¹⁰⁶ Véase: Sentencia del TSJ del 26-05-2004 caso Federación Médica Venezolana, "Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura

Rojas)¹⁰⁷ y dicho emplazamiento tiene gradaciones y matices entre los diversos Poderes Públicos con efectos diferentes entre los propios Poderes Públicos. Así, la cláusula del Estado Social impone obligaciones para el Poder Legislativo a desarrollar los preceptos constitucionales de contenido social, y cuyo desarrollo puede ser objeto de control judicial ya sea por pasividad u omisión del Poder Legislativo o por desarrollo insuficiente de los preceptos previstos en las normas de rango constitucional. Así, el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de la Sala Constitucional de 2 de marzo de 2005 precisó la omisión en la cual incurrió el Poder Legislativo en cuanto al subsistema de Seguridad Social relativo al Paro Forzoso y dictó medidas cautelares acordando la suspensión de efectos de la disposición derogatoria y la vigencia temporal de la ley derogada para dar cabida a esa prestación social. No obstante, también el Tribunal Supremo de Justicia venezolano en Sala Constitucional ha señalado que el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo en el desarrollo de los preceptos sociales caso: Federación Médica Venezolana de 26 de mayo de 2004. Así el Poder Judicial puede declarar la omisión legislativa pero no puede sustituir al Poder Legislativo en su establecimiento, valoración o consideración política.

administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser.”

¹⁰⁷ Véase Sentencia del TSJ del 05-10-200 caso Jose del Carmen Rojas “La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define el Estado como un modelo Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, sustentándolo en una serie de principios y de valores superiores que se insertan en el ordenamiento jurídico. Este modelo social le asigna al Estado una amplitud de funciones y de responsabilidades sociales textualmente reconocidas en la Constitución, como un auténtico e ineludible compromiso que implica la protección especial a la familia, a los trabajadores, a los menores; en especial, velar por la salud y la seguridad social de los mismos, entre otras. (...) Es decir, este modelo de Estado exige un compromiso real tendente a la efectividad integral del aparato del Estado, en este sentido, todos sus órganos deben actuar sujetos a la orden constitucional, no solo en aquello que esté referido a su desenvolvimiento interno y estructural de las funciones que ejerce, sean éstas legislativas, judiciales, de gobierno, electorales o de control, sino también, y de manera fundamental, están sujetos al cumplimiento de todas las disposiciones constitucionales que imponen obligaciones y compromisos, conductas y responsabilidades hacia la sociedad”

De igual manera la cláusula del Estado Social es vinculante para la Administración Pública y la jurisprudencia ha señalado a la Administración como aportadora de prestaciones básicas y la satisfacción de la procura existencial de los ciudadanos¹⁰⁸. En efecto en sentencia de mayo de 2004 se destacó: “...debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos”.

De allí pues, dado el carácter vicarial de la Administración previsto en el artículo 141 de la Constitución y la Cláusula del Estado Social implica su labor prestacional (la Administración está al servicio de los ciudadanos, al servicio de la satisfacción de las necesidades de aquéllos, a la procura existencial) y en cuanto a los cometidos del Estado Social se sostiene su supremacía sobre el Poder Legislativo.

En todo caso, la cláusula del Estado Social imprime a la Administración Pública una permanente vocación de actuación: i) tanto en el ámbito prestacional; así como ii) en el ámbito de actividad de limitación, incidiendo así sobre el ejercicio de la actividad económica.

Pero el Estado Social no puede destruir ni desnaturalizar *el núcleo duro o contenido esencial de la libertad económica* y debe desarrollar su actividad de ordenación y limitación dentro de los cauces establecidos por el ordenamiento jurídico y en pleno respeto de las garantías de la libertad económica (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia,

¹⁰⁸ Véase Hernández, José Ignacio: en Derecho Administrativo y Regulación Económica: Editorial Jurídica Venezolana 2006 p.73 y ss. allí realiza diversas citas interesantes de la jurisprudencia venezolana sobre el particular. Véase, Forstoff Ernest: Concepto y esencia del Estado Social de Derecho” en El Estado Social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 pp. 92 y ss..

Sala Constitucional, de fecha 15-05-2003 caso: Cervecera Nacional y Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de fecha 01-10-2003 caso: Parkimundo). “Tal y como lo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de la Sala Constitucional de fecha 1º de octubre de 2003., caso Inversiones Parkimundo C.A. que: “se desnaturaliza la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción. Como entiende la doctrina española, El Estado no puede, siquiera, mediante Ley fijar el precio de un producto final”... al margen y por debajo de los costos reales y totales que son necesarios para su producción. Hacerlo de otro modo supondría imponer a un sector determinado una carga singular en relación con los demás.” (Subrayado nuestro).

El Estado así mismo, debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona en el marco del bien común, del interés general. Por eso, el modelo del Estado Social del Bienestar implica la acción pública en el marco de la subsidiariedad, orientándose a la dignidad de la persona humana que es la fuente y garantía del bien común.

En ese sentido puede entenderse la llamada doctrina Economía Social de Mercado, orden económico al servicio del hombre y de acuerdo con la ponencia se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado Social del Bienestar.

La Constitución Venezolana de 1999 previó en sus normas *una economía social de mercado* tal y como lo ha señalado la antigua Corte Suprema de Justicia.

La Constitución Económica se refiere al conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no estando destinada a garantizar la existencia de un determinado orden económico, salvo en el caso de las constituciones socialistas de

modelo soviético. En este sentido la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en pleno, en fallo de fecha de 15-12-1998, en el caso Pedro Antonio Pérez Alzurutt, sentó: *“Las Constituciones modernas de los distintos países, si bien establecen de manera general la forma de actuación de los Poderes Públicos y de los individuos en la actividad económica, dicha consagración se hace en términos principistas; de esta forma, la Constitución Económica, entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada —salvo el caso de las constituciones socialistas de modelo soviético— a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como garantes de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una “base neutral” que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual sólo se pretende que observe los límites constitucionales.”*. [Resaltado de esta Sala. Subrayado nuestro]

Así pues, la Constitución de 1999 estableció, sin denominarlo expresamente, un sistema económico de economía social de mercado, que se desarrolla sobre la productividad, la eficiencia, así como de la libre competencia (art 299 de la Constitución) y la libertad económica (art 112 de la Constitución venezolana), pero con una intervención importante y necesaria para asegurar los principios de justicia social y solidaridad igualmente consagrado en el texto constitucional así como los principios referidos al Estado Social, de Derecho y de Justicia consagrados en el artículo 2 de la Constitución. No obstante esa economía social de mercado derivada de las diversas normas constitucionales y que buscó el equilibrio entre una economía dirigida y en una economía de mercado ha venido siendo desconocida por una legalidad socialista¹⁰⁹ contraía al modelo previsto en la Constitución de 1999, siguiendo los parámetros

¹⁰⁹ Consúltese Alfonso Paradisi, Juan Domingo: “Estado actual del sistema económico socialista contrario a la Constitución Económica vigente de 1999 (Limitaciones desde abril de 2013)”. En Revista de Derecho Público 149-150. Enero-Junio 2017. Editorial Jurídica venezolana.

del Plan de la Patria 2013-2019. Ese modelo socialista, sin fundamento en la carta constitucional, se ha ido creando a través de los años desde el punto de vista legislativo durante el periodo de la Asamblea Nacional 2009 -2015 y luego mediante el dictado de una serie de decretos leyes emanados del Presidente de la República basados en un supuesto Estado de Excepción, prorrogado arbitrariamente de manera recurrente contrario a los propios límites constitucionales previstos en el artículo 337 constitucional. En diciembre de 2015 luego que cambio la composición política favorable a la oposición en la Asamblea Nacional, el Ejecutivo Nacional dictó una serie de Decretos Leyes sustituyendo en sus funciones ordinarias legislativas económicas a la Asamblea Nacional basado en la tesis del desacato del Tribunal Supremo de Justicia armada en conjunto con el Ejecutivo Nacional. Por último, desde el mes de agosto de 2017 a la fecha con la integración de la Asamblea Nacional Constituyente ésta ha asumido las funciones legislativas propias y ordinarias de la Asamblea Nacional. Estableciéndose así un Estado, autocrático, sin división de poderes, vaciando de contenido y de sus funciones a la Asamblea Nacional en cuanto a la función legislativa ordinaria, y su función política y contralora, estableciendo un pensamiento único y un partido único, ilegalizando a los partidos políticos de oposición así como inhabilitando los más visibles líderes y dirigentes de oposición.

El Estado Social como título jurídico habilitante para el ejercicio de la actividad administrativa de limitación sobre la libertad económica.

La Cláusula del Estado Social y la Constitución como norma:

La Constitución de 1999 prevé en su artículo 2 el Estado Social de Derecho y de Justicia. La Constitución de 1999 abandonó el carácter programático asignado algunas de las normas de

la Constitución de 1961 y estableció en su artículo 7 el carácter normativo de sus disposiciones. “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”.

Así las cosas, no hay duda del carácter normativo de las normas constitucionales y dentro de ellas el de la cláusula del Estado Social¹¹⁰. Así la Cláusula del Estado Social es vinculante, pero hay que precisar su alcance y efectos dentro de las normas que conforman la Constitución Económica y determinar, así mismo, los destinatarios o sujetos que resultan vinculados por dicha norma.

En este sentido es clara la sentencia del 24 de enero de 2002 del Tribunal Supremo de Justicia Caso Asodeviprilara cual sentó: “La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cuál es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano”.

La cláusula del Estado Social y la limitación del Derecho de Libertad Económica:

La aparición del Estado Social no implica ni puede implicar la desaparición del Estado de Derecho. En efecto, el Estado Social y las prestaciones materiales que este implique deben darse dentro de los cauces y procesos que el Estado de Derecho y la Constitución y las leyes prevén. La Cláusula de Estado Social prevista en

¹¹⁰ Marín Retortillo Baquer, Sebastián: Derecho Administrativo Económico, La Ley, Madrid, 1991.

el artículo 2 de la Constitución vigente como título habilitante a la administración para limitar la libertad económica ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia especialmente del Tribunal Supremo de Justicia. Así entre la tensión entre el Estado Social (artículo 2) y el derecho de libertad económica (artículo 112) el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha ido estableciendo sentencias relevantes, algunas que pueden ser objeto de severas críticas, pero otras, reconocieron el derecho de libertad económica como derecho fundamental dotado de un contenido intangible para los Poderes Públicos. Entre estas podemos citar la Sentencia del 15 de mayo de 2003 Caso Cervecera Nacional que reconoce la libertad de empresa como un derecho tutelable en amparo frente a las medidas de ordenación arbitradas por la Administración y la sentencia del 1 de octubre de 2003 Caso Inversiones Parkimundo donde señaló que la ordenación jurídica de la libertad económica, en beneficio de los objetivos del Estado Social deben ajustarse a un marco de garantías jurídicas, en especial el respeto a la legalidad y al contenido esencial del derecho.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999 se han dictado diversas sentencias por el Tribunal Supremo en su sala Constitucional que realzan y dan valor de derecho fundamental a la libertad económica: Sentencia de 4 de mayo de 2000 Caso Consorcio Ayari obligación de los Poderes Públicos de promover la libre competencia; Sentencia del 8 de diciembre de 2000 Caso Transporte Sicalpar S.R.L, sentencia de 13-12 -2000 Caso sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y sentencia del 4 de diciembre de 2003 Caso almacenadora Caraballeda los Poderes Públicos deben intervenir para defender la libre competencia; no obstante en esta tensión entre el Estado Social y el derecho de libertad económica y en este marco temporal se dictó la polémica y criticada sentencia del 24 de enero de 2002 caso Asodevopilara, en la cual se asumió una concepción debilitada del derecho de libertad económica en

función de las actuaciones que en el orden económico deben desarrollar los Poderes Públicos y que pudiesen existir limitaciones en cuanto a la autonomía privada. Esta sentencia parece apuntar a la tesis de la funcionalización *social* de la libertad económica sostenida por Font Galan, en el sentido que solo se ampararían o serían validas aquellas actividades cónsonas con los objetivos del Estado Social¹¹¹. En efecto, de acuerdo con la sentencia las instituciones financieras que lleven a cabo su actividad en áreas de interés social deben subordinarse siempre a la satisfacción de ese interés especialmente cuando esa actividad se ejerza para satisfacer el derecho a la vivienda digna. En este sentido la Sala señala:

“A juicio de esta Sala, cualquier actividad sistemática pública o privada, dirigida, en cualquier forma a proveer de vivienda a quien carece de ella, permitiendo que se cumpla el derecho que concede a toda persona el artículo 82 constitucional, y debido a la obligación compartida que dicha norma establece entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado, para que se satisfaga ese derecho social, convierte a los préstamos para adquirir viviendas, seguras, cómodas, higiénicas, con los servicios básicos esenciales, en materia de interés social, atinentes al desarrollo del Estado Social de Derecho y de Justicia.

Ahora bien, una cosa es pertenecer al subsistema de vivienda y política habitacional, y otra es ejercer el derecho a la vivienda fuera del sistema, pero esto último no quita la connotación de derecho social al que pretende obtener una vivienda de la cual carece, ni el carácter de interés social de las operaciones destinadas a la adquisición de la vivienda que reúna las condiciones del artículo 82 Constitucional, lo

¹¹¹ Consúltese con provecho Hernández José Ignacio: Derecho Administrativo Regulación Económica. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2006. P 80

que implica no destruir o minimizar al débil jurídico (quien carece de vivienda o quiere mejorarla y ante esa necesidad se encuentra compelido a obtener préstamos).

(...) Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, a contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

(...) En las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes solo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda- esquilmarse a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal.

(...) De allí, que considera la Sala, que la autonomía de la voluntad irrestricta no funciona en materias donde la propia ley exige dar informaciones previas a uno de los contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición” (Subrayado nuestro).

La sentencia restringe severamente -y ha sido objeto de crítica por ello- el ámbito de la autonomía de la voluntad y la libertad de contractual en materias de interés social, no pudiendo lesionar los beneficios que produce el Estado Social, ni contrariarlo al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas por desproporcionadas para una de las partes del contrato. Así mismo, la sentencia señala que la plena autonomía de la voluntad de las partes solo es tolerada, en esta materia, si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda fundada en su autonomía, esquilmarse o

empobrecer a la otra. De allí pues, a pesar de que la sentencia no tiene un discurso absolutamente lineal ya que reconoce por otra parte el lucro tiene aseveraciones que limitan de manera singular a la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual evitando los abusos por una de ellas o el empobrecimiento de una de las partes.

Cabe advertir, que lo anteriormente señalado no implica que la libertad económica en áreas de interés social no tenga un contenido esencial. En efecto, la misma sentencia aclara que no se prohíbe el lucro, la ganancia o la libertad negocial, sino que la creación de riqueza no puede partir de una ilimitada explotación de los demás y menos aún en áreas que pertenecen al Estado. En este sentido, la sentencia señaló: “No es que la interpretación constitucional de los que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y sus justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás, y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones”.

De tal manera que en nuestra opinión la sentencia, que no ha sido muy reiterada, reconoce el lucro y las ganancias; lo que limita en materias de interés social es la ganancia excesiva o una desorbitada explotación de los demás o en otras palabras el empobrecimiento de una de las partes por la otra.

Por tanto, se reconoce el derecho de libertad económica como derecho fundamental, pero con fundamento en el propio artículo 112 de la Constitución vigente, así como en la cláusula de Estado Social pueden verificarse por los Poderes Públicos técnicas de ordenación y limitación, las cuales no pueden afectar el contenido esencial o núcleo duro de dicho derecho fundamental ni las garantías del mismo.

La Cláusula del Estado Social y los Derechos Prestacionales

La previsión de la cláusula del Estado Social trae consigo el reconocimiento de derechos fundamentales cuya efectividad requiere de prestaciones a cargo del Estado y también de particulares. Estos derechos propenden a materializar la existencia de condiciones efectivas de igualdad y son llamados derechos prestacionales o sociales.

La Constitución en el capítulo V del título III se refiere a los Derechos Sociales. Ahora estos deben tener dos características¹¹²: Requieren de determinadas prestaciones para su goce y tienen su fuente en la obligación primaria derivada de la cláusula del Estado Social, la cual es fomentar las condiciones materiales de igualdad como lo establece el artículo 21 de la Constitución.

Ahora bien, se debe destacar que no todas las normas consagran derechos subjetivos esto es facultades de obrar o poderes a favor de los particulares de exigir conductas de la Administración. Así hay mandatos que son realizados por el constituyente a los Poderes Públicos que no generan un verdadero derecho de prestación en favor de los particulares. Por ejemplo, el artículo 80 prevé el Estado garantizará a los ancianos el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. Pero este no constituye un verdadero derecho subjetivo en favor del particular, sino que es un mandato positivo al legislador el cual éste debe desarrollar.

Hay otras normas constitucionales que establecen un derecho subjetivo pero ambiguo, es el caso del artículo 82 del Derecho a la vivienda que dificultan su concreción. El Art 82 establece: “Toda persona tiene derecho a una vivienda, adecuada, segura cómoda,

¹¹² Confróntese Hernández José Ignacio: Derecho Administrativo y Regulación Económica. Editorial Jurídica Venezolana Caracas 2006 p. 83 y ss.

higiénica con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias”

La generalidad y la falta de previsión de prestaciones concretas en esta norma impide sostener la calificación de derecho subjetivo. Así los derechos prestacionales exigen de “actos positivos” del Estado o de los particulares Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 24-01-2002: Así mismo, en el caso de los créditos indexados sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002, se señala que los Derechos Sociales, que constituyen derechos de prestación requieren de actos positivos a cumplirse. Ya sea por el Estado o por los particulares. De tal manera que en estos casos se limitan el derecho de libertad económica al imponer cargas o mandatos positivos en cabeza de los particulares.

Ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

Aquí es importante la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional caso Federación Médica Venezolana del 26-05-2004 en la cual se señala que desde la Cláusula del Estado Social no cabe la existencia de derechos por sí mismo en cabeza del ciudadano. Esas normas son principios orientadores para la Administración Pública la cual debe desarrollarlos a través de sus programas y estructura administrativa. En efecto en dicha sentencia se señaló: “Según esto, la cláusula del Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico,

social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por si mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica aun Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores de la fin de la actividad, califica, por así decirlo, que debe ser entendido como interés público". (subrayado nuestro)

Así para estar en presencia de un verdadero derecho prestacional debe establecerse una *"relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera del ciudadano o de un colectivo"*. Así se podrá distinguir cuando se está en presencia de verdaderos derechos prestaciones tutelables ante el Poder Judicial mediante el control, contencioso administrativo y cuando se está ante meras aspiraciones referidas al despliegue de actividades por parte de los Poderes Públicos.

Ahora bien, con base al principio de solidaridad previsto en el artículo 135 de la Constitución venezolana vigente, debe establecerse mediante la ley obligaciones en cabeza de los particulares. De no establecerse ello así, no pueden exigirse los derechos prestacionales y no puede limitarse el derecho al libre ejercicio de la actividad económica de los particulares dado el principio de legalidad. Es cierto que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional sentencia de fecha 25-01-2005 caso Luis Rodríguez Dordelly ha sostenido en cuanto a los derechos prestacionales (sistema de Asistencia y Seguridad Social) que en él participan tanto el sector público como el sector privado a los efectos de cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho de pensiones y jubilaciones; pero ello no puede llevar a sostener que los

particulares deben cumplir o satisfacer prestaciones no previstas o establecidas en la ley.

Sin embargo, otro sector ha sostenido, con el cual no estamos de acuerdo, que en áreas afines al interés social, el principio de legalidad se debilita y que pueden arbitrarse restricciones a la libertad para asegurar la satisfacción de derechos prestacionales al margen de la ley, con un supuesto fundamento en la sentencia del TSJ-SC del 24-01-2002. Posición esta última con la cual no estamos de acuerdo y además que la sentencia tampoco llega a sostener que se puedan realizar actos al margen o separados de la ley. En efecto, el artículo 2 prevé un Estado Social y de Derecho y el artículo 141 de la Constitución establece que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional del 17 de agosto de 2004 caso: Henry Pereira Gorrin y la del 14 de septiembre de 2004 caso: de nulidad de la Ley de Mercado de Capitales reducen expresamente el alcance de la reserva legal, como fundamento del principio de legalidad, a los efectos de alcanzar la actividad prestacional de la Administración. Pero, en nuestro criterio, esa reducción de la reserva legal en materias económicas o técnicas complejas no puede implicar una separación del principio de legalidad. En otras palabras, deben establecerse en la ley los objetivos, parámetros o límites para que dentro de ellos se desplacen o desarrollen por la Administración Pública las normas reglamentarias. En todo caso, la actividad prestacional y el Estado Social debe desarrollarse dentro de los cauces formas y límites establecidos por el Estado de Derecho respetando el núcleo esencial del derecho de libertad económica.

El exceso de algunas decisiones judiciales venezolanas recientes fundamentadas en el Estado Social que alcanzan la arbitrariedad, lesionando los cauces y principios del Estado de Derecho. Veamos.

(a) Sentencia N° 2010-34 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dictada en fecha 18 de abril de 2011, con ponencia del Juez Emilio Ramos González. Expediente N° AW42-X-2010-000034. (Caso *Econoinvest Casa de Bolsa, C.A. contra Superintendencia Nacional de Valores*)

“En efecto, el interés general que predomina en esa clase de relaciones genera en cabeza del Estado la necesidad de brindar una égida a los inversionistas que concurran al mercado secundario de valores con el objeto proveerse de liquidez, y así fortalecer y desarrollar el proceso productivo, o bien como dispositivo de promoción al ahorro. Por otro lado, en términos macroeconómicos, es imprescindible para un Estado Social lograr la mayor estabilidad económica posible, normales índices de desempleo, bajas tasas inflacionarias, valiéndose de una estricta vigilancia de los mercados financieros de modo de no acelerar las fluctuaciones cíclicas que han abatido a las naciones.

Es por ello que, la génesis interventora del estado en misceláneos planos de la economía, es propiciada por la aguda necesidad de protección el interés general que reflectan ciertas actividades en el plano económico, jurídico y social del país. Una concepción teleológica de la intervención del Estado en la economía, indica que la misma se produce por la necesidad de normar y controlar la incidencia de ciertas actividades que atienden a aspectos económicos y financieros, en el interés general. De esta manera, puede considerarse que la intervención no es producto de un capricho de la Administración, nace fatalmente por la existencia de actividades cubiertas por un profuso interés público.

No obstante a lo anterior, y a pesar del individualismo que se exponen tales reflexiones, la Superintendencia Nacional

de Valores, y su potestad interventora, es reproducida en función a circunstancias especialísimas, que en aras de tutelar un interés superior, estabilidad macroeconómica, pretende proteger in summa el sistema financiero, que no repercuten necesariamente en las personas que actúan en el sistema, por lo que, una errónea ejecución por parte de estos, afectan sensiblemente el sistema financiero.

En este sentido, la participación e intervención del Estado Social de Derecho en el proceso de desarrollo y constitución del orden económico-social, supuesto de una importancia fundamental, así como las actividades de control que le corresponda ejercer para regular, orientar y canalizar la iniciativa privada en la consecución de fines de orden público. Una sólida estructura de los sistemas financieros propende al fortalecimiento de la economía nacional, al contribuir a la asignación del ahorro dentro del mercado de financiamiento, siendo la intermediación en el mercado bursátil uno de los conductos mediante el cual se potencia la materialización de tales propósitos. (Vid. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2010-1651, de fecha 8 de noviembre de 2010, caso: Juan Carlos Briquet Mármol contra la Comisión Nacional de Valores).

(...) En ese sentido, la propia Ley admite la intervención y sustitución, la cual tiene fundamento en el Estado Social, lo que implica –en términos reales y no meramente en un carácter enunciativo- de un conjunto de acciones o de acciones comunes engendradas por el Estado con un propósito de inmisión e intervención en la vida social de la colectividad. En tal sentido, lo que resulta la regla en el Estado liberal, vale decir, la inhibición y censura de la inherecia e inteligencia del Estado en ciertas actividades de la

vida social, se ha transfigurado y mutado desde su núcleo, con lo cual se ha producido bajo el imperio de la declaración de una igualdad material, la reestructuración –desde la fuente- de los valores, principios y dogmas que en el mismo se fundían.

(...) Por tal motivo, y en el entendido que el procedimiento de intervención es especial y que no rigen las reglas que gobiernan a los procedimientos administrativos, señalar como lo hiciera la parte recurrente, que ha debido otorgársele una oportunidad para defenderse de unas presuntas imputaciones, implicaría una desfragmentación antes y durante el procedimiento de intervención. Es decir, luego que la Comisión Nacional de Valores ejecute sus labores de dirección y supervise a la Casa de Bolsas, y evalúe la situación patrimonial y operativa de la casa de bolsas, emitirá un informe, que reportará los hallazgos o revelaciones encontradas, permitiendo valorar la imposición de medidas administrativas, con fundamento en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Capitales.

(...) Por tal motivo, considera esta Corte que el *fumus bonis iuris* no se halla cubierto por el simple alegato de que: (i) el procedimiento de intervención nunca se refirió en cuanto a una supuesta violación de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, y (ii) del hecho que la Comisión Nacional de Valores no otorgó audiencia que le garantizara el ejercicio de su derecho a la defensa, por una investigación por presuntos hechos tipificados como delitos en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, toda vez que, ello implicaría una desfragmentación del procedimiento de intervención en tantos hallazgos se evidencien dichos procedimientos, y por otra parte, en los procedimientos de

intervención, al no regir las reglas de los procedimientos ordinarios, las mismas comenzarán y concluirán ininterrumpidamente, con las medidas necesarias que a bien disponga la Superintendencia Nacional de Valores.”

En el caso anteriormente citado se trata de la intervención de las casas de Bolsas que supuestamente basándose en un interés jurídico superior realiza la participación e intervención del Estado Social de Derecho en el proceso de desarrollo y constitución del orden económico-social, supuesto de una importancia fundamental, así como las actividades de control que le corresponda ejercer para regular, orientar y canalizar la iniciativa privada en la consecución de fines de orden público. Pero lo grave, desde nuestra perspectiva, es que se niegue otorgar dentro de los procedimientos administrativos de intervención cualquiera que sea su regulación, audiencia a los interesados para que puedan ejercer sus alegatos y defensas, así como promover y evacuar sus pruebas sino que se sostiene por la propia Corte que tal otorgamiento de la audiencia consistiría en una DESFRAGMENTACION del procedimiento administrativo conculcándose de manera flagrante los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso.

En efecto no se critica que por razones de política económica y de regulación y control de los mercados se realicen intervenciones a determinadas Casas de Bolsa lo que se critica es que no se le otorgue el más mínimo derecho a la defensa y al debido Proceso y ello sea pretendido legitimar por las Cortes de lo contencioso Administrativo bajo una argumentación carente de toda fundamento jurídico.

(b) Sentencia N° 2008-524 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dictada en fecha 02 de agosto de 2012, con ponencia del Juez Alejandro Soto Villasmil. Expediente N° AP42-N-2008-000524. (Caso *Compañía Panameña de Aviación*,

S.A. (COPA AIRLINES) contra Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia).

“(…) De tal manera, que a juicio de esta Corte, si bien la competencia se vislumbra como una Institución nacida bajo el esquema de Estado liberal, su estudio no puede circunscribirse a las dimensiones de éste, o sea, si bien la competencia se mantiene como elemento regulador del ejercicio del Poder Público dentro del Estado Social de Derecho, la misma debe atenerse a la justicia material, es decir, sólo si la incompetencia es burda, evidente o grosera, tal y como lo ha señalado la Sala Político Administrativa, se produciría la nulidad absoluta del acto, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

Esta otra sentencia desconoce bajo el pretexto del “Estado Social” toda la construcción jurídica que se realizó en Venezuela en cuanto a la separación en dicho procedimiento administrativo de prácticas restrictivas de la libre competencia en cuanto a la apertura y decisión final del mismo en cabeza del Superintendente Nacional para Promover y Proteger la Competencia, del propio procedimiento de sustanciación dejándolo en la competencia del Superintendente Adjunto. En dicho caso, en virtud de la falta de nombramiento del Superintendente Adjunto, contrario a los principios de imparcialidad y objetividad y distribución de competencias previsto tanto en la derogada ley de competencia, como en su reglamento; se decidió por el mismo Superintendente tanto la apertura del procedimiento como su sustanciación y la toma de la decisión final del caso. Concentrado toda la actividad en un mismo funcionario la actividad de apertura y decisión final como la de sustanciación del expediente vulnerando así los señalados principios de imparcialidad, objetividad y competencia. No obstante la

Corte de lo Contencioso Administrativo bajo la tesis del “Estado Social” y atendiendo a supuestos criterios de justicia material echa por tierra los referidos principios jurídicos y no declara la nulidad del acto administrativo impugnado.

Replanteamiento del Estado de Bienestar.

La ponencia del profesor Rodríguez Arana propone un replanteamiento del Estado de Bienestar y aplicarlo en su versión dinámica y finalista frente a la versión estática, cerrada, unilateral y clientelar que ha tenido. En 1989 tras un largo sufrimiento colectivo, cae una de las grandes farsas de la historia: el Comunismo. El Desmantelamiento del credo comunista trae consigo la crisis del planteamiento socialista, pero Rodríguez Arana nos indica que tras la crisis de 2008 los planteamientos tradicionales de mercado sin regulación o de la intervención pública como política fundamental deben ser superados y así surge el replanteamiento desde su perspectiva del Estado Social de bienestar. Revisando la actividad de fomento del Estado, fortalecer la actividad de vigilancia, supervisión y control de las agencias reguladoras, apuntalar el control de poderes y colocar en el centro político, social y económico la dignidad del ser humano. En el estado de bienestar estático los dirigentes se dedicaron al control social y a la captación de votos o de sectores y se olvidaron del interés general, del bien común y de los derechos de los ciudadanos. De allí que se precise de un Estado de Bienestar donde se escuche a los ciudadanos, donde exista real participación y donde los ciudadanos tengan reales mecanismo de intervención y participación en la determinación del interés general.

La versión estática a su vez ha convertido a los ciudadanos en meros espectadores pasivos, en sujetos inertes, dependientes y al servicio de los poderes públicos. La sociedad y los ciudadanos han sido expropiados durante largo años de sus funciones convirtiéndolos en servicios públicos con el fin de que el Estado aumente

su hegemonía. Por ello se plantea hoy una revisión del Estado de bienestar, retomando el principio de subsidiariedad y recuperando el papel central del ciudadano y su participación en formulación y evaluación de las políticas públicas fundamentales.

Manera de entender el Interés General no desde la Unilateralidad sino desde la Participación Ciudadana

La ponencia plantea recuperar el interés general no desde la unilateralidad sino desde el pensamiento abierto y complementario desde la participación de la ciudadanía. Aquí se plantean diversos o diferentes pasos y que depende de cómo se desarrollen en cuanto a su intensidad en los diferentes países. En primer lugar, se encuentra el derecho a la indignación por parte de millones de personas al que deben seguir reformas de orden político, social y económico. Luego que la ciudadanía se incorpore en asuntos de interés general y formando parte de consejos o instituciones de participación en las principales políticas sociales. Se plantea igualmente potenciar a los grupos que actúan ayudando a los demás e impulsar a que lleven a buen fin sus respectivos proyectos, así como gerenciar mejor los proyectos de manera individualizada y cercana a la gente y no de manera igual desde el centro para todos los proyectos. No solo con un aumento burocrático se cumplen los objetivos, con una visión dinámica, atendiendo los intereses de las personas de manera más cercana se puede ser más eficiente.

El bien común que puede traducirse en el campo del Derecho administrativo como interés general es de suma importancia. Los dirigentes públicos en ese sentido deben ordenar el entramado de intereses particulares o sectoriales en el proceso dinámico de la realización progresiva del bien común y, del interés general.

En fin, la desaparición del “estado llamado providencia en su dimensión estática” y la vuelta al bienestar dinámico deben dejar

paso a un estado subsidiario en el que se estimulen la participación real de los ciudadanos, en el que se recupere la idea del poder público al servicio de interés general, en el que se promueva la responsabilidad personal y en el que se instaure la economía social de mercado

Interés general y postulados del Estado social Democrático y de Derecho

La posición fundamental del Estado se encuentra en la realización del bien común, del interés general, que no es, la suma de los bienes de los intereses individuales. Se trata de un nuevo valor específicamente distinto del bien o interés individual y de la suma de los bienes o intereses particulares. El bien común, esto es, el interés general en términos jurídico-administrativos, se fundamenta en el respeto de la dignidad de la persona, esto es, un ser humano con unos derechos fundamentales que surgen de su propia dignidad y que debe realizarlos para desarrollar en plenitud, en libertad, su personalidad. La persona se constituye, pues, en el centro de la acción pública.

Recuperar el pulso del Estado Social y Democrático de Derecho, significa recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad, el derecho a la salud. Así las cosas, plantea Rodríguez Arana, que los logros del estado de Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas y afortunadamente todas esas cuestiones se convierten en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire mejorar el bienestar de la sociedad.

Ahora bien, el interés general debe ser definido de forma abierta, dinámica, plural y complementaria en un estado social y democrático de derecho y allí es esencial la participación ciudadana y en su criterio la existencia de una crisis en la forma de entender la relación estado–sociedad lo constituye, entre otras razones, que el Estado se olvidó de los problemas reales de la ciudadanía, estando este al servicio objetivo del interés general.

Por eso, la reforma del estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus dificultades o sus ilusiones.

Ese conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de los que se denomina Estado de Bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo.

Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios y podría llevar a una concesión estática que prive al cuerpo social y a las personas del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos. Las prestaciones, los derechos según Rodríguez Arana tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, sin proyecto vital que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social (carácter dinámico de los derechos subjetivos). El Estado más bien debe proporcionar con sus prestaciones el aporte de energías y capacidades.

La participación como método de trabajo es afirmar la organización administrativa enfocada hacia la sociedad. La política del estado democrático y social de derecho debe poner como centro las preocupaciones de la ciudadanía y por ello la participación es un objetivo de primer orden de la democracia. Así se da la participación como un método con apertura (no con prepotencia o

autosuficiencia) implicando así una administración pública abierta (actitud de apertura).

Dichas actitudes, por otra parte, necesitan instrumentarse y traducirse en procesos dándose así una administración pública receptiva con sensibilidad para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad y de los diversos grupos y sectores que la integran.

Todos estos elementos y otros posibles son recomendables pero la conexión real con los ciudadanos exige diálogo verdadero y diálogo real significa interlocutores reales.

La participación supone el reconocimiento de la dimensión social del individuo, trasciende al individuo-familia y se extiende a la sociedad en su conjunto.

LA INSUFICIENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO BASE DEL ESTADO DE DERECHO

ANTONIO SILVA ARANGUREN

Abogado, egresado de la Universidad Central de Venezuela, con mención *Magna Cum Laude*. Realizó estudios de doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid. Director Ejecutivo del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

Resumen: El artículo reflexiona sobre el principio de legalidad y su rol en un Estado de Derecho al destacar la necesidad de que este no se limite a su connotación formal –es decir, que la Administración Pública actúe de conformidad con la ley– sino que ha de abarcar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, la separación de poderes, el control judicial y la responsabilidad de la Administración.

Palabras claves: Principio de legalidad, Estado de Derecho, Libertad, Separación de poderes, Control judicial.

Abstract: This paper questions the principle of legality and its role in a Rule of Law by highlighting the need for it not to be limited by its formal connotation –that the Public Administration acts in accordance with the law– but it must embrace the respect for the rights and freedoms of all citizens, the separation of powers, the judicial control and the responsibility of the Administration

Key words: Principle of legality, Rule of Law, Freedom, Separation of powers, Judicial control.

I

Para el reinicio de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo que durante años se celebraron en Caracas en homenaje al profesor Brewer-Carías¹¹³ y que ahora encuentran nueva sede en Santo Domingo con ampliación de su objeto a todo el Derecho Público, entre las diferentes propuestas de los organizadores hemos escogido tratar el principio de legalidad, básico sin duda en nuestra disciplina y que fue el tema central de las VII Jornadas, del año 2004, si bien en aquella ocasión limitado al “ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica”¹¹⁴, además de que el propio profesor Brewer le dedicó su ponencia en las IV Jornadas de 1998¹¹⁵ y luego la profesora Araujo en las V de 2000¹¹⁶.

Esa reiteración en el tema resulta comprensible al tener en cuenta, como lo destaca García de Enterría, que de “*la construcción del principio de legalidad como técnica de gobierno (...) va a salir todo el Derecho Público moderno*” y “*alrededor de este principio esencial se formarán las instituciones fundamentales del Derecho Público*”¹¹⁷. Unas Jornadas dedicadas al Derecho Público siempre encontrarán lugar entonces para el principio de legalidad, así sea para tratar sobre los cambios que ha sufrido y que, en consecuencia, implican necesariamente una transformación en nuestra rama jurídica.

¹¹³ La historia de las Jornadas puede verse en: <http://www.funeda.net/jornadas.html>.

¹¹⁴ Véanse sus memorias en VV.AA., *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2004.

¹¹⁵ Allan R. Brewer-Carías, “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos”, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1998, pp. 19-90.

¹¹⁶ Ana Elvira Araujo, “El principio de legalidad y Estado de Derecho”, *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, Los requisitos y vicios de los actos administrativos*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2000, pp. 39-56.

¹¹⁷ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, pp. 158-159, en http://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf.

Precisamente de transformaciones nos habla Parejo Alfonso¹¹⁸ al advertirnos que “*antes de cualquier otro empeño*”, todo ensayo de reforma del Derecho Administrativo ha de superar su “*centramiento (...) en la tarea de la limitación del poder (reducción al Derecho)*” y debe hacer que el objetivo consista: (...) en la recuperación, de un lado, de los planos propios del Derecho objetivo y el contenido de las relaciones jurídico-administrativas para romper los estrechos límites impuestos por la visión subjetiva tradicional, y, de otro lado, de la Administración como instancia con contenido decisonal y de actuación propio, cuya legitimación depende de factores múltiples (sin perjuicio de la importancia del jurídico derivado del principio de legalidad), y, por tanto, replanteamiento de la relación entre actuación administrativa y control judicial.

También de transformaciones, pero más radicales, nos habla Nieto, quien dedica buena parte de sus recientes memorias –Testimonio de un Jurista–, al principio de legalidad. Con sus usuales frases contundentes nos dice: “*El principio de legalidad como motor de la acción del Estado, como requisito imprescindible de todo el comportamiento público es una exacerbación política paroxística que ha descarrilado al Estado de Derecho*”¹¹⁹ y en realidad, agrega, “*nos encontramos ante un campo en ruinas: la del pomposo imperio de la ley y de su clave de bóveda: el principio de legalidad*”¹²⁰. Nieto invita incluso a desprenderse de él: “*si queremos comprender el mundo actual del Derecho hemos de operar con un nuevo paradigma muy distinto del que nos han enseñado*”¹²¹. Nieto alude al “*derrumbamiento paulatino del principio de legalidad*” y a “*la caída, una a una, de todas las piezas que integran el mito*”, por lo que existiría “la

¹¹⁸ Luciano Parejo Alfonso, *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, Global Law Press – INAP, Sevilla, 2012, pp. 182-183.

¹¹⁹ Alejandro Nieto, *Testimonio de un jurista (1930-2017)*, Global Law Press-Editorial Derecho Global – INAP, Sevilla, 2017, p. 372.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 376.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 357.

necesidad de volver a empezar de nuevo con la construcción de otro paradigma en el que pueda operar un jurista sincero”¹²².

A la imagen del principio de legalidad como mito también recurre Cassese, al afirmar que “*el estudio de la Administración muestra que es legalista cuando quiere serlo, y extremadamente desenvuelta con las normas cuando no quiere serlo*”, por lo que “*la ley es sólo uno de los puntos de referencia del administrador público y, con frecuencia, no el más importante*”, de modo que “*la concepción mítica del principio de legalidad no corresponde a la verdad*” y “*sólo una parte de la actividad administrativa, la «judicial» respeta el principio de legalidad*”¹²³.

Setenta años antes de lo dicho por Nieto, Vassalli fue aún más contundente al denunciar –según cita Cassese, su coterráneo¹²⁴– que “*los progresos del Derecho Administrativo fueron una de las más grandes estafas de los tiempos modernos*” y en concreto afirmó que:

(...) los principados absolutos y los denominados regímenes de policía encontraban sus frenos en el respeto a los «jura quaesita» y a la razón de Estado; los límites estaban puestos en la conciencia de los gobernantes y en los motivos de oportunidad y de utilidad (...). La llamada fase del Estado de Derecho («Rechtsstaat»), representada como el triunfo del Derecho frente al Estado y la sujeción de la Administración Pública a la ley, destruyó todo lo anterior: los límites efectivos, con la proclamación de la «soberanía de la ley», fueron sustituido por los límites meramente formales y ficticios, abriendo la puerta a las más incontenibles arbitrariedades: tanto más cuando la ley, situada en la jerarquía celestial por los teóricos del Derecho Público, fue degradada a dócil instrumento de cualquier autoproclamado gobierno.

¹²² *Ibíd.*, pp. 335-336.

¹²³ Sabino Cassese, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Global Law Press – INAP, Sevilla, 2014, p. 342.

¹²⁴ *Ibíd.*, pp. 113-114.

Nada más lejos que tratar acá el principio de legalidad como parte de una estafa, pero sí como un principio que requiere tantos matices que no solo desdican su aparente sencillez, sino que revelan que, al menos hoy en día, no vale nada por sí solo: sin compañía pierde sentido.

II

Poco antes de sentarme a escribir el texto de esta intervención, leí unas notas de Fernando Savater sobre sus consejos a quienes pretendan leer un libro y no más. Daba sus recomendaciones en filosofía, poesía, aventuras, amor, ciencia ficción, terror, policial, política, cuentos, novela histórica, humor, y terminaba con esto: “*Y si sólo quieres leer un libro pero que sea de filosofía y de poesía, de aventuras y de terror, histórico y hasta político, lee Moby Dick de Hermann Melville. Si puedes, léelo todos los años*”¹²⁵. Me pregunté si Moby Dick nos ayudaría en la ponencia y resulta que sí, si tenemos en cuenta que una de las palabras más recurridas al referirse al principio de legalidad es el verbo sujetar.

Citemos para ello las autorizadas palabras de Rubio Llorente:

(...) hay que afirmar que el principio de legalidad implica la sujeción plena de la Administración a la Ley tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de la potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella misma habrá de sujetarse¹²⁶.

Podríamos invocar numerosos autores y el mismo verbo siempre volverá: la sujeción de la Administración es lo que se persigue con el reconocimiento de este principio; y es eso lo que hacen los

¹²⁵ Fernando Savater, *Si vas a leer un solo libro...*, en <https://librotea.elpais.com/inspiradores/fernando-savater/estanteria/si-vas-a-leer-un-solo-libro-por-fernando-savater>.

¹²⁶ Francisco Rubio Llorente, “El principio de legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 39, 1993, pp. 9-42.

balleneros con Moby Dick: sujetarla. Sin embargo, no lo consiguen; al contrario, Moby Dick se mueve de tal modo que no solo logra zafarse de cables y arpones sino que con ellos mismos enreda a algunos de los que pretendían ser sus captores. Sabemos incluso que sobrevive solo uno, el famoso narrador Ishmael. No deja también de ser relevante, creo, que el empeño de atrapar a Moby Dick no es injustificado: el capitán Ahab buscaba vengarse por haberle arrancado una pierna. Ishmael en cambio en realidad se enroló en la expedición en busca de algo distinto.

Moby Dick, como descomunal e inaprehensible criatura marina, es el Leviatán bíblico, cuyo nombre usó Hobbes¹²⁷ para explicarnos que el Estado es un monstruo necesario para asegurar ciertas cosas, en concreto la paz y el orden. A diferencia de la ballena perseguida por el capitán y sus marinos, el Leviatán es un monstruo creado por los hombres y al que se le entrega el poder del que dispondrá. No se le mata, se le cría, pero al querer que su poder sea limitado, se le ata. Es fácil recurrir a la imagen del Leviatán para referirse a la Administración, así no sea una monstruosidad siempre obvia, como la que alude Nieto al referirse a un “*Leviathan enmascarado*”¹²⁸, si bien para Baena “*propia mente hablando la Administración no sería, ni fue nunca, el Leviathan, puesto que la cabeza del monstruo estaría constituida por los órganos políticos*” y “*a lo sumo la Administración sería el tronco y las extremidades de la gran bestia que ejerce el poder*”, aunque en todo caso “*hoy día esta calificación debe considerarse rigurosamente anticuada*”¹²⁹. No interesa en realidad entrar en debate innecesario y el recuerdo de Moby Dick lo traemos tratando de comprobar el consejo de Savater y cómo ese libro en efecto parece servir para todo.

¹²⁷ De entre sus múltiples ediciones: Thomas Hobbes, *Leviatán*, Losada, Buenos Aires, 2003.

¹²⁸ Alejandro Nieto, “Los supuestos valores de la Administración Pública”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 88, 2011, pp. 235-250.

¹²⁹ Mariano Baena del Alcázar, “Reformando a Leviathan: la Administración Pública”, *Revista Política y Sociedad*, N° 20, pp. 53-61.

La comparación podría no obstante llevar al desencanto: Moby Dick se zafó sin dificultad y solo Ishmael quedó para contar la historia, pero para evitar tal desencanto volvemos a Rubio Llorente, quien nos advierte que:

(...) el hecho de que el esfuerzo por sujetar el poder al Derecho no tenga siempre garantizado el éxito ni siquiera en el marco de una Constitución como la nuestra, en la que ese esfuerzo se lleva casi tan lejos como es posible, no dispensa al jurista de persistir en él¹³⁰.

En efecto los juristas no han desistido y es abundante la bibliografía sobre el particular, ya sea para exponer su origen, sus manifestaciones o para explicar en concreto el régimen establecido en un determinado ordenamiento jurídico¹³¹.

La doctrina jurídica no olvida jamás la mención al principio de legalidad como base del Estado de Derecho. Por limitarnos al caso venezolano, y cada uno puede hacer lo propio respecto de su país, nuestro primer texto escrito dedicado al Derecho Administrativo, de Federico Urbano, así lo hacía¹³². Sin embargo, unas décadas más tarde, nuestro primer tratadista, J.M. Hernández Ron¹³³, sostuvo que una de las causas del atraso en el estudio de nuestro Derecho

¹³⁰ Francisco Rubio Llorente, ob. cit.

¹³¹ En estas páginas se encuentran citados algunos de los trabajos publicados en español, con especial mención a autores venezolanos y, entre ellos, a Brewer-Carías, por dos razones: por querer hacer con estas citas parte también del homenaje que se le rinde en las Jornadas como por el hecho de ser muy fácil apoyarse en él, poseedor de una bibliografía apabullante por su número y calidad.

¹³² Federico Urbano, *Exposición de Derecho administrativo venezolano*, 1910. Reeditado en VV.AA., *Textos Fundamentales del Derecho Administrativo (Cien años de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010. Hernández G., al escribir sobre ese libro, así lo destaca expresamente. Ver: José Ignacio Hernández G., "Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 7, /2015, p. 124, en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/07/Los-origenes-de-la-doctrina-del-Derecho-Administrativo-en-Venezuela.pdf>.

¹³³ Hernández-Ron, "Historia del Derecho Administrativo venezolano", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 6, Caracas, 1938, pp. 95-ss.

Administrativo fue más bien el escaso peso que tuvo el principio de legalidad, lo que no deja de ser por supuesto una crítica al desempeño del poder y no al principio en sí, si bien para uno de nuestros estudiosos recientes, José Ignacio Hernández, tal afirmación se debe “*cuando menos, matizar*”¹³⁴.

Terminaremos este apartado con la cita de una expresión tomada en un entretenido libro, *El discreto encanto del Derecho Administrativo*, de Vaquer Caballería: lo que se persigue es “*atar en corto a la Administración*”¹³⁵, si bien en concreto la frase se usa para explicar la potestad reglamentaria del Gobierno y cómo con los reglamentos este pretende “atar en corto” a aquella. Para explicarlo también recurre a un personaje literario para ello no se le sujeta como “*a una res brava: con una soga recia*”, sino “*como ataron los liliputienses al gigante Gulliver: con una infinidad de finas lazadas cuya suma fue capaz de inmovilizarlo*”¹³⁶. A diferencia del capitán Ahab, les dio tan buen resultado que luego fue desatado y compartía con ellos en su día a día, con la condición de no causar daño a nadie. Pero la verdad es que Gulliver no nos sirve en nuestro relato, porque más bien se vio compelido a huir de sus pequeños nuevos compañeros que pretendían cegarlos tras una condena del todo injusta. En este caso, los liliputienses, unidos, fueron más poderosos y de no ser por la intervención de un amigo, Gulliver no habría proseguido sus viajes y el libro se habría acabado pronto. Por ello, Vaquer escribe: “*mucho me temo que la Administración se parece más a una ballena que a un gigante*”¹³⁷. Coincidir con esa afirmación no es difícil: la Administración es más Moby Dick que Gulliver. No es tan dócil como este, si bien, salvo regímenes totalitarios, no nos arrastra fatalmente como aquella, pero tampoco se deja sujetar

¹³⁴ José Ignacio Hernández G., ob. cit., p. 132.

¹³⁵ Marcos Vaquer Caballería, *El discreto encanto del Derecho Administrativo*, Editorial Tirant lo Blanch, 2016, Valencia, p. 17.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

sin pelea y mucho menos pueden soltársele las amarras para hacerle pasear en calma entre los ciudadanos.

III

Hay expresiones que de tan sencillas ocultan realidades complejas. Quedémonos con la conocida definición de Vedel: “*la legalidad es la cualidad de aquello que es conforme a la ley*”¹³⁸. El problema, claro está, es precisar lo que eso implica y nos parece especialmente representativa esta frase de Rodríguez-Arana: “*El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la Ley*”¹³⁹. Existen diversas versiones y somos libres de seguir una u otras.

Pérez Luciani, uno de nuestros más destacados iusadministrativistas, recalca en cierto modo la misma idea al reseñar lo que califica como caras de una moneda¹⁴⁰: mientras Duguit defiende un principio absoluto que no admite excepciones, Mayer sostiene que la Administración debe regirse por reglas de Derecho, “*en la medida de lo posible*”, pues es imposible alcanzar ese ideal de forma absoluta. Es irrelevante acá exponer el detalle del criterio de ambos autores ni de otros que les han seguido, pues lo fundamental en nuestra exposición es que la claridad de la expresión *principio de legalidad* es solo aparente y quizás es una muestra de cortesía de los grandes juristas hacia quienes pretendemos entender el Estado de Derecho, del mismo modo que Ortega y Gasset sostuvo que “*la claridad es la cortesía del filósofo*”¹⁴¹. Invocamos un principio sencillo

¹³⁸ Georges Vedel, *Derecho administrativo*, trad. de la 6ª ed. francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1981, p. 219.

¹³⁹ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El marco constitucional del Derecho Administrativo (el Derecho Administrativo Constitucional)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 15, 2011, pp. 85-100.

¹⁴⁰ Gonzalo Pérez Luciani, *El principio de legalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 6-8.

¹⁴¹ José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 19.

de captar y repetir, siempre que no insistamos en verlo demasiado cerca y observar sus peculiaridades.

En realidad, el principio de legalidad sirve para identificar una idea que tiene, recordando a Nieto, muchas “piezas”. Siguiendo con Pérez Luciani:

(...) es difícil precisar el origen de la fórmula “principio de legalidad”, pero no representa mayor dificultad llegar a la conclusión de que es un producto o resultado de las revoluciones liberales ocurridas en el viejo continente y las transformaciones que produjo en el derecho que hoy llamamos “público”, el pensamiento de los ideólogos de la revolución francesa; el rechazo del poder absoluto; la división o separación de poderes; el dominio del parlamento o poder legislativo por las clases políticas emergentes, el sometimiento del ejecutivo a los dictados de la representación popular constituida en legislador, la supremacía de la ley, entendida como acto sancionado por el poder legislativo, todos van a dar como resultado un corolario que recibe por título “principio de legalidad”¹⁴².

En lo que hay acuerdo es que este principio acompañó al nacimiento del Estado liberal¹⁴³ —aunque precisa García de Enterría que “*durante la fase activa revolucionaria fue, evidentemente, difícil, si no imposible, someter una desordenada e improvisada Administración a las exigencias del principio de legalidad*”¹⁴⁴— y se desarrolló de modo desigual según el tiempo y lugar, pero siempre con vocación de erigirse en elemento fundamental del Estado de Derecho. Lares Martínez

¹⁴² Gonzalo Pérez Luciani, ob. cit., p. 5.

¹⁴³ Sobre esto, puede verse: Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 1992.

¹⁴⁴ Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 202.

sostiene que el principio de legalidad “*es el signo distintivo del Estado de Derecho*”¹⁴⁵, mientras Cosculluela lo califica como “*vertebrador del Estado de Derecho*”, pero a la vez expone que en su país su institucionalización fue “*lenta y accidentada*”¹⁴⁶.

Con el tiempo, el principio se ha asociado también a la democracia¹⁴⁷, lo que resulta natural habida cuenta de que en general el Derecho Administrativo se ha vinculado con ella, relación sobre la que nuestro homenajeador ha escrito¹⁴⁸, si bien Moles Caubet, el autor que en Venezuela hizo los primeros estudios sobre el tema, no olvidó destacar la presencia de este principio en estados sometidos a regímenes socialistas: El tipo de Estado socialista cuenta con un Derecho Administrativo sumamente desarrollado, en cambio carece de una auténtica jurisdicción contencioso-administrativa. Los derechos subjetivos de cualquier índole no tienen un fin en sí mismos sino que quedan subordinados siempre al cumplimiento de ordenaciones objetivas. En este tipo de Estado rige el principio de legalidad socialista¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Eloy Lares Martínez, “El principio de legalidad aplicado a la Administración”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 35, 1967, p. 49.

¹⁴⁶ Luis Cosculluela Montaner, *El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España*, en <http://www.uco.es/organizacion/protocolo/documentos/discursos-honoris-causa/jose-maria-garcia-marin-luis-cosculluela/discursos-l-cosculluela.pdf>.

¹⁴⁷ Libardo Rodríguez Rodríguez, “El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia”, *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, CIDEP – CERECO, Caracas, 2018 (en imprenta).

¹⁴⁸ Allan Brewer-Carías, “El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre poderes de la administración y los derechos del administrado”, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo* (coord. V.R. Hernández-Mendible), *Comemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009. Hernández G. nos advierte sin embargo que en algún tiempo “*el Derecho administrativo venezolano se configuró como un Derecho de la Administración sujeta al principio de legalidad, pero con poca relevancia a su contenido democrático*”. Ver: José Ignacio Hernández, “Repensando al Derecho Administrativo venezolano”, *20 años de FUNEDA y el Derecho Público en Venezuela*, vol. I, FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 109-130.

¹⁴⁹ Antonio Moles Caubet, “Implicaciones del principio de legalidad”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. 2 (1970-1971), Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, p. 138.

En cualquier caso, el principio ha encontrado cobijo en los propios textos constitucionales de muchos de los países de nuestro entorno¹⁵⁰, así como en sus leyes de administración pública y/o de procedimientos administrativos¹⁵¹, de modo que se ha positivizado y de la legalidad no escaparía ningún órgano estatal, ni siquiera el propio Constituyente, como para el caso venezolano lo advierte Iribarren¹⁵² al destacar la violación del Derecho en el proceso que condujo a la constitución de 1999, irregularidad que en general ha sido sostenida por la doctrina de ese país¹⁵³.

IV

Tomando de nuevo las palabras de Rubio Llorente, debe persistirse en el esfuerzo de alcanzar la sujeción a la legalidad y a ese empeño se le califica usualmente con términos guerreros, siendo *lucha* el más repetido, sin duda por el influjo de García de Enterría, quien nos enseñó que el Derecho Administrativo ha sido una “*lucha contra*

¹⁵⁰ En el caso venezolano, véanse por el ejemplo los artículos 137 y 141 de la Constitución de la República según los cuales: “*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*” y “*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*”, respectivamente.

¹⁵¹ En el caso venezolano, véase por el ejemplo el artículo 4 de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública: “*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 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*”.

¹⁵² Enrique Iribarren, “El principio de la legalidad de los actos del poder público y el proceso constituyente de 1999 en Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 144, 2006, pp. 90-104.

¹⁵³ Una explicación más detallada de todo este proceso puede encontrarse en: Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. Con un título lo suficientemente expresivo también puede verse Claudia Nikken, “Sobre la invalidez de una constitución”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2003, pp. 205-218.

*las inmunidades del Poder*¹⁵⁴, en la que con el tiempo se ha ganado terreno a través de la supresión de tales inmunidades, incluso las que más se resistían.

En ese proceso es clave el principio de legalidad, lo que lleva a un aserto: la creación dogmática del principio es una de las grandes conquistas frente al Poder y permite obtener una imagen magnífica de las limitaciones a las que debe constreñirse. No es fácil dudar de la fuerza expresiva de la idea: el Poder, como todos nosotros, se sujeta a la Ley. Ahora bien, precisamente porque todos estamos sometidos a la Ley, el principio de legalidad tiene que significar más que someterse a ella. Así lo explica Rebollo Puig:

También se puede afirmar que los ciudadanos están sometidos a la ley y al Derecho. Y lo mismo puede y debe decirse de los jueces y tribunales. Pero enseguida se comprende que no es igual el sometimiento a la ley y al Derecho de los ciudadanos y de los jueces. De lo que se trata aquí es de saber cómo es la vinculación de la Administración a la ley y al Derecho, ¿igual a la de los ciudadanos?, ¿igual a la de los jueces?, ¿es distinta a una y a otra?¹⁵⁵

El principio ha sido además una creación dinámica: con el tiempo se ha ido ampliando para que no haya espacios de fuga¹⁵⁶ y pocos aceptan ahora la idea de un principio de legalidad “*meramente formal*”¹⁵⁷. Bastará con anotar que legalidad no es un mero sinóni-

¹⁵⁴ Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, N° 38, 1962, pp. 159-208.

¹⁵⁵ Manuel Rebollo Puig, “El principio de legalidad de la Administración”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 61-61, 2009, p. 280.

¹⁵⁶ Respecto del caso venezolano, Carrillo Artilles expone cómo constitucionalmente se produjo una “ampliación”. Ver Carlos Luis Carrillo Artilles, “La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, 2002, pp. 183-207.

¹⁵⁷ En Venezuela, José Antonio Muci Borjas, *Procedimientos y Administración Pública. Algunas reflexiones en torno al procedimiento administrativo venezolano de ayer y de hoy, en vista de las*

mo de ley del parlamento y para el relato de ese proceso dinámico aprovecharemos de remitirnos a Moles Caubet¹⁵⁸, el destacado profesor español que en la Universidad Central de Venezuela fundó el Seminario de Derecho Público, luego llamado Instituto, y que dirigió hasta que Brewer Carías lo sucedió.

A ese amplio alcance del principio ya se refería Hauriou con su *bloque de la legalidad*¹⁵⁹ y entre las distintas expresiones podemos quedarnos con la de *principio de juridicidad*, tal vez hoy la más usual y a la vez de larga data¹⁶⁰, y a la que Araujo Juárez le ha dedicado suficiente atención¹⁶¹. Ahora bien, cualquiera sea la denominación, ocurre que cuando algo amplía su alcance, a la par puede perder su fuerza efectiva. Sostener que la Administración está sujeta a la ley formal tiene más efecto práctico que sostener que está sujeta a todo el ordenamiento jurídico, pues tal ordenamiento es una suma de actos muy dispares, por más articulados que estén.

Empecemos por la sujeción de la Administración Pública a la Constitución. La constitucionalización del Derecho es una enorme conquista que no pondremos en duda, pero encierra un peligro: difuminar lo que hasta entonces había tenido límites claros. No es quizá el caso del Derecho Administrativo, que ha vivido siempre en la imprecisión de sus nociones más básicas, pero si podría serlo en el Derecho Civil¹⁶². Para no distraernos quedémonos con nuestra

enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia comparadas, p. 11, en <http://www.muci-abraham.com/uploads/publicaciones/76ca460678c150132bc0b19b6e6a83e8d334baa1.pdf>.

¹⁵⁸ Antonio Moles Caubet, ob. cit., pp. 137-173.

¹⁵⁹ Véase en general Maurice Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Reus, Madrid, 1927.

¹⁶⁰ Al respecto, Rodríguez-Arana apunta que nuestro objeto de estudio "se denominó juridicidad desde el principio". Véase en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press – INAP, Sevilla, 2014, p. 35.

¹⁶¹ De José Araujo-Juárez puede consultarse su reciente obra *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

¹⁶² Sobre ese proceso respecto del Derecho Civil puede verse: María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil)*, CIDEP – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

disciplina, respecto de la cual José Ignacio Hernández habla de un “sistema movable”, que:

(...) emplea un catálogo de conceptos imprecisos, en tanto tratan de describir jurídicamente algo tan complejo como es el poder. Prerrogativa, privilegios, servicio público, son todas ideas deliberadamente imprecisas, pues sólo esa imprecisión permite que el Derecho administrativo tenga la flexibilidad necesaria para ajustarse a los vaivenes del poder¹⁶³.

Sin embargo, esa misma imprecisión que permitiría una necesaria flexibilidad para Hernández, “debilita el alcance del principio de legalidad”, pues “con tan vagos conceptos, pretender que la Administración se subordine efectivamente a la Ley no pasa de ser un ideal pocas veces alcanzado”. Que esos conceptos vagos se hallen en la constitución, lejos de reforzar el principio lo enturbian. Encontrar el límite del poder en tales condiciones es más bien una ilusión.

Si descendemos a la ley, la situación tampoco mejora del todo, porque, quizá como parte de esa *constitucionalización* del Derecho, las leyes son menos inteligibles que nunca. Suena a lamento nostálgico, pero la ley ya no es lo que fue, o tal vez nunca fue lo que creímos y ahora lo vemos con mayor claridad. Olvidemos aquella famosa historia de Stendhal y el estilo alcanzado a través de lectura del Código Civil y mencionemos algo obvio: abundan las normas ambiguas e imprecisas y no por ello la Administración se frena al actuar. Al contrario, la consagración legislativa (y en su caso constitucional) de una Administración al servicio del interés general que debe garantizar el bienestar colectivo lleva a asegurar que la falta de previsión legal concreta no excusa la inacción de la Administración y más bien le obliga a actuar del modo de cumplir el cometido

¹⁶³ José Ignacio Hernández, *Repensando al...* ob. cit., p. 112.

ordenado. Beladiez¹⁶⁴ expone con detallados fundamentos esta posición, no sin objeción doctrinal¹⁶⁵.

Si solo fuera ambigüedad tal vez el problema sería menor, pero las normas se han convertido en una permanente concesión de poderes a la Administración, poderes que ejerce a su entender, incluso sin pretensión arbitraria. Acá cabe referirse al control judicial, que en un Estado de Derecho existe respecto de sus actuaciones o sus omisiones, pero probablemente es allí donde más claramente se observa que la ley más que el texto claro que aplica el juez es el texto amplio que le permite decidir conforme a su criterio. También en sus memorias Nieto¹⁶⁶ llama la atención sobre un hecho: que al menos en España son cada vez más frecuentes y numerosos los casos de decisiones judiciales que no resuelven según la ley sino conforme al criterio que el juez estime razonable, algo que él dice ver con buenos ojos, siempre que se sincere la situación. Nieto es coherente, pues reiteradamente expone que la ley ha pasado a ser un texto dotado “plasticidad”, una verdadera “propuesta” al aplicador¹⁶⁷.

Aparte de las leyes, no perdamos de vista el caso de los textos con rango y sobre todo con fuerza de ley que no emanan de los parlamentos, muy conocidos en algunos ordenamientos. Me referiré al que más he tenido que trabajar, desde luego: el venezolano. En Venezuela mediante decreto-ley el Presidente de la República dicta actos que modifican y derogan leyes parlamentarias no de modo temporal sino con vocación de permanencia: se integran en el ordenamiento jurídico hasta que sean derogados por leyes o por otros decretos-leyes (o anulados por el Tribunal Supremo).

¹⁶⁴ Margarita Beladiez Rojo, “La vinculación de la Administración al Derecho”, *Revista de Administración Pública*, N° 153, 2000, pp. 315-350.

¹⁶⁵ Manuel Rebollo Puig, ob. cit.

¹⁶⁶ Alejandro Nieto, *Testimonio de un jurista*, ob. cit.

¹⁶⁷ Entre otros, ibíd., p. 141 y ss.

No entraremos a considerar sus muchos excesos, que en el caso venezolano son insólitos¹⁶⁸, sino que nos limitaremos a un hecho incontestable: en ellos el jefe del Gobierno, en Consejo de Ministros, se otorga poderes a sí mismo y a toda la Administración.

No creo posible negar que cuando el principio de legalidad admite que la ley que sujete al gobierno y a la Administración la dicte el propio gobierno, el principio pierde su sentido. Uno de los ejemplos más escandalosos entre nosotros es el caso de la reforma por decreto del Código Orgánico Tributario, que permite a la administración fiscal, no solo determinar y liquidar tributos, sino hacerlos efectivos directamente, sin tribunal alguno, dictando toda suerte de medidas cautelares y definitivas¹⁶⁹. Un tal principio de la legalidad no puede sino ser el preferido de regímenes totalitarios, al ir de la mano del desprecio por los otros principios a los que debe estar unido sin remedio: el de la separación del poder, el del respeto de los derechos subjetivos, el del control y el de la responsabilidad. Presumir en esos casos de sujeción a las normas cuando son autoproducidas solo esconde cinismo.

Entonces, la ampliación del principio más allá de la ley formal parece reforzar la sujeción, pero puede en realidad disminuirla o eliminarla cuando se pierde la necesaria separación del poder. Como he citado un caso venezolano, no me resisto sin embargo a citar también las declaraciones de quien presidiera el Tribunal Supremo de ese país: “*No podemos seguir pensando en una división de*

¹⁶⁸ Sobre algunos de esos decretos-leyes dictados con base en amplísimas delegaciones de la Asamblea Nacional, en los temas más variados, puede verse: Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana, “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2010-2012”, *Revista de Derecho Público*, N° 130, 2012, pp. 23-50; “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, 2014, pp. 11-39 y “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el año 2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, 2015, pp. 191-204.

¹⁶⁹ Sobre las irregularidades de esa reforma véase Alberto Blanco-Urbe: “El Código Orgánico Tributario de 2014... un estado de excepción permanente”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, 2015, pp. 119-129.

*poderes porque eso es un principio que debilita al Estado*¹⁷⁰. Estados totalitarios y separación de poder nunca se han llevado bien, aunque Royo Villanova haya hecho su intento de explicación:

Se ha dicho algunas veces que el Estado autoritario desconocía el principio de la división de poderes. Tal afirmación es cierta si se considera la división de poderes en un sentido genuinamente liberal. (...) Mas la doctrina de la división de poderes tiene, además, otra significación: es una explicación del principio de la división del trabajo. En este sentido la doctrina subsistía incluso en los Estados totalitarios. Mas ya no tiene por finalidad la garantía de la libertad individual sino el perfeccionamiento de la labor del Estado¹⁷¹.

En cualquier caso, nótese que el principio de legalidad tampoco puede limitarse a que exista una separación de poderes, pues, como apunta Pérez Luciani:

El último intento de fundar el principio de legalidad en la referencia a la separación de poderes se ve demasiado débil y poco convincente porque la separación no conlleva la limitación de un poder a otro o que un poder somete a otro, tanto si se entiende el fundamento de la legalidad como mera compatibilidad o en el extremo opuesto como conformidad substancial¹⁷².

La Administración también se sujeta a los reglamentos, pero son tantos los reglamentos que es ingenuo negar la imposibilidad de realmente darles cumplimiento fiel, en parte porque probablemente la propia Administración ignore su existencia o porque, también

¹⁷⁰ El Nacional, *Luisa Estela Morales: "La división de poderes debilita al Estado"*, en http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/111866/Nacional/Luisa-Estela-Morales:-La-divisi%C3%B3n-de-poderes-debilita-al-Estado

¹⁷¹ Antonio Royo Villanova, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 65.

¹⁷² Gonzalo Pérez Luciani, ob. cit., p. 53.

probable, omite considerarlos, en una especie de selección interesada de las normas aplicables. Como apunta, Cassese, “*el Derecho Administrativo recae en manos de un mayor número de Administraciones públicas, ordenadas según modelos multiorganizativos que no dependen de un único centro, y entre las que se establecen complicadas relaciones*” y esto tiene su consecuencia: “*que la Administración escape (parcialmente) al Gobierno*” y se “*modifica la naturaleza de la función atribuida al principio de legalidad*”¹⁷³.

Dando por sentado que no escasean las normas a las que sujetarse, Cassese coincide con Nieto en algo: la Administración aplica las normas que estima apropiadas, pero el juez es el que decidirá la corrección de su escogencia. Como principio lo conocemos bien y lo aplaudiremos: el control judicial, otra consecuencia de la separación del poder. No obstante, la forma en que la práctica muestra el ejercicio de ese control puede implicar afectación del principio de legalidad, pues la Administración más que sujetarse a la ley, se sujeta a lo que el juez ha extraído de ella. Cassese lo relata así: “*Solo en un número limitado de casos comprueba el juez que el procedimiento administrativo sometido a su control contiene una regla contraria a la disposición legal*”, pues “*son raros los casos tan explícitos de violación de la ley, mientras que son mucho más numerosos aquéllos en los que el juez aplica criterios generales (congruencia, coherencia, lógica, proporcionalidad, etc.), a menudo decididos por él mismo*”. De este modo, nos alerta, “*la ley no es suficiente; más allá de la ley existen principios que van creando los propios jueces, hasta el punto de que la doctrina francesa ya no habla del principio de legalidad, sino de règle de droit*”¹⁷⁴.

Terminemos este apartado con otro llamado de atención de Cassese y que solemos dejar de lado: “*no toda la acción de la Administración se encuentra siempre regulada en la ley. Hay partes que se le escapan, especialmente cuando se ha de intervenir en circunstancias excepcionales*” y

¹⁷³ Sabino Cassese, ob. cit., pp. 368-369.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 354-355.

se trata de “vacíos que el Gobierno no tiene más remedio que colmar”, con lo que “el «Estado de Derecho» se halla, inevitablemente, incompleto”. Lo expone con contundencia: la ley, “de límite del Gobierno se convierte en su instrumento”¹⁷⁵.

V

Para asegurar el principio de legalidad, además de ampliar el bloque a todo el Derecho, se ha desarrollado toda una doctrina para el control de la llamada discrecionalidad que las propias leyes permiten, en el entendido de que, de no hacerse precisiones, esa discrecionalidad sería modo perfecto para escapar de la norma¹⁷⁶. Al ser fácil escudarse en ella, los más refinados intentos de limitación han girado a su alrededor, tanto con la determinación de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”¹⁷⁷ sobre los que tanto se escribió hace unos años, y luego con la llamada “discrecionalidad técnica”¹⁷⁸.

Son temas bien conocidos en los que es ocioso entrar más allá de resaltar lo obvio: lo fundamental es apartarse de la arbitrariedad. Incluso el Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia Española lo advierte al explicar lo que se entiende por discrecional: “No debe confundirse con arbitrariedad, pues arbitrario significa ‘contrario a la justicia, la razón o la ley, dictado por solo la voluntad o el capricho’”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 407.

¹⁷⁶ Sobre el tema, José Peña Solís, *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela*, Contraloría General de la República, Caracas, 1998.

¹⁷⁷ Entre otros, Allan R. Brewer-Carías, “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 11-132.

¹⁷⁸ Entre otros, Allan R. Brewer-Carías, “Notas sobre la discrecionalidad administrativa y sobre su delimitación y sus límites”, *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 133-180.

¹⁷⁹ Véase <http://lema.rae.es/dpd/?key=discrecionalidad>.

La ley sería el camino que nos aleja de la arbitrariedad y que quizá logra su cumbre con el vicio de desviación de poder¹⁸⁰.

Sin embargo, el Derecho Administrativo está lleno de paradojas: a la vez que se lucha contra las inmunidades del poder, se desarrollan herramientas que hacen perder batallas en la defensa del ciudadano, así sean excelentes para el ejercicio de la función. Nos limitaremos a la llamada *presunción de legalidad*, apreciada en especial por la Administración y que, sin negar su enorme utilidad práctica, es un instrumento peligroso, porque coloca a la ley en segundo lugar mediante un subterfugio¹⁸¹.

Esa presunción permite algunos de los poderes más excepcionales que cabe imaginar en el Derecho: la autotutela. De autotutela puede hablarse en distintos sentidos, pero acá cabe centrarnos en la ejecutiva: el acto de la Administración, al presumirse legal, es un título suficiente para la ejecución, sin intervención de terceros, salvo excepciones. La ley es el límite, según el principio al que hemos dedicado la ponencia, pero los actos administrativos surten todos sus efectos, haya tenido o no apego a las disposiciones correspondientes. No se trata de defender la paralización como regla, pero al menos sí alertar sobre la debilidad del principio de legalidad.

Los actos violatorios de la *ley* viven entonces en aparente salud y ello se refuerza cuando la Administración Pública aprovecha nuestra inacción. Ciertamente que como ciudadanos somos los primeros obligados a nuestra defensa, como Von Ihering lo sostuvo con vehemencia¹⁸², pero cuando el Derecho permite que la ley se viole

¹⁸⁰ Entre otros, Allan R. Brewer-Carías, *Prólogo al libro de Gustavo Penagos, La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La Desviación de Poder*, Librería del Profesional, Bogotá, 1987.

¹⁸¹ Gonzalo Pérez Luciani, "La llamada 'presunción de legitimidad' de los actos administrativos", *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 1, pp. 113-154.

¹⁸² Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

tan fácilmente creo que nos da pistas sobre cómo el principio de legalidad no es realmente el fundamento del Estado de Derecho.

Es que incluso sin inacción, la Administración Pública se aprovecha de la dinámica del proceso judicial de control. No me refiero ni siquiera a la patológica realidad de la lentitud de la Justicia, sino incluso a un proceso de duración correcta conforme a las reglas fijadas. Un ejemplo que al menos en Venezuela conocemos pero que me atrevo a afirmar que no es ajeno a ninguno de los países de donde son originarios los ponentes y participantes en estas Jornadas: la Administración exige el pago de tributos con base en interpretación voluntariamente errada de las normas, a sabiendas de que muchos no recurrirán y de los que recurrirán algunos ganarán pasado largo tiempo, con lo que la Administración Pública espera disfrutar de esos dineros malhabidos en clara burla al contribuyente.

En realidad, el principio de legalidad necesita que se arbitren los mecanismos apropiados de control de la actividad de la administración, como apunta Micele¹⁸³.

Merkel insistió en que Administración y Derecho están tan unidos que no hay forma de separarlos¹⁸⁴, pero resulta obvio que esa unión necesaria no implica garantías de legalidad.

VI

Quizá uno de los mayores avances en relación con el principio de legalidad fue el de la precisión acerca de la doble vinculación de la Administración Pública y la Ley: lo que dio en llamar vinculación

¹⁸³ Véase en general Mario R. Micele, "La significación del principio de legalidad en la administración moderna", *Documentación Administrativa*, N° 187, 1980, pp. 277-294.

¹⁸⁴ Véase en general Adolfo Merkel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2016.

negativa y positiva, si bien en realidad la que importa es la segunda: la Administración Pública debe hacer lo que la Ley le impone¹⁸⁵.

Sin embargo, la actual Administración tiene obligaciones respecto de unos derechos que antes no se reconocían o se les entendía de modo muy distinto: los sociales. Toda ponencia implica restricciones y acá prescindiremos de debates sobre la pertinencia de regular esos derechos en los textos constitucionales y en consecuencia sobre la propia labor administrativa al respecto. Por más fundada que sea la oposición a esa forma de actuación pública, a la Administración de nuestros países, con los matices de cada caso, se le ordena velar por ciertos derechos, por lo general mediante prestaciones concretas.

Al efecto expone Rodríguez-Arana que “*el derecho a la tutela administrativa efectiva impone a la Administración el deber de adoptar espontáneamente todas las medidas disponibles para la satisfacción máxima de todos los derechos fundamentales del ciudadano aunque no exista previsión legal en la materia*”¹⁸⁶. El mismo advierte que la aseveración resulta polémica, pero se adelanta a la crítica:

Afirmar con carácter absoluto el principio de legalidad en sentido positivo y negativo tal y como se formuló hace varios siglos, con la consiguiente contravención de derechos fundamentales, es incongruente con las bases constitucionales del modelo del Estado social y democrático de Derecho¹⁸⁷.

Y agrega:

En estos casos en que no existe legislación que establezca la forma de actuar de la Administración en relación con un derecho fundamental, el peso y el lastre también, de la

¹⁸⁵ Sobre este aspecto, Margarita Beladéz Rojo, ob. cit.

¹⁸⁶ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 642.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

vinculación negativa y positiva de la Administración a la ley, coherente en un sistema de Estado liberal de Derecho, debe ser superada en un sistema de Estado social y democrático de Derecho porque ahora, admitida la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, hay que buscar soluciones para una Administración pública que, a causa de la incapacidad social, debe promover muchos derechos sociales fundamentales a base de prestaciones y obligaciones de hacer¹⁸⁸.

Rodríguez-Arana afirma que “*la propia efectividad del Estado social está condicionada a una adaptación de los principios de legalidad y separación de poderes coherente con el modelo de Estado propuesto en nuestras Constituciones*”¹⁸⁹ y:

La solución hay que buscarla en el marco de una adecuada articulación entre supremacía constitucional y legalidad administrativa. No sería coherente que la efectividad de la Constitución se condicionara a lo que disponga la Ley o a que se dicte una Ley. Por eso, tenemos que afirmar con prudencia pero con seguridad que en estos casos la Administración, razonando la cuestión, con sujeción a la buena Administración pública y en el marco de la Constitución, debe actuar para garantizar la efectividad de un derecho social fundamental. De lo contrario, la eficacia de los derechos fundamentales no sería inmediata pues solo vincularían a la Administración en la medida de que así lo dispusiera la ley¹⁹⁰.

Estas largas citas muestran con claridad cómo el principio de legalidad deja de ser lo esencial o por lo menos asume un sentido

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 643.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ *Ibíd.*

que no tenía. El único modo de alcanzar el objetivo social del Estado es a través de una intensa intervención. Son mucho los mecanismos pero todos coinciden en reducir la esfera de libertad individual y aumentar el racimo de poderes públicos mediante las más variadas restricciones y privaciones. No juzgo acá la pertinencia de esos poderes, por no ser la ocasión para ello, sino que se constata únicamente que el Estado social implica una atenuación enorme de la relevancia del principio de legalidad. No se trata solo del Estado que por sí mismo presta servicios, sino también del que, por la vía de la llamada regulación, controla la prestación privada, pues en ese caso los poderes de inspección y sanción no paran de crecer. Una vez más, no se trata de discutir sobre la corrección de esa tendencia, pero sí sobre el hecho de que ella se traduce en el conferimiento de amplios poderes que no es cierto que la ley prevea al detalle. La idea de una Administración encerrada en los estrechos márgenes de las normas no es real.

En Venezuela, Herrera Orellana ha insistido que: *“es prioritario reivindicar la importancia para la seguridad y la libertad de las personas del principio de legalidad, de la reserva legal y del vínculo permanente que las potestades deben tener respecto de aquéllas”, por lo que “debe refutarse con contundencia ese falaz argumento según el cual en el Estado social el principio de legalidad y la reserva legal se atenúan hasta su mínima expresión”*¹⁹¹.

Probablemente Herrera Orellana haya tenido en cuenta un fallo de alto tribunal contencioso administrativo de Venezuela que tampoco me resisto a citar, así esté consciente de que el Poder Judicial de ese país carece de los atributos básicos para ser tomado con seriedad¹⁹² y de él no se extraerá jamás doctrina, pero sí aporta

¹⁹¹ Luis Alfonso Herrera Orellana, “Derecho Administrativo y libertad: o de por qué el Derecho Administrativo Venezolano no ha respetado ni promovido la libertad”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 2, 2014, pp. 71-94, en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/10/DERECHO-ADMINISTRATIVO-Y-LIBERTAD.pdf>.

¹⁹² Entre otros, véase el informe de 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>.

enseñanzas derivadas de la reflexión sobre los perjuicios que genera en sus víctimas, aquellos que han acudido a él con esperanza o por simple trámite sin ilusión. En fallo de la llamada Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se sostuvo que “*la incompetencia, no puede por sí misma, resultar una barrera que limite la acción del Estado en la consecución de fines de utilidad pública*”¹⁹³. Caben acá unas palabras de Meier¹⁹⁴: mientras que la Administración Pública muchas veces no hace lo que la ley le faculta, sí hace lo que no le faculta.

Tal vez podríamos confiar, como Barnes, en que el legislador “*puede conseguir una mejor dirección política en positivo de la Administración (y no sólo su sujeción o sometimiento a la Ley y al Derecho entendidos como conjunto de límites no superables)*” y “*si el acervo es coherente y claro se evitan los riesgos de una legislación masificada e inescrutable y, con ello, la ejecución e interpretación incompleta o parcial de la legalidad vigente*”, lo que le permite concluir en esto: “*Regular mejor hace más real y efectivo el principio de legalidad*”¹⁹⁵.

VII

Para dar término a la ponencia volvemos a Savater: Moby Dick es su recomendación para el que busque un libro que lo tenga todo, pero para quien busque un libro de filosofía su consejo es “*que sea ‘Sobre la libertad’ de John Stuart Mill, para saber qué tienen que dejarte hacer y qué debes permitir que hagan los otros*”.

¹⁹³ Fallo N° 2011-1998 del 16-12-2011 (caso: Unicredito Valores C.A. v. Superintendencia Nacional de Valores), en <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/DICIEMBRE/1478-16-AP42-N-2010-000571-2011-1998.HTML>.

¹⁹⁴ Henrique Meier, “El principio de la legalidad administrativa y la administración pública”, *Revista de Derecho Público*, N° 5, 1981, pp. 45-56.

¹⁹⁵ Javier Barnes, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press – INAP, Sevilla, 2006, p. 303.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA PRESENTADA
POR ANTONIO SILVA ARANGUREN**

CLAUDIA NIKKEN

Abogada de la Universidad Central de Venezuela. Magíster de Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Doctora en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Profesora ordinaria de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público y de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo.

Antes de comenzar, agradezco a los organizadores de este evento mi inclusión en el mismo, no solo porque es una distinción encontrarme aquí, entre ustedes y ante ustedes, sino porque me permite compartir “en persona” con mi maestro de siempre, Allan Brewer-Carías, en cuyo muy merecido honor se han organizado estas jornadas.

El agradecimiento en este caso es doble, porque se me ha permitido servir de comentarista a la excelente ponencia de mi querido amigo Antonio Silva Aranguren, a cuyo parecer, y según la doctrina más calificada en España y Venezuela al menos, el principio de legalidad es insuficiente como base del Estado de derecho.

¡Claro que es insuficiente!¹⁹⁶

¹⁹⁶ Mis reflexiones se fundamentan principalmente, aunque no únicamente, en Jacques Chevallier, *El Estado de derecho*, trad. Oswaldo Pérez Orozco (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

Principio de legalidad y Estado de derecho

La *teoría* del Estado derecho nació en Alemania para responder a una necesidad de sistematización y al imperativo de fundamentar el derecho público.

Durante la primera mitad del s. XIX domina la concepción liberal -próxima a la *rule of law* – estando limitada la esfera de acción del Estado por los derechos naturales de los individuos (libertad y seguridad de las personas, derecho de propiedad). La constitución está entonces llamada a garantizar los derechos del hombre y la separación de poderes, así como la supremacía de la ley en cuya formación participan los ciudadanos a través del parlamento.

El Estado de derecho está así vinculado con la idea de representación nacional, el gobierno representativo, y la independencia de los jueces. Contiene los valores del liberalismo, *entendido como reacción contra el Estado autoritario*.

Con posterioridad, siempre en Alemania, se plantea la supresión de la definición del *Estado de derecho* toda referencia a los objetivos del Estado, para acogerse únicamente a la manera de realizarlos o alcanzarlos. Esto abre la vía hacia la concepción formal del Estado de derecho, que se impondrá en lo sucesivo, y que se basa en la ordenación jerárquica de las normas.

A fines del siglo XIX , principios del siglo XX, el Estado de derecho se convierte en el Estado en el cual la administración está sujeta a la ley y donde existen recursos contra ella. Es el Estado del derecho administrativo bien ordenado (Otto Mayer) y dominado por la figura del juez, el cual supone el respeto a la legalidad. Aparece también la llamada teoría de la autolimitación, que viene a reforzar la visión formal del Estado de derecho.

En Francia solo se conoce la teoría alemana del Estado de derecho a principios del siglo XX. Sin embargo, el término comienza

a usarse y desarrollarse muy pronto desde entonces (Duguit, Hauriou, Carré de Malberg, etc.). El sentido de Estado de derecho, sin embargo, aunque similar no es idéntico al alemán.

En Francia, la teoría se construye sobre una tradición política e institucional específica, heredada de la Revolución.

En Francia, la construcción de un ordenamiento jurídico jerarquizado fue el producto histórico de la lucha contra el absolutismo monárquico, un esfuerzo por contener el poder real mediante el sometimiento a unas normas superiores, en las cuales debía encontrar su fundamento y sus límites.

En la cúspide estaban los “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre” recogidos por la Asamblea Nacional en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (libertad, seguridad, propiedad y la resistencia a la opresión); declaración que ha llegado a considerarse como la ley fundamental de la nación, con alcance universal. Tiene por objeto asegurar la garantía de esos derechos y la separación de poderes.

Luego, la ley, adoptada por el cuerpo legislativo, con una autoridad superior.

En la base, los actos que emanan del ejecutivo, que no dispone de un verdadero poder normativo.

Ni los administradores ni los jueces pueden inmiscuirse en el ejercicio del derecho legislativo; tampoco pueden suspender la ejecución de las leyes. Esto es fundamental en la construcción francesa.

Sin embargo, si bien la pirámide está dotada de un total rigor formal, tiene fallas de origen: la supremacía de la ley pone en jaque la preeminencia de los derechos del hombre, pues no hay control de la constitucionalidad de la ley. Vale notar que sí se establece

un (especial) control jurisdiccional sobre la administración, para garantizar la supremacía de la ley.

Se dice que en Francia no existía entonces un Estado de derecho, sino un *Estado legal*, organizado para asegurar la supremacía del parlamento.

La teoría del Estado de derecho aparece entonces, en Francia, como una máquina de guerra contra el Estado legal, pues supone la sujeción de la ley a la Constitución y, por ende, su control jurisdiccional -rechazado en Francia hasta mediados del siglo XX- por su temor al establecimiento de un “gobierno de los jueces”.

En síntesis, alejada de su concepción original, la teoría del Estado de derecho que se forjó en Alemania y se recibió en Francia tenía su base esencial en la ordenación jerárquica de las normas, en cuya cúspide se encontraba la constitución o, en el caso francés, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, seguida de la ley votada por el parlamento, órgano representativo del pueblo o de la nación; encontrándose sujeta a esta la actuación del gobierno y la administración.

En ambos países, aunque con metodologías diversas, la administración estaba sujeta a control jurisdiccional; no así el legislador, de modo que la supremacía constitucional y, en particular, la de los derechos y libertades individuales, era eminentemente teórica.

Ya sabemos, para terminar, que la concepción meramente formal del Estado de derecho, claramente insuficiente para darle sustento, “sirvió” para justificar jurídicamente el nacionalsocialismo y todo lo que vino con él antes y durante la segunda guerra mundial.

Una “nueva” concepción del principio de legalidad

El Estado de derecho experimentó dos inflexiones esenciales después de la segunda guerra mundial: La teoría salió de la academia

y fue transcrita al derecho positivo y, en adición, la jerarquía de las normas se concibe desde entonces como un verdadero medio de protección de los derechos fundamentales.

Consecuencia de lo anterior es lo que se ha denominado la “consolidación del principio de legalidad”, mediante la ampliación del parámetro de referencia al denominado “bloque legal”; el refuerzo de la independencia del juez administrativo; y el perfeccionamiento de las técnicas de control, en particular mediante la ampliación del control de la discrecionalidad administrativa.

En ese sentido, y porque el Prof. Silva citó a Georges Vedel, no puedo resistirme a evocar la obra de su “negativo”, Charles Eisenmann, *“Le droit administratif et le principe de légalité”*, publicado en 1957 por el Consejo de Estado francés en la serie *Études et documents du Conseil d'État* (EDCE), a mi juicio fundamental para entender esa “nueva” concepción del principio de legalidad administrativa. Allí se muestra que, dependiendo de la actuación administrativa de que se trate -comenzando por la actividad normativa y terminando por los actos materiales de ejecución- la legalidad supondrá más o menos conformidad, o más o menos compatibilidad o, lo que es lo mismo, más o menos competencia reglada, más o menos discrecionalidad.

Además, después de la segunda guerra mundial se entendió y asumió la necesidad de aplicar garantías suficientes al principio de supremacía constitucional, hasta entonces “menospreciado” al menos en Europa, en *pro* de la supremacía parlamentaria, mediante la institución de tribunales constitucionales.

Por último, como corolario, aparece la integración del derecho internacional -de los derechos humanos y otros- al derecho interno.

Vale decir que los últimos dos aspectos son la clave de la nueva concepción del Estado de derecho y del principio de la legalidad,

pues tanto la constitución como los tratados en cuestión pasaron a formar parte del “bloque legal”, que debe respetar especialmente el ejecutivo “autorizado” para legislar.

El “nuevo” Estado de derecho

La renovación de la estructura formal del Estado de derecho y, por ende, del principio de la legalidad, no es la única que aparece después de la segunda guerra mundial.

La teoría del Estado de derecho, por su origen, está vinculada con cierta ideología y, por lo mismo, está arraigada en una determinada realidad social y política, sin los cuales aparece como una cáscara vacía. Surge en regímenes liberales confrontados al desafío democrático.

Entiende que el Estado es una entidad distinta a la sociedad civil. Que el derecho, por su parte, es la materialización del ideal de la justicia, y reposa sobre una concepción del poder y de las libertades individuales.

El Estado de derecho es una organización política y social destinada a institucionalizar los principios de la democracia liberal, pero sin todas las herramientas necesarias, visto su carácter esencialmente formal y la inexistencia de un juez constitucional.

Ahora bien, como lo apunta Jacques Chevallier¹⁹⁷, luego de verse confrontado al fenómeno totalitario (Alemania e Italia, pero también la URSS), así como al Estado providencia, las bases del Estado de derecho se derrumban: el Estado y la sociedad civil ya no están tan separados como se entendía en un principio, la esencial característica formal del ordenamiento jurídico da paso a una *concepción material del derecho*.

¹⁹⁷ Jacques Chevallier, *op. cit.* Ver en particular el segundo capítulo.

En ese sentido, entre otros cambios, se produce el fenómeno ya evocado de la constitucionalización, internacionalización y homogeneización de los derechos humanos. Esto último con una doble particularidad: los derechos pasan de ser “límites” a ser verdaderas acreencias de las personas frente al Estado; además, se positivizan los llamados derechos “sociales” y los “de los pueblos”, que verdaderamente obligan la acción e intervención del Estado en la vida social.

Ese nuevo Estado de derecho -con su principio de legalidad- pasa a ser una panacea¹⁹⁸; a estar presente en todo discurso político; se incorpora a los ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales; se impone incluso desde la economía globalizada, por ejemplo, a través del Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial.

La idea de democracia se transforma y, en ese sentido, además de que la misma no se reduce a los procesos electorales, el principio “representativo” es en cierta medida desplazado por el principio de la independencia judicial, en tanto que el juez pasa a ser la piedra angular y la condición *sine qua non* del Estado de derecho.

Las sociedades se ven afectadas por esa “nueva” concepción del Estado de derecho, judicializándose, en el sentido de que existe la tendencia a que todo conflicto sea resuelto por el juez, quien incluso pasa a ser el árbitro de los desacuerdos entre actores políticos

Y se ven afectadas también, porque el Estado de derecho -y no solo el principio de legalidad- tienen limitaciones:

La creciente intervención del Estado en la sociedad acarrea una proliferación de textos, textos que además tienden a ser oscuros y complejos, incomprensibles para sus destinatarios;

¹⁹⁸ *Idem.* Ver en particular el tercer capítulo.

Como consecuencia, se produce, como lo apuntaba el Prof. Silva, un proceso de “flexibilización” en la aplicación del derecho, desde la administración, pero también desde la función judicial;

Puede decirse que, como consecuencia de las dos notas anteriores, se expande el derecho jurisprudencial, con las mismas o mayores debilidades que el derecho escrito.

Esa *renovación* del Estado de derecho se califica en algunas latitudes como *Estado social de derecho*, en otras se habla de *Estado constitucional de derecho* o de *neconstitucionalismo*.

Conclusión

El tiempo que me fue acordado es claramente insuficiente para hacer un comentario cabal sobre la ponencia del Prof. Silva Aranguren. En particular, lamento no haber podido conversar con ustedes acerca de la presunción de legalidad del acto administrativo que, al menos en Venezuela, no se compeadece con ninguna de las formas de presunción prevista en el ordenamiento, pues no es una presunción legal, ni es una presunción *hominis*. Es una creación jurisprudencial de muy *longa data*, no atribuible a nuestro peculiar Tribunal Supremo de Justicia¹⁹⁹. Y lo lamento, porque resuena esa frase del Prof. Silva “de acuerdo con la cual, sin negar su enorme utilidad práctica, [la] presunción de legalidad, apreciada en especial por la Administración (...) es un instrumento peligroso, porque coloca a la ley en segundo lugar mediante un subterfugio”.

¹⁹⁹ Vid. Claudia Nikken, “Los efectos del acto administrativo”, en José Ignacio Hernández (coord.) *Libro-Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015), 228-232.

En ese orden y, para terminar, me permito citar un pequeño extracto de la obra *El Castillo* de Franz Kafka, que se relaciona con esa frase:

La autoridad tiene por principio de trabajo que no se cuente ni con la posibilidad de un error. Este principio queda justificado por la excelente organización del conjunto, y, habiendo que lograr una velocidad máxima en el despacho de los asuntos, es un principio necesario.

La cita es escalofrantemente parecida a la justificación judicial de la aplicación de la presunción de legalidad en Venezuela.

Procedimiento Administrativo

AUTORES:

Sigmund Freund

Eduardo Jorge Prats

Flavia Pesci Feltri

Manuel Rojas

Gustavo Urdaneta Troconis

Giancinto Della Cananea

Claudia Nikken

EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y SUS EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DOMINICANO

SIGMUND FREUND MENA

Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Especialista en Telecomunicaciones del Instituto de Administración de las Telecomunicaciones de Canadá. Doctorando en Derecho en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y en la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Sumario: El derecho a la buena administración para nosotros es un cedazo de la calidad de las actuaciones administrativas y no se limita a controlar la legalidad de la misma, sino a asegurarse que exista una correcta actuación de la Administración a través de la aplicación de procesos eficaces y eficientes que vayan en beneficio de la relación desequilibrada entre las personas y las administraciones. El mismo no es un nuevo concepto ni un nuevo derecho, sino el intento del legislador de concretar en una terminología un conjunto de derechos y deberes preexistentes que se encontraban difusos hasta el momento de sintetizar los mismos en el término buena administración.

Summary: The right to a good administration, in our opinion, is sieve of the quality of the actions of the administration, and is not limited to control the legality of it, but to ensure the actions of the administration are correct through applying efficient and effective processes in benefit of the uneven relation

between persons and the administrations. This is not a new concept, but the intent of the lawmaker to specify in a term a group of preexistent rights and duties that were diffused until they were synthesized in the term good administration.

Palabras claves: Buena administración. Procedimiento administrativo. Personas. Buen gobierno. Eficacia. Constitucionalización. Derecho administrativo. Administración Pública. Constitución. Principios.

Key words: Good administration. Administrative procedure. People. Good governance. Effectiveness. Constitutionalization. Administrative law. Public administration. Constitution. Principles.

El profesor García de Enterría expresó²⁰⁰ “*que el administrado no es en el sistema jurídico actual un mero objeto del derecho administrativo, ni tampoco un término de referencia de simples posiciones pasivas (obediencia, deberes, obligaciones), que era como la teoría jurídica del absolutismo, poniendo siempre en primer término la eminencia del bien general sobre el bien particular o privado Por el contrario, el administrado, sin perjuicio de resultar, en efecto, destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es a la vez, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el derecho administrativo no existiría, pura y simplemente*”. Ya en 1975 el maestro García de Enterría desarrollaba la tesis de que el ciudadano pasó a convertirse de un actor secundario en el derecho administrativo al eje central del mismo, dando paso al llamado derecho administrativo centralizado en el ser humano.

La interacción desarrollada históricamente en el derecho administrativo era aquella en la cual se establece que al ser la administración la titular de un interés general mientras el ciudadano de un interés particular, lo general se sobrepone a lo particular en consecuencia el interés de la administración siempre estuvo por

²⁰⁰ *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. VI, 1975 citada en obra “*Protección de los derechos frente al poder de la Administración*”, Editorial Temis, p. 59.

encima del interés del ciudadano. Esta concepción del derecho administrativo ha ido variando al concepto expresado por diversos autores en lo relativo a que la administración debe tener como objetivo central el *ser humano*. De ahí surge el carácter *vicarial* de la administración, en resumen, el centro del derecho administrativo debe ser el servicio a los ciudadanos y a los derechos humanos. El carácter *vicarial* del derecho administrativo fue consagrado por la Constitución española del 78 en su artículo 103.1 el cual estableció los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración entre otros como norte en su actuación. Estos principios consagrados en la Constitución obligan que la administración desarrolle procedimientos para garantizar la participación, la responsabilidad y la eficacia.

El desarrollo de estos principios como elementos fundamentales y esenciales en la actuación administrativa se unen a la necesidad de eficientizar las estructuras administrativas y la simplificación de los servicios y trámites que ante ésta gestionamos, de ahí surge el concepto de *buena administración*. En paralelo a esta realidad desde las ciencias políticas se ha venido desarrollando desde hace muchas décadas el concepto de *buen gobierno* o *good governance* como se conoce en el derecho anglosajón, el cual a pesar de que se encuentra revestido de un enfoque más político que técnico, sin lugar a dudas posee elementos coincidentes con el de *buena administración* ya que la *buena administración* exige que la actividad administrativa sea resultado de la participación activa y democrática de los ciudadanos, en esencia con pluralismo democrático, el cual es un elemento del denominado *buen gobierno*; en consecuencia se podría decir que la *buena administración* es versión técnica aplicada en el derecho público del *buen gobierno*. En ese sentido se ha expresado el profesor Jaime Rodríguez Arana²⁰¹: “la noción de buena administración se ha revelado

²⁰¹ El buen gobierno y la buena administración, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 68

como portadora potencial de exigencias ligadas a las ideas de gobernanza y buen gobierno de tanta pujanza en el campo de la Ciencias políticas y de la Administración, que la buena administración encarnaría, de forma más tecnificada, en el ámbito del Derecho público". En resumen, a pesar de que el concepto *buena administración* aparece a mediados del siglo XX, el mismo surge con la finalidad de sintetizar una serie de demandas, exigencias, y necesidades que se han creado desde hace muchos años a través del ejercicio de la función del Estado.

El desarrollo de este concepto ha tomado mayor auge como hemos referido previamente a partir de mediados del siglo XX debido al rol más protagónico que les han otorgado las diversas constituciones europeas y latinoamericanas a los ciudadanos frente a la autoridad administrativa. La noción clásica de que la Administración Pública posee poderes cuasi – absolutos frente a los ciudadanos en su rol de aplicación de las políticas públicas y la provisión de servicios públicos, ha ido variando en las últimas décadas principalmente con el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho y la llamada *constitucionalización del derecho administrativo*. Ya el ciudadano es más consciente de los derechos que le otorgan las normas, y poseen mayor capacidad de exigir el cumplimiento de estos. A la vez la Administración Pública asume un rol distinto en la provisión de los servicios que tiendan a satisfacer el interés general, ya que ésta no posee el monopolio de la identificación de cuáles son estos servicios de interés esencial, sino que debe colaborar mancomunadamente con los ciudadanos para juntos identificar las diferentes políticas públicas a implementar. El Estado asume un rol de garante de equilibrios, igualdades y promotor del desarrollo del ser humano, por lo cual se hace indispensable una Administración Pública que reenfoque sus prioridades y los métodos que utiliza en sus potestades de poder público. Conforme lo establece el art.39.3 de la Constitución dominicana “*El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y*

efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión”.

Ante esta realidad, la Administración Pública se ha visto en la necesidad de mejorar sus procesos y en profesionalizar sus agentes. Un catálogo de principios, necesidades y derechos se han ido desarrollando, los cuales como hemos establecido se sintetizan en el concepto de *buena administración*. No obstante, el amplio desarrollo del mismo a través de la doctrina europea y latinoamericana, aún persisten ciertos debates en torno al mismo, principalmente el de definir cuál es la naturaleza jurídica de éste. Y este debate no se torna estéril ya que la definición de la naturaleza jurídica de la *buena administración* es un elemento fundamental para conocer el comportamiento en la práctica de las instituciones jurídicas frente a éste, su eficacia, el régimen de validez del mismo y no menos importantes, el tratamiento que debe darle el sistema judicial. En consecuencia, no podemos obviar en el presente texto el debate que existe de si la *buena administración* es un principio, un mandato, o un derecho subjetivo.

Desde la aparición del concepto de *buena administración* de manera jurisprudencial en Europa el debate sobre su naturaleza jurídica toma cuerpo entre los principales doctrinarios europeos. La sentencia denominada *Industrias Siderúrgicas*²⁰² dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se refirió al concepto *buena administración* como un principio que regía las actividades de la autoridad administrativa. Hasta ese momento ninguna constitución europea o tratado se había referido al concepto, salvo una mención muy breve e imprecisa establecida en la constitución italiana de 1947. Sin embargo, en el año 1977 el Consejo Europeo emitió una resolución en la cual estableció como principios de

²⁰² “La Alta autoridad tenía la obligación de motivar las decisiones como un deber derivado de las reglas de la buena administración”, 11 de febrero 1955

buena administración los derechos a 1) ser escuchado, 2) tener acceso a información, 3) obligación de las autoridades a argumentar sus decisiones (motivación), y 4) deber de informar de los procesos en los cuales los ciudadanos son parte. Con esta importante resolución se precisó por primera vez el nuevo rol concebido para las administraciones públicas, en virtud de la noción del Estado Social y Democrático de Derecho, de ser un garante de derechos de los ciudadanos y del debido proceso más que una autoridad de control y provisión de servicios de interés general. Posteriormente la noción de *buena administración* tomó un mayor protagonismo tras la aprobación por el Consejo Europeo de Niza el 7 y 8 de diciembre del 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual en su art. 41 elevó el derecho de *la buena administración* a un derecho fundamental de los ciudadanos europeos y enumeró en la misma carta alguno de los derechos que son considerados como integrales de la *buena administración* como el derecho a ser oído, acceso a la información, entre otros. En este sentido el profesor González Alonso expresa que en virtud de la inclusión de la *buena administración* en la Carta de Derechos²⁰³ “*toda persona tiene derecho en sus relaciones con las instituciones, órganos y organismos de la Unión a que imperen los parámetros propios de la buena administración, lo que contrasta con el ámbito de aplicación del resto de los derechos de la ciudadanía*” es por tanto que el autor concluye que el derecho a la *buena administración* es el único de los derechos de ciudadanía que aparece en la Carta como un auténtico derecho fundamental.

No obstante esta inclusión en la Carta de Derechos de la Unión Europea como un derecho fundamental, algunos autores aún lo siguen denominando como un Principio General del Derecho que actúa en el marco comunitario, mientras que algunos autores como

²⁰³ *Derecho a una buena administración, en “Comentarios a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, 2008, p. 668*

Rodríguez Arana y Carrillo Donaire coinciden en denominar el mismo como una especie de fusión entre derechos y deberes que establecen bajo una misma cobertura legal, un conjunto disperso de derechos y deberes de diversa procedencia que a partir de su consagración en la Carta adquiere una significación más profunda y distinta.

A pesar de la inclusión de la noción de *buena administración* en la Carta de derechos de la Unión, los autores afirman que tal y como se articula el mismo su definición precisa es muy dificultosa ya que su propia definición carece de contenido concreto. Sus características de flexibilidad permiten que en su aplicación se puedan extraer variadas consecuencias jurídicas dependiendo el supuesto de hecho lo que provoca que recaiga sobre el órgano judicial su delimitación. Esta condición para el profesor Juan Francisco Mestre Delgado²⁰⁴ es una debilidad ya que “*la conformación refleja sus eventuales riesgos o insuficiencias, en la medida en que su formulación tan abierta o genérica puede tener un efecto expansivo ilimitado, a disposición del intérprete correspondiente, comportándose como un remedio salvífico semejante a las virtudes curativas del bálsamo de Fierabrás. En cualquier caso, es preciso subrayar su condición principal, informadora del Ordenamiento*”. Esta condición del concepto ha permitido que diversos tribunales le otorguen alcances y características disimiles sin que exista un consenso general no sólo de su propia naturaleza sino también del contenido mismo de la *buena administración*. Por eso no es descabellado expresar que el mismo aún se encuentra en constante desarrollo y su potencial dependerá de lo que cada órgano judicial constitucional o contencioso le asigne.

En el caso de la República Dominicana a partir de la Constitución del año 2010 con la inclusión del Estado Social y Democrático de Derecho y de algunos principios que rigen la actividad

²⁰⁴ Artículo redactado en *Comentarios a la Ley 30/92*, Thomson Reuters, p. 267.

administrativa previstos en los artículos 138 y 139, nuestro Tribunal Constitucional a raíz de la sentencia TC/322/14 la cual posteriormente desarrollaremos en mayor detalle, tuvo la certeza de establecer que la *buena administración* se ha convertido en un derecho fundamental a raíz del nuevo rol que juega la Administración y de los principios y derechos insertados en la referida Constitución. No obstante, no encontrarse de manera expresa en nuestra Carta Magna el concepto de *buena administración* su configuración está presente por la conjunción de diversos principios insertos en la misma, así como la inserción de los derechos fundamentales que deben ser garantizados por la administración. A esto podemos agregar que la Ley No. 107-13 de procedimiento administrativo estableció el derecho a la *buena administración* como uno de los pilares de la referida legislación. En el caso de nuestra ley de procedimiento administrativo a diferencia de la ley española el derecho a la *buena administración* se encuentra desarrollado o integrado por un catálogo de derechos que la misma ley ordena, lo cual facilita al ordenamiento jurídico nacional su comprensión y la aplicación de este en los supuestos de hecho que se presentan ante los tribunales. Distinto a lo que ocurre en Europa, en la República Dominicana a partir del año 2013 el derecho a la *buena administración* no requiere de interpretación sobre su alcance, lo cual veremos más adelante del presente texto.

En conclusión, el derecho a la *buena administración* para nosotros es un cedazo de la calidad de las actuaciones administrativas y no se limita a controlar la legalidad de la misma, sino a asegurarse que exista una correcta actuación de la Administración a través de la aplicación de procesos eficaces y eficientes que vayan en beneficio de la relación desequilibrada entre las personas y las administraciones. El mismo no es un nuevo concepto ni un nuevo derecho, sino el intento del legislador de concretar en una terminología un conjunto de derechos y deberes preexistentes que se encontraban

difusos hasta el momento de sintetizar los mismos en el término *buena administración*.

La buena administración y su influencia sobre el procedimiento administrativo

Del estudio pormenorizado de los orígenes y la naturaleza jurídica de la *buena administración* debemos necesariamente concluir que ésta tiene como elemento fundamental implementar a la actuación administrativa una visión de gobierno, la cual deberá estar fundamentalmente orientada en la transparencia, la rendición de cuentas, la eficacia mediante la profesionalización de la función pública y la simplificación de las trabas burocráticas, la participación ciudadana mediante la implementación de procesos abiertos y participativos y el fortalecimiento de la ética pública y los principios de integridad, entre otros.

Para poder poner en práctica esta visión se requiere de la implementación de una serie de transformaciones palpables que permitan resquebrajar un modelo de administración centralista, burocrático e ineficiente. Es necesario romper con una gestión intervencionista e improductiva que se ha desarrollado por muchos años con la finalidad de hacerla más ágil, que tenga como finalidad acercar la misma a los ciudadanos, en fin, que la misma tenga un carácter más *amistoso* con aquellos que interactúan con ésta. Una administración que pone en práctica la noción de *buena administración* se enfoca más de cerca de los resultados en función de eficacia y calidad del servicio; a la reducción o eliminación de estructuras burocráticas y la distribución de las funciones con un objetivo de descentralización; la conformación de procesos que sean amplios y participativos que permitan la interacción más fluida de los ciudadanos y que éstos puedan expresar sus opiniones al respecto; la simplificación de los procesos con la ayuda de la tecnología, en fin la conformación de normas, sistemas y procesos

de carácter institucional que tengan como fin responder las necesidades y demandas de la sociedad con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de vida de la sociedad. Es por lo tanto que debe conjugarse el instrumento normativo, organizacional, funcional, y sus recursos para hacer realidad este objetivo aspiracional.

El instrumento normativo como uno de los elementos que configuran el concepto de *buen administración* en la actividad de la administración es el que mayor impacto puede generar en ese afán de la administración de eficientizar la función pública. ¿Y de qué mejor manera dentro del ámbito normativo se crean situaciones de interacción entre la administración y los ciudadanos, y mediante el cual se rige la actuación de la administración? mediante el procedimiento administrativo.

¿Que conocemos como procedimiento administrativo?

Encontrar una definición completa y unánime para el procedimiento administrativo es tarea ardua entre los *ius publicistas* del derecho administrativo, no obstante para nosotros una de las más completas es la que nos esboza el profesor Armando Canosa²⁰⁵ en su libro *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, el cual señala que “*El procedimiento administrativo se halla representado, por un conjunto de actos, combinados entre sí, que refieren el camino que inexorablemente debe transitarse para llegar al dictado del acto administrativo definitivo, célula motora de la función que permite a la Administración concretar la satisfacción de necesidades colectivas*”. Es decir que en esencia a través del procedimiento administrativo la Administración expresa su voluntad, deseo, y se les proporciona respuesta a las necesidades de las personas.

El procedimiento administrativo al igual que la misma noción de *buen administración* ha ido mutando durante los últimos años

²⁰⁵ Astrea, Buenos Aires 2014, p. 56

debido a la propia influencia de la aparición y desarrollo del estado social y democrático de derecho y de la constitucionalización del derecho administrativo. En sus orígenes el procedimiento administrativo carecía de algunas garantías que han sido incorporadas posteriormente que tienen como finalidad proveer de garantías a las personas en su interacción con la administración y convertir el mismo en un procedimiento abierto, plural y participativo, es decir *el debido proceso administrativo constituye una garantía que exige a la Administración ponderar los diversos intereses públicos y privados, con el objetivo de garantizar la debida participación de los interesados, asegurando la legitimidad de las actuaciones y las decisiones reglamentarias adoptados por esta*²⁰⁶.

La República Dominicana sumándose a la misma corriente del nuevo constitucionalismo que ha tomado fuerza en gran parte de los países de Latinoamérica, adaptó su Constitución a la referida corriente dogmática insertando en su contenido el debido proceso administrativo en su artículo 138 el cual establece que: *“la Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”*. En adición a este articulado la Constitución en casi todo su contenido impregnó las actuaciones del Estado dominicano de las condiciones que se le exigen a un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde el mismo se convierte más que un garante de las libertades y derechos de los ciudadanos, en un promotor del desarrollo humano, social, cultural y en otras áreas de todos los dominicanos. En este sentido el profesor Eduardo Jorge Prats²⁰⁷ establece: *“todas estas prerrogativas, cuidadosamente descritas y detalladas por el legislador, constituyen derechos fundamentales explícitos (como es el caso de los principios constitucionales de actuación administrativa establecidos en el artículo 138 de la Constitución o*

²⁰⁶ Jorge Prats, Eduardo; *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho, Liber Amicorum Allan Brewer – Carías*; p. 881

²⁰⁷ “El debido proceso administrativo”, diario digital Acento.com, 6 de diciembre 2013

como ocurre con el derecho fundamental a un debido proceso administrativo consagrado por el artículo 69.10 de la Constitución) o implícitos, por lo que estamos en presencia de una verdadera Constitución material de los derechos fundamentales de las personas ante la Administración”.

Conforme hemos establecido en el presente escrito *la buena administración* es aquella que pone en práctica y ejecución todos los elementos que tienen como finalidad que el ciudadano reciba de la Administración un servicio eficiente, en el que sus derechos sean debidamente garantizados, que los procesos ante la misma se produzcan con celeridad, eficacia, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad entre otros. Estos principios han sido consagrados tanto en la Constitución como ya hemos descrito, y más aún en nuestra normativa de procedimiento administrativo Ley No. 107-13 sobre “los derechos de las personas en su relación con la administración y de procedimiento administrativo”. Esta legislación que aparece de manera vigorosa en el año 2013, y que pone fin a la histórica ausencia normativa que existía en la República Dominicana en lo relativo a los diversos procedimientos que deben regir para las diversas actuaciones de la Administración, es un aporte de vital transcendencia para el fortalecimiento del debido proceso administrativo en el país.

La ley No. 107-13 concebida por el legislador es bastante descriptiva en los aspectos relativos a los principios que rigen la actividad administrativa, los derechos de las personas en su relación con la administración y los deberes de esta frente a los ciudadanos. El legislador con la misma pretende abarcar todos los conceptos que se hacen necesario comprender para que la Administración se adecúe a las nuevas corrientes del constitucionalismo y el derecho administrativo no escatimando ningún tipo de esfuerzo en la configuración normativa de lo que deben ser sus actuaciones. El decálogo de principios que nos aporta la ley contiene veintidós

entre los cuales se encuentran: coherencia, buena fe, confianza legítima, proporcionalidad, juridicidad, racionalidad, igualdad de trato entre otros; y culmina con el denominado *Principio de debido proceso*, el cual establece que: *Las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y las leyes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.* Con el cual reitera lo importante que es para la nueva normativa de procedimiento administrativo, el respeto de los derechos de las personas y la necesidad de que los mismos puedan ser parte de los procesos y no simples observadores de las actuaciones administrativas. El derecho a participar es crucial para que el debido proceso administrativo se convierta en realidad.

Posterior al desarrollo de los principios la normativa en referencia nos lleva al título segundo el cual contiene los denominados *derechos y deberes de las personas en su relación con la administración*, título el cual nos introduce a una nueva experiencia para los estudiosos del derecho administrativo con la descripción de treinta y un *derechos* que deben ser respetados por la actuación administrativa en su relación con las personas. El capítulo está encabezado por el *derecho a la buena administración* el cual engloba los demás treinta y un derechos, y se lee como: *Derecho a la buena administración y derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública. Se reconoce el derecho de las personas a una buena Administración Pública, que se concreta, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo:*

1. Derecho a la tutela administrativa efectiva.
2. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.
3. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable.
4. Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas.

5. Derecho a presentar por escrito peticiones.
6. Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas.
7. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública o que versen sobre hechos no controvertidos o no relevantes.
8. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
9. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.
10. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia de la actividad o inactividad de la Administración.
11. Derecho a acceder a servicios públicos en condiciones de universalidad y calidad, en el marco del principio de subsidiaridad.
12. Derecho a elegir y acceder en condiciones de universalidad y calidad a los servicios de interés general de su preferencia.
13. Derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios a cargo de la Administración Pública.
14. Derecho a conocer las obligaciones y compromisos que se deriven de los servicios a cargo de la Administración Pública.
15. Derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo.
16. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración.

17. Derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa.
18. Derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente.
19. Derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto.
20. Derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos, registros y bases de datos administrativos físicos o digitales.
21. Derecho de acceso a la información de la Administración, en los términos establecidos en la ley que regula la materia.
22. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.
23. Derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general.
24. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.
25. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.
26. Derecho a conocer el estado de los procedimientos que le afectan.
27. Derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días hábiles.

28. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
29. Derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de representante.
30. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas, y
31. Derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta.

De la lectura del catálogo de derechos que conforman la *buena administración* podemos identificar la meticulosidad del legislador en su propósito de configurar un concepto bastante amplio e inclusivo del mismo, con la finalidad de comprometer a la administración en sus actuaciones. Cuando equiparamos el contenido de los derechos que configuran la *buena administración* de nuestra ley de procedimiento administrativo con otras legislaciones similares como la colombiana y la española identificamos sin el menor atisbo de duda el esfuerzo del legislador dominicano en dotar a las personas de herramientas precisas para exigir por parte de la Administración la denominada *buena administración*. En el caso de Colombia, la ley No. 1437-2011 denominado *código de procedimiento administrativo* no prevé en su contenido el concepto mismo de *buena administración* a pesar de que en sus articulados podemos encontrar algunos de los derechos que conforman esta noción conforme la legislación dominicana. En el caso de la legislación española la nueva ley No. 39/2015 de *Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas* contiene un preámbulo en el cual el legislador establece las razones para la promulgación de la referida normativa, preámbulo

el cual contiene los elementos que constituyen la noción de *buen administración*, no obstante, el legislador en ningún momento utiliza este concepto. En adición el legislador español segrega los derechos de los ciudadanos frente a la administración en dos circunstancias: 1) el artículo 13 se refiere a los *derechos de las personas en sus relaciones con la administración pública* el cual está dirigido hacia aquellos que tienen capacidad de obrar frente a la administración conforme lo enumera el artículo tercero de la ley. Estos derechos van dirigidos en mayor medida al acceso y al trato que deben recibir las personas por parte de la administración, 2) por otro lado el artículo 53 enumera los derechos que poseen aquellos que son interesados en el procedimiento administrativo los cuales van en la dirección de garantizar la participación de las personas en el procedimiento y el de estar informados en todo momento del mismo. Es decir, el legislador español distingue a aquellos que obran frente a la administración a los interesados en el procedimiento administrativo otorgando derechos disímiles a unos de otros, no obstante, señala que los derechos de unos no son excluyentes del otro. En el caso de la 107-13 no se distingue al interesado en el procedimiento a aquel que posee capacidad de obrar frente a la administración en los derechos que se le otorgan, sino que el legislador ha unificado a ambos en un solo concepto: *las personas*.

Por consiguiente, podemos afirmar que *Las personas* en la legislación dominicana, conforme lo descrito previamente, se encuentran resguardadas por el derecho a la *buen administración* en los diversos procedimientos especificados en la misma: 1) procedimiento de dictado de actos, 2) procedimiento de elaboración de normas o planes (reglamentos), 3) procedimiento arbitral, 4) los recursos administrativos y 5) el procedimiento sancionador. En el caso del procedimiento sancionador la norma añade algunos principios adicionales que van dirigidos a garantizar aún más el debido proceso en virtud de la naturaleza gravosa del referido procedimiento.

Estas garantías coinciden en gran medida con los propios derechos que integran la *buena administración* desarrollados en el artículo 4 de la ley.

Más adelante la ley en su artículo 6 enuncia los llamados *deberes del personal al servicio de la Administración Pública en el marco de las actuaciones y procedimientos administrativos* el cual se convierte en una especie de contracara de algunos de los derechos enumerados en el catálogo de la buena administración descritos en el artículo 4. Algunos de los deberes insertados en el referido artículo impactan directamente en el procedimiento administrativo y son cónsonos con el derecho a la buena administración, entre estos es necesario mencionar los siguientes:

1. Fomentar la tutela administrativa efectiva.
2. Motivar adecuadamente las resoluciones administrativas.
3. Resolver los procedimientos en plazo razonable.
4. Garantizar el debido proceso del procedimiento o la actuación administrativa de que se trate.
5. Resolver con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado.
6. Facilitar la presentación de las peticiones a las personas.
7. Responder eficazmente a las solicitudes de las personas

Las inserciones de los referidos deberes evidencian la conciencia del legislador de desarrollar la buena administración no sólo como derecho de las personas en su interacción general con la Administración, sino en la necesidad de que el mismo impacte de manera directa en el procedimiento administrativo, principalmente en los aspectos que garantizan el derecho al debido proceso, la eficacia del procedimiento y el cumplimiento de las normas jurídicas. La presencia de estos deberes en la Ley No. 107-13 consagran la buena administración como una realidad en el procedimiento

administrativo dominicano y elevan el compromiso de la Administración Pública de actuar conforme a sus preceptos.

Posterior a la promulgación de la referida ley de procedimiento administrativo no transcurrió mucho tiempo para que nuestro tribunal constitucional se refiriera por primera vez a las garantías del procedimiento administrativo consagradas en la misma, aunque con una decisión desafortunada ya que el mismo se pronunció en el sentido de que el debido proceso administrativo solo debía ser respetado en el transcurso de un procedimiento sancionador. En ese sentido se expresó la sentencia No. TC/201/13 lo siguiente:

“Las garantías mínimas que, de acuerdo con el artículo 69 de la Constitución dominicana, conforman el debido proceso, sirven para definir el tipo de proceso respecto del cual debe exigirse su aplicación. Su análisis permite la conclusión, en consonancia con la jurisprudencia constitucional comparada, de que en sede administrativa su aplicación deberá ser exigida en los procedimientos administrativos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado la pérdida de derechos de las personas.

10.10. Se concluye, en consecuencia, que la norma impugnada en modo alguno afectó derecho alguno ni impuso una obligación a las accionantes que estaba prohibida por la ley, en primer lugar porque la designación de las personas jurídicas como agentes de retención es una atribución que le otorga a la Administración Tributaria el referido artículo 309 del Código Tributario, y en segundo lugar, porque la retención por intereses bancarios percibidos por las personas jurídicas no está prohibida, conforme a la correcta interpretación de la desaparecida parte in fine del párrafo del artículo 309 del Código Tributario”.

No obstante, este criterio afortunadamente fue corregido posteriormente por nuestro tribunal con el dictado de la sentencia TC/0119/14 en virtud de la cual ésta instancia reconoció que el debido proceso en sede administrativa deberá ser respetado en todos los procedimientos llevados a cabo por esta sin importar si los mismos generan derechos o limitan los mismos.

Sin lugar a dudas, el punto cúlpe para la consagración jurisprudencial del derecho a la *buena administración* nos llegó con la sentencia No. TC/0322/14 la cual hizo una argumentación bastante descriptiva de lo que significa el referido concepto y sus implicaciones en la actuación administrativa, la misma estableció lo siguiente:

“En virtud del artículo 12, numeral 6), de la citada ley orgánica de la Administración Pública “debe garantizar la efectividad de los servicios públicos y otras actividades de interés general, en especial su cobertura universal, continua y de calidad. Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas”. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado “derecho al buen gobierno o a la buena administración”. Como tal, el reconocimiento normativo del derecho fundamental a la buena administración ha partido de la Recomendación n° R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia tanto comunitaria como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia en el ámbito europeo ha ido paulatinamente configurando el contenido de este derecho fundamental a la buena administración «atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo

a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado “derecho a la buena administración”, designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas. Se citan al respecto, sobre todo:

El mandato del artículo 138 de la Carta Magna, que somete la Administración al derecho, disponiendo textualmente lo que sigue: “La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”. Dicho sometimiento es reafirmado por el artículo 139 de la Constitución, al disponer que los tribunales controlen la legalidad de los actos de la Administración, y permitir a la ciudadanía requerir ese control a través de “procedimientos legales”, entre los cuales juega papel estelar la opción inicialmente decidida por la empresa afectada, la acción constitucional de amparo.

El artículo 147 de la Constitución ordena que “los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo”. Además, este tribunal constitucional ha opinado sobre los temas precedentemente reseñados, se destacan otros derechos o garantías frente a la Administración derivados de su sometimiento al derecho y del

derecho a la buena administración. La “obligación positiva” de la administración no consiste en responder afirmativamente todas las pretensiones que se le dirijan, sino de que se responda y se haga en tiempo prudente, para no afectar garantías y derechos...”

Como el lector habrá podido identificar en el presente texto, el recorrido del principio de la buena administración ha sido largo y complejo, más aún cuando su propia naturaleza ha sido de difícil determinación. No obstante, en la medida que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han ido desarrollándolo y adentrándose en su contenido, el mismo ha sido de gran relevancia para la configuración de un debido procedimiento administrativo y en la concientización de la Administración Pública sobre la importancia de su cumplimiento. En conclusión, la buena administración ha generado efectos de gran relevancia en una relación tan desigual como la de la Administración y las personas, en la búsqueda de cristalizar el deseo del constituyente dominicano de que la República Dominicana sea un verdadero Estado Social y Democrático de Derechos.

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO CENTRA-
DO EN LA PERSONA Y EL PROCEDIMIEN-
TO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA
FUNDAMENTAL**

EDUARDO JORGE PRATS

Licenciado en Derecho, *Magna Cum Laude*, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), 1987. Master in International Affairs, New School for Social Research, New York, 1991. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC).

1. Del administrado a la persona

Tradicionalmente, la doctrina y la legislación comparada utilizan la palabra “administrado” para referirse al otro término subjetivo de las relaciones jurídicas en las que la Administración aparece como parte, es decir, al sujeto pasivo de la potestad administrativa. Este término induce a la confusión, sin embargo, pues presupone, o por lo menos insinúa, que, en las relaciones entre la Administración y las personas que interactúan con ella, aquella se presenta siempre como un sujeto poderoso y activo, dotado de un arsenal de potestades con las que incide en la esfera jurídica del particular, frente a unas personas privadas consideradas como simples sujetos pasivos de las potestades administrativas. Pero la realidad es que las personas, en sus relaciones con la Administración, son frecuentemente titulares de situaciones jurídicas activas o de poder frente a la Administración, en la medida en que

ostentan potestades, derechos y situaciones constitucionalmente garantizadas de libertad inmunes a la acción administrativa. Incluso allí donde nos encontramos con relaciones jurídicas surgidas del ejercicio de las potestades administrativas más directas, enérgicas e intensas, como es el caso del ejercicio de la potestad sancionadora o de la potestad expropiatoria, el sujeto privado goza de posiciones activas de poder, como lo evidencia el derecho a un debido proceso de quien es sujeto a un procedimiento sancionador o el derecho del expropiado a obtener una justa y previa indemnización.

Dada la connotación autoritaria de este término, reminiscente de la época en que los miembros de la comunidad política eran considerados súbditos que debían soportar el poder externo y superior del monarca o ser simples beneficiarios de sus actuaciones paternalistas o graciabiles, la doctrina, buscando enfatizar el carácter de sujeto de derechos y posiciones activas frente a la Administración del llamado administrado, ha preferido hablar de ciudadano en lugar de administrado. Pero esto tiene sus inconvenientes. El principal de ellos es que ciudadanos, conforme la Constitución, son los nacionales dominicanos mayores de edad (artículo 21), lo que excluiría de entablar relaciones con la Administración a los extranjeros, cuando nuestro ordenamiento jurídico reconoce que “extranjeros y extranjeras tienen en la República Dominicana los mismos derechos y deberes que los nacionales”, salvo que no pueden participar en actividades políticas en el territorio nacional y deben registrarse en el Libro de Extranjería (artículo 25 de la Constitución). El término ciudadano deja fuera del ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, además, a los menores de edad, quienes tienen capacidad de obrar frente a la Administración para el ejercicio y defensa de sus derechos, en la medida en que las leyes se lo permiten sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, como es el caso, por ejemplo, de la representación de los

estudiantes en los órganos de participación de los establecimientos educativos públicos.

Por todo lo anterior, ha sido sabia la decisión del legislador cuando, en el momento de normar los actos y procedimientos administrativos, reconociendo que las personas están “dotadas de dignidad humana, siendo en consecuencia los legítimos dueños y señores del interés general, por lo que dejan de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios públicos” (Considerando Cuarto de la Ley 107-13²⁰⁸) ha bautizado la ley como “Ley sobre los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y los Actos y Procedimientos Administrativos”, estableciendo que la misma “tiene por objeto regular los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración Pública” (artículo 1), que “en la medida que resulte compatible, el concepto personas contenido en esta ley comprende tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas” (artículo 2, párrafo IV), que “tendrán capacidad de obrar en el procedimiento administrativo los órganos y entidades administrativas, las personas jurídicas y las personas físicas mayores de edad” y que “los menores tendrán capacidad cuando el ordenamiento jurídico lo permita” (artículo 16).

Como se puede observar, el legislador ha matado varios pájaros de un mismo tiro. Primero, se ha negado a usar el tradicional término de “administrados” pues, con justa razón, considera que quienes entablan relaciones con la Administración han dejado ya “de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios públicos”, pero tampoco ha acudido al término restrictivo de “ciudadano” sino que ha optado por hablar sencillamente de “personas”. Segundo, estando

²⁰⁸ Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, No. 107-13. G. O. No. 10722 del 8 de agosto de 2013.

consciente de que no solo las personas físicas son la contraparte subjetiva de las relaciones administrativas, el legislador ha dispuesto que “en la medida que resulte compatible, el concepto personas contenido en esta ley comprende tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas” (artículo 2, párrafo IV). Tercero, como las relaciones de Derecho Administrativo no se producen necesariamente entre una Administración y una persona privada, pues son cada día más frecuentes las relaciones entre personas públicas (como acontece, por ejemplo, cuando un Ayuntamiento liquida un arbitrio a un ente público) y entre personas privadas (como ocurre cuando una empresa retiene al trabajador el importe de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas), el legislador no distingue entre las personas a la hora de normar “los derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración Pública, los principios que sirven de sustento a esas relaciones y las normas de procedimiento administrativo que rigen a la actividad administrativa” (artículo 1). Y, cuarto, quizás lo más importante, la Ley ha adoptado un término para designar a la contraparte de la Administración en la relación jurídico-administrativa que, como el de persona, da cuenta del dato normativo de que, salvo las limitadas restricciones a los derechos de los extranjeros y a las personas en que concurren ciertas condiciones (por ejemplo, la exigencia de un determinado número de años para obtener ciertas prestaciones sociales) y el hecho de que ciertos derechos (como el derecho a la libertad de cátedra) son exclusivos de las personas físicas, el ordenamiento jurídico consagra la mayoría de los derechos fundamentales o no a favor de cualquier persona, sin importar su nacionalidad, si es residente legal o no, o si es persona jurídica o física.

Un concepto distinto del de persona, aunque estrechamente vinculado a este, es el de interesado. Conforme con la Ley 107-13, “se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

quienes lo promuevan como titulares de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos; los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos e intereses que puedan resultar afectados por las decisiones que se adopten en el mismo; aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución e intervengan en el procedimiento en tanto no se haya dictado resolución definitiva” (artículo 17). A partir de esta definición legal, puede afirmarse que interesado es toda persona que, teniendo la capacidad de obrar, adquiere la condición de interesado por estar en una de las circunstancias establecidas en la ley, es decir, por tener algún interés en un asunto determinado de la competencia de la Administración o, lo que es lo mismo, por estar legitimado para participar en el procedimiento, como ocurre cuando la Administración está elaborando un reglamento, cuando le afecta un procedimiento sancionador abierto o cuando se solicita a la Administración una prestación en su beneficio. Aunque en teoría, es obvio que el concepto de persona es más amplio y de mayor alcance que el de interesado y que la mayoría de los derechos son reconocidos por la Ley 107-13 a las personas (artículo 4), lo cierto es que muchos de los derechos enumerados en la ley exigen que las personas ostenten, además, la condición de interesados, como acontece, en el ámbito de la tramitación y desarrollo del procedimiento administrativo, con la facultad de solicitar “la paralización de aquellos procedimientos en los que el incumplimiento del deber de objetividad contamine de forma más evidente los posibles resultados” (artículo 19, párrafo IV, de la Ley 107-13) y “el derecho de acceder al expediente para revisar y copiar documentos y consignar cualquier tipo de escritos contentivos de alegatos y pruebas” (artículo 21, párrafo III, de la Ley 107-13), derechos que solo tienen los interesados. Los sujetos, sino exclusivos por lo menos por antonomasia, de la relación procedimental son los interesados, en la medida en que para que una persona

pueda intervenir en un determinado procedimiento administrativo requiere estar legitimado, no bastándole la simple condición de persona, al requerir el ordenamiento jurídico-administrativo que la persona sea interesada en el procedimiento. Esta exclusión de las personas no interesadas o legitimadas del ámbito de la relación procedimental es contrapesada por la ampliación del concepto de interés legítimo para incluir otros intereses como los colectivos y difusos y por el hecho de que tanto la Constitución como la ley le reconoce a la persona, aun no interesada, una serie de derechos importantísimos en relación a la Administración, como lo es el caso del derecho al libre acceso a la información pública.

2. La posición constitucional de la persona frente a la Administración y el influjo de los derechos fundamentales sobre el Derecho Administrativo

La persona, tanto cuando entabla una relación genérica con la Administración, como cuando es parte o interesado de un procedimiento administrativo concreto, lo hace desde la posición fundamental que le asegura la Constitución: la derivada de la dignidad de la persona reconocida por el artículo 38 de la Constitución y de los derechos fundamentales que le son inherentes y que quedan expresamente consignados en el Título II de la Constitución. El propio legislador es consciente de ello pues, cuando establece los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, lo hace partiendo de la premisa de que estas “no son súbditos, ni ciudadanos mudos, sino personas dotadas de dignidad humana” (Considerando Cuarto de la Ley 107-13). Esta posición constitucional de la persona, como sujeto digno y titular de derechos fundamentales, la acompaña en la totalidad de sus contactos con la Administración y su actividad, no importa cual esta sea, constituyendo precisamente la protección de dicha posición la misión principal del Estado y, por tanto, de la Administración, como bien

establece el artículo 8 de la Constitución en virtud del cual “es función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”, así como el artículo 38 de la Constitución, conforme el cual el Estado “se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes” a la persona, gracias a una dignidad constitucionalmente reconocida como fundamento del Estado y de la Constitución (artículo 5). Es más, cuando se estudian los diferentes derechos fundamentales consagrados en la Constitución, resulta claro que el entero orden constitucional de los derechos fundamentales aparece determinado, en gran medida, por la relación de los titulares de derechos fundamentales con la Administración y por la eventual incidencia de la actividad administrativa sobre aquellos, como se evidencia, por solo citar dos ejemplos, con la radical exclusión de cualquier acción administrativa que pueda comportar sanciones privativas de libertad (artículo 40.17) y el reconocimiento de que la garantía fundamental del debido proceso aplica a todo tipo de actuación administrativa (artículo 69.10).

No debe soslayarse la importancia de la posición jurídica de la persona frente a la Administración desde la perspectiva del orden constitucional de los derechos fundamentales en lo que respecta a la concepción de un Derecho Administrativo centrado exclusivamente en la erección de una Administración como poder constituido, institucionalizado y personificado, dotado de un conjunto de prerrogativas exorbitantes, con un régimen o estatuto jurídico específico, ante el cual solo le queda al sujeto privado o administrado la posibilidad, primero, de reaccionar en sede administrativa y, luego, en instancia jurisdiccional, para

hacer valer así sus derechos en contrapeso a los privilegios de una Administración cuasi omnipotente. La radical servicialidad o instrumentalidad del Estado y de la Administración, que consagra la Constitución, al disponer que el Estado “se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes” a la persona (artículo 38), constituye un verdadero “giro copernicano”, tras el que subyace -para usar la célebre frase del Tribunal Constitucional alemán- una nueva “imagen del hombre de la Ley Fundamental”, una “imagen del hombre de la subjetividad jurídica”, que expresa y permite entender la nueva relación fundamental entre la persona y el Estado. Se trata, en fin, de una relación en la que la persona ya no es más objeto del Estado sino más bien sujeto de derechos en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico o, para decirlo conforme la expresión del lenguaje cotidiano del pueblo alemán de la segunda posguerra mundial del siglo pasado, inspirado en la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional y en la fórmula liminar del borrador de Ley Fundamental de Herrenchiemsee, que “el individuo no existe para el Estado, sino el Estado para el individuo”. Todo ello lleva aparejado no solo un redimensionamiento de la persona frente a la Administración sino también, lo que no es menos importante, una reconceptuación del interés general -que viene a integrar los intereses y posiciones de la persona- y una rematerialización del Derecho Administrativo en la medida en que la Administración tiene que asumir como tarea fundamental el cumplimiento de los fines materiales constitucionalmente establecidos, en especial la protección de los derechos fundamentales, incluyendo desde luego los económicos, sociales y culturales, y la promoción de las “condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva” (artículo 39.3 de la Constitución). Aparece así el Derecho Administrativo como un “Derecho de la vida real” lo que, en un país como la República Dominicana caracterizado

por la pobreza estructural, viene a ser no solo un Derecho de las relaciones materiales sobre las que la Administración proyecta sus potestades sino también, y precisamente por ello, un Derecho Administrativo de la lucha contra la pobreza.

3. El Derecho Administrativo centrado en la persona

Los estudiantes de Derecho se percatan, tan pronto inician los estudios de la licenciatura, que los manuales de las diferentes disciplinas jurídicas comienzan sus exposiciones intentando definir y delimitar las mismas. El Derecho administrativo no escapa a esta característica de las exposiciones dogmáticas de todas las disciplinas jurídicas, desde el Derecho civil hasta el Derecho penal, desde el Derecho comercial hasta el Derecho internacional. Sin embargo, las exposiciones introductorias al Derecho administrativo se caracterizan, además, por un dato singular y fundamental: casi todas ellas dedican considerables esfuerzos a identificar un único concepto abstracto de Derecho Administrativo. Como bien señala Rivero: Ni el civilista, ni el criminalista, ni el mercantilista, ni el especialista del Derecho del Trabajo, han acariciado nunca la ambición audaz de conducir a unidad las reglas que estudian y de sistematizar alrededor de una sola idea matriz toda la materia de su disciplina. En todas las ramas del Derecho algunos grandes principios contribuyen a soportar el edificio; el esfuerzo por reducirlo a unidad, para edificarlo sobre un cimiento único, es especial del Derecho Administrativo solo²⁰⁹.

En este estadio del desarrollo del Derecho administrativo, “produce un cierto sonrojo dar cuenta de las soluciones que se han propuesto a esa búsqueda afanosa; sus resultados han sido tan desalentadores como los que cosecharon los alquimistas en

²⁰⁹ Jean Rivero, *Libertés publiques*, tomo I (Paris: Presses universitaires de France, 1991), 27.

su búsqueda de la piedra filosofal”²¹⁰. Se trata de una “pequeña historia de pequeñas frustraciones”²¹¹ pues, en verdad, es una búsqueda condenada al fracaso por la manifiesta imposibilidad de su objetivo, ya que, como bien afirma Brewer- Carías, en Derecho Administrativo, “El Dorado no existe”, es decir, no existe “el criterio clave absoluto para definir el Derecho Administrativo”²¹².

Un rápido y somero repaso de los diferentes y más importantes conceptos únicos de Derecho Administrativo avanzados, desde ópticas orgánicas, funcionales, teleológicas, normativas o eclécticas, por la doctrina en los últimos dos siglos prueba la inutilidad de este esfuerzo. El criterio legalista, en virtud del cual el Derecho Administrativo no es más que el conjunto de leyes que rigen a la Administración Pública, no se sostiene pues el Derecho no se puede reducir a la ley pues tiene otras fuentes como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. El criterio ejecutivo, que configura al Derecho Administrativo como el Derecho del Poder Ejecutivo, tampoco es válido pues, aparte de que el Poder Ejecutivo comprende al Gobierno, tampoco es únicamente el Poder Ejecutivo el que administra. En cuanto a la teoría del Derecho Administrativo que lo define como el Derecho de la Administración Pública como órgano o sujeto, esta es insuficiente pues no solo la Administración lleva a cabo actividades administrativas y función administrativa. El criterio que reduce el Derecho Administrativo al Derecho que rige la actividad del Estado es muy criticado también pues existen actividades del Estado que no son administrativas, como es el caso, por solo

²¹⁰ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)* (Madrid: Iustel, 1974), 39.

²¹¹ Santiago Muñoz Machado, “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, *Revista de administración pública* (julio-diciembre 1977), 519.

²¹² Allan Brewer- Carías, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica*, volumen I (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 29.

citar uno, de la actividad jurisdiccional. Por otro lado, el criterio que identifica al Derecho Administrativo como el Derecho de las relaciones del Estado con las personas tampoco se sostiene pues también el Derecho Constitucional rige las relaciones de las personas con el Estado. Tampoco se sostiene la teoría residual para la que es Administración todo lo que no sea juzgar ni legislar, pues también la Administración ejerce potestades normativas y jurisdiccionales. En cuanto a la teoría del servicio público, hoy la Administración no puede reducirse al suministro de servicios públicos, ni es únicamente la Administración la que los suministra, y ni todo el Derecho que rige los servicios públicos es Derecho Administrativo, ya que hay categorías enteras de servicios públicos sometidos al Derecho privado. Lo mismo puede afirmarse de la teoría de la procura existencial: si bien es cierto que la Administración de un Estado social asegura la procura existencial de las personas, ni ella es la única que asegura esta procura, sino que más bien garantiza la misma, ni es esa la única misión de la Administración del Estado contemporáneo. Respecto a la teoría de las prerrogativas o potestades públicas, si bien es cierto que es un elemento característico de la Administración el uso de estas, no menos cierto es que algunas de esas potestades no son exclusivas de la Administración, como ocurre con la potestad normativa, aparte de que no siempre la Administración actúa mediante el ejercicio de estas potestades, como lo demuestran los cada día más usuales mecanismos de participación ciudadana en la Administración. Finalmente, el Derecho Administrativo tampoco puede definirse como el Derecho de la función administrativa, pues también rige los actos administrativos, aun no sean dictados en ejercicio de la función administrativa.

Por todo lo anterior, es obvio que es metodológica y didácticamente inadecuado iniciar el estudio del Derecho Administrativo con una definición a priori del mismo. En este sentido, “más

importante que su definición, es la comprensión de su objeto”, por lo que “solo una vez situado este, inmerso en una determinada realidad, es que una definición podría tener realmente sentido”²¹³. Desde este punto de vista, el derecho administrativo puede definirse como:

Aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, y su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, la cual siempre tiene un carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales; y las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados. Ello comprende, en consecuencia, tanto la Administración Pública entendida como complejo orgánico de las personas jurídicas estatales, su organización y funcionamiento; y la competencia de sus órganos; como la Administración entendida como actividad administrativa que desarrollan los órganos competentes de aquellas o con autorización de las mismas, de carácter sub-legal, 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, precisamente, constituyen el objeto fundamental del derecho administrativo. Bajo este último ángulo material, como actividad administrativa, en consecuencia, el derecho administrativo tiene por objeto

²¹³ Allan Brewer- Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, Volumen I (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980), 29.

regular además, los aspectos formales de la misma, en lo que se refiere, por ejemplo, a los procedimientos administrativos para la formación de la voluntad de los órganos de las personas estatales²¹⁴.

La sumisión de la Administración a Derecho exigida por la cláusula de Estado de Derecho solo es posible allí donde la Administración tutela los derechos fundamentales de las personas establecidos por la Constitución. Por eso se ha dicho que “los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho administrativo de posguerra”²¹⁵. En este sentido, la Administración, como parte fundamental del Estado, asume la “función esencial del Estado”, que no es más que “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas” (artículo 8 de la Constitución).

De ahí que el legislador, a la hora de normar el procedimiento administrativo, partiendo de “que la redimensión de los derechos fundamentales de las personas conlleva la inclusión dentro de los mismos de un derecho fundamental a una buena administración” (Considerando Décimo Segundo de la Ley 107-13), estableció un derecho a la buena administración, que el Tribunal Constitucional reconoció con valor y rango constitucional (Sentencia TC/0322/14), y que está compuesto por un conjunto de derechos que tienen las personas en sus relaciones con la Administración y, entre los cuales,

²¹⁴ Allan Brewer-Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*, 29.

²¹⁵ Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, trad. Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Francisco Velasco, et al (Madrid: Marcial Pons, 2003), 71.

uno de los más importantes viene a ser precisamente el derecho a una tutela administrativa efectiva (artículo 4.1 de la Ley 107-13), que no es más que “un amplio elenco de derechos que tienen todas las personas en el seno de los procedimientos administrativos y cuya finalidad es la eficaz defensa de sus derechos y participación en dicho ámbito”, “un derecho fundamental que cumple, ante todo, una función de garantía o de instrumento al servicio de otros derechos”, por lo que puede “calificárselo como un derecho-garantía”²¹⁶. La finalidad de los derechos a la buena administración, al debido proceso administrativo y a la tutela administrativa efectiva, que son derechos/garantía, es decir, derechos al servicio de otros derechos, no es más que asegurar que la persona pueda hacer valer efectivamente ante la Administración sus derechos de fondo, los de la sustancia del procedimiento administrativo ante la Administración, de modo pues que pueda obtener una decisión administrativa justa, es decir, conforme a Derecho y garante de los derechos de la persona, todo ello sin perjuicio de eventualmente acudir a las acciones constitucionales de garantías fundamentales tales como el amparo, en sus diversas variante, y el habeas data.

Queda claro entonces que la persona siempre tiene derechos frente a la Administración al extremo de que hoy el Derecho Administrativo no puede definirse solo como el Derecho de la Administración Pública sino también y, sobre todo, como el Derecho de las personas cara a la Administración. En este sentido, ya no se trata tan solo del lugar común de que el Derecho Administrativo procura el equilibrio entre prerrogativas y poderes administrativos y derechos e intereses individuales —pues, como bien señala el maestro Allan Brewer- Carías, “el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialectico de esos dos conceptos contrapuestos:

²¹⁶ Pablo E. Perrino, *El Derecho Administrativo Hoy* (Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1996), 75.

prerrogativa administrativa y garantía del particular”²¹⁷— sino que el Derecho Administrativo es el Derecho de la función esencial del Estado que es, como bien establece el artículo 8 de la Constitución, “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”. Hoy, por tanto, el Derecho Administrativo tiene necesariamente que conceptuarse a partir de la “centralidad de la persona” y de considerarla como la “protagonista por excelencia”²¹⁸ de la acción administrativa.

4. Las garantías fundamentales

4.1 Definición

En sentido general, el Estado, en tanto expresión del contrato social de los individuos que abandonan el estado de naturaleza y deciden constituirse políticamente para asegurar así sus derechos, es, si se quiere, la garantía básica de los derechos fundamentales. Es esa idea la que subyace tras la consagración constitucional de “la protección efectiva de los derechos de la persona” como “función esencial del Estado” (artículo 8). Pero ya sabemos que el Estado puede convertirse, de garante principal de los derechos fundamentales, en su mayor violador. “El Estado es, por tanto, garantía necesaria de la seguridad personal, pero no garantía suficiente. El remedio, como dice el refrán popular, puede acabar siendo peor que la enfermedad. De ahí que sea necesaria una

²¹⁷ Allan R. Brewer- Carías, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica*, 42.

²¹⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El Derecho Administrativo ante la crisis, El Derecho Administrativo Social”, *A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (junio-marzo 2003), 225.

garantía adicional, una garantía de la garantía. En esto constituirá la Constitución”²¹⁹. La Constitución, con la división de poderes, la legitimación democrática de los mismos, la consagración de un catálogo de derechos, la supremacía de sus normas y el control judicial de constitucionalidad que ésta consagra, es la garantía por excelencia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, de nada sirve que la Constitución proclame y reconozca unos derechos fundamentales si ésta no establece las garantías a través de las cuales se harán efectivos estos derechos. De ahí que el problema principal de los derechos fundamentales no es tanto el de su consagración expresa a nivel constitucional sino el de sus garantías²²⁰. En otras palabras, los derechos fundamentales valen lo que valen sus garantías²²¹, pues, la existencia de mecanismos de garantía de los derechos fundamentales es consustancial a la idea de Estado de Derecho, ya que un derecho sin garantías no es derecho a fin de cuentas (No. 3.2.2.4.D). Queda claro entonces que la Constitución por sí sola, vale decir, la garantía constitucional genérica de los derechos fundamentales, no es suficiente para asegurar los derechos, y que, en consecuencia, se precisa de garantías constitucionales específicas de los derechos fundamentales. Es a la regulación de estas garantías constitucionales específicas, que la Constitución denomina “garantías fundamentales”, que se dedica todo un Capítulo de la Carta Sustantiva—el II del Título II- en el que se definen estas garantías en sentido amplio como “los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos” y a través de

²¹⁹ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional, duodécima edición* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010), 487.

²²⁰ Norberto Bobbio Caviglia, *El futuro de la democracia* (Barcelona: Editorial Plaza & Janés, 1995).

²²¹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, (México: UNAM, 1999), 21.

los cuales “la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales” (artículo 68).

4.2 Las garantías fundamentales implícitas

En principio, las garantías fundamentales son aquellas expresamente consagradas en el Capítulo II del Título II de la Constitución, es decir, las garantías jurisdiccionales o procesales, como es el caso de la tutela judicial efectiva y debido proceso, el habeas corpus, el habeas data y el amparo. Pero las garantías fundamentales no son exclusivamente las garantías jurisdiccionales o procesales. Ello así por varias razones. En primer lugar, la Constitución denomina garantía fundamental a todo mecanismo de tutela y protección de los derechos que permita al titular del derecho lograr la satisfacción de su derecho frente a los sujetos deudores de los mismos. En segundo lugar, la propia Constitución señala que los derechos y garantías fundamentales “no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza” (artículo 74.1), lo que significa que, por un lado, existen otras garantías fundamentales fuera del Capítulo II del Título II de la Constitución y que se encuentran repartidas a lo largo y ancho del texto constitucional, y, por otro lado, “que las garantías no se agotan en las enumeradas”²²² y que, por tanto, como ocurría con la garantía fundamental del debido proceso previo a su constitucionalización expresa en la reforma constitucional de 2010, podemos encontrar garantías fundamentales implícitas o innominadas, siempre y cuando sean de la misma naturaleza que las garantías fundamentales expresas, es decir, siempre y cuando se trate de mecanismos de tutela y protección de los derechos fundamentales conexos o similares a los expresamente consagrados por la Constitución. La existencia de este amplio plexo de garantías

²²² Germán Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1991), 15.

fundamentales, explícitas e implícitas, obliga a que estudiemos no solo las garantías jurisdiccionales consagradas expresamente en el Capítulo II del Título II sino también otras garantías explícitas en el texto constitucional (como la garantía institucional del Defensor del Pueblo) o implícitas (como ocurre con la garantía internacional de los derechos humanos derivada de la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales).

4.3 La relación entre derechos y garantías fundamentales

La relación entre derechos fundamentales y garantías fundamentales es instrumental: las garantías constituyen instrumentos de protección y tutela de los derechos. De ahí que allí donde no encontremos la garantía del derecho no habrá derecho porque un derecho sin garantías no es derecho a fin de cuentas, es, si se quiere, un “derecho inexistente”²²³ o “ficticio”²²⁴. Ahora bien, desde la óptica constitucional, no hay derechos sin garantías pues todo derecho fundamental es susceptible de ser tutelado como mínimo a través de una de las garantías fundamentales jurisdiccionales o procesales previstas en la Constitución. De ahí que puede afirmarse que la titularidad de un derecho fundamental conlleva la titularidad de la acción procesal correspondiente²²⁵.

No obstante lo anterior, la reciprocidad entre una garantía y un determinado derecho —o tipo plural de derechos— no tiene que ser excesivamente rígida ni impedir que, en ciertas situaciones, un derecho al que se le depara una garantía concreta canalice su pretensión jurisdiccional a través de otra garantía, o de un cauce procesal no previsto especialmente para él. A la inversa, una garantía destinada

²²³ Luis Ferrajoli y Danilo Zolo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, primera edición (Milano: Feltrinelli, 1978) 41.

²²⁴ Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. De Marina Gascón y Miguel Carbonell, segunda edición (México: UNAM, 2003), 563.

²²⁵ Marie-Ann Frison-Roche, “Le droit d’accès a la justice et au droit”, En Remy Cabrillac y otros, *Libertés et droits fondamentaux* (Paris: Dalloz, 2010), 89.

a un derecho —o tipo plural de derechos- puede acaso emplearse para defensa de otro derecho distinto. Tanto para una cosa como para la otra, hemos de imaginar que las vías garantistas han de servir a la finalidad esencial que tienen: dar cobertura definitiva a los derechos a través del proceso; lo esencial es este finalismo, y el cauce procesal ha de ser, en cada caso y según sus circunstancias, el que mejor cumpla ese finalismo. De ahí que no hayamos de identificar e inmovilizar dogmáticamente tal o cual garantía con tal o cual derecho, ni viceversa²²⁶.

Esto explica por qué en Argentina se amplió el ámbito de derechos protegidos por el habeas corpus de modo que, aparte de la tutela de la libertad física, el mismo cubriese otras libertades, como la libertad de tránsito, tesis, sin embargo, no admitida por la Suprema Corte de Justicia, la cual afirmó que el habeas corpus era una garantía que solo protegía la libertad física (S.C.J. 17 de agosto de 1973. B.J. 753. 2390). En la actualidad, la flexibilidad de la relación entre derechos y garantías es menor pues la Constitución, aparte de plasmar un amplio conjunto de garantías fundamentales, ha diseñado las mismas de modo que a cada tipo de derecho corresponde una garantía. Así, el habeas corpus protege la libertad física y el amparo todos aquellos derechos fundamentales “no protegidos por el habeas corpus” (artículo 72), lo cual, sin embargo, no impide al legislador establecer, tal como dispone la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11 (en lo adelante “LOTPC”) en su artículo 64, que “la acción de habeas data se rige por el régimen procesal común del amparo”.

Ya hemos dicho que las garantías fundamentales son los mecanismos de protección y tutela de los derechos fundamentales. Pero ocurre que las garantías fundamentales constituyen también

²²⁶ Germán Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, 19.

derechos. Esto es obvio en lo que respecta a la garantía de la tutela judicial efectiva: el acceso a la justicia es el mecanismo que permite al justiciable garantizar sus derechos e intereses legítimos pero, al mismo tiempo, “antes de la garantía procesal existe y hay un derecho: el de acudir a un tribunal para que resuelva la pretensión jurídica que, como justiciable, vamos a canalizar a través de un juicio”²²⁷. La Constitución no ignora esta doble dimensión de las garantías: como garantías fundamentales y como derechos. Esto es ostensible cuando observamos la fórmula utilizada por el constituyente a la hora de consagrar las garantías fundamentales: “toda persona (...) tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva” (artículo 69), “toda persona tiene derecho a una acción judicial” de habeas data (artículo 70), “toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo (...) tiene derecho a una acción de habeas corpus” (artículo 71), “toda persona tiene derecho a una acción de amparo” (artículo 72). Esta doble dimensión de las garantías, como mecanismos de tutela de los derechos y como derechos fundamentales en sí mismas, plantea el difícil problema de la garantía de las garantías: si hay unos derechos a la garantía del amparo, del habeas corpus y del habeas data, constitucionalmente consagrados, ¿cómo se tutela este derecho? O lo que es lo mismo, ¿cómo se garantizan las garantías fundamentales? La fórmula encontrada por la Constitución y el legislador para hacer efectiva la garantía de la garantía ha sido la de permitir la recurribilidad de las decisiones del juez de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 94 de la LOTCPC) y, en sentido general, de todas las decisiones jurisdiccionales firmes violatorias de los derechos fundamentales (artículo 277 de la Constitución), con lo que se logra la tutela definitiva y final del órgano que tiene a su cargo la misión de “garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos

²²⁷ Germán Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, 15.

fundamentales” (artículo 184 de la Constitución). Si esta garantía institucional y procesal de las garantías fundamentales falla, solo restan dos garantías de las garantías: la garantía internacional de los derechos fundamentales, la cual se activa ante el agotamiento de los recursos judiciales internos, y una garantía extraconstitucional que es la del control social, la cual opera por la crítica de la comunidad de ciudadanos intérpretes de la Constitución y de los derechos fundamentales a las decisiones del Tribunal Constitucional que, si bien constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, no están exentos de esta crítica esencial para la existencia de una sociedad democrática, plural y garantista.

Finalmente, hay otro aspecto de la relación entre derechos y garantías que debemos estudiar. Si bien las garantías fundamentales son los mecanismos de tutela y protección de los derechos fundamentales, ocurre que algunos derechos operan como garantías de otros derechos. Ello no debe sorprender. Como ya hemos visto anteriormente, las garantías fundamentales son, en realidad, derechos fundamentales instrumentales, es decir, consagrados con la exclusiva finalidad de garantizar otros derechos. Lo que subrayamos aquí, sin embargo, no es tanto la naturaleza de derecho fundamental de las garantías fundamentales sino el hecho de que prácticamente todos los derechos pueden operar como garantías fundamentales de otros derechos. Este carácter garantista de los derechos fundamentales queda claramente ejemplificado en el derecho a la igualdad: la igualdad garantiza que nadie sea discriminado en el disfrute de una variedad de derechos, el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia o el derecho al trabajo, por solo citar algunos ejemplos. Pero no solo la igualdad es un derecho que opera como garantía de otros derechos. Vemos así que el derecho a la información viene a ser una garantía de los derechos de participación política, pues solo un ciudadano debidamente informado de los asuntos públicos está en condiciones de ejercer debida y

plenamente su derecho a elegir los gobernantes y a tomar parte en las decisiones de los poderes públicos que afectan su comunidad. Por su parte, el derecho a la réplica y a la rectificación, que puede ser ejercido por la persona que desea que se rectifique una información equivocada que le afecta su honor, imagen o fama, proveyendo su propia versión de los hechos, constituye una garantía de los derechos de la personalidad, en específico del derecho al honor y a la fama, en tanto que el derecho de huelga es una garantía del conjunto de derechos laborales (derecho al trabajo, derecho a un salario digno, etc.). En el fondo, todos los derechos fundamentales pueden ser conceptuados como garantías de otros derechos. Por eso, la doctrina constitucional iberoamericana de la primera mitad del siglo XX no estuvo del todo equivocada cuando señaló que los derechos fundamentales constituían “garantías individuales” o “garantías constitucionales”. Los derechos fundamentales han sido y son garantías de la libertad.

4.4 La efectividad como nota fundamental del sistema de derechos y garantías fundamentales: hacia un Derecho Constitucional de la efectividad

La efectividad implica el reconocimiento real de la norma jurídica por sus destinatarios, sean personas privadas o autoridades públicas. La efectividad de la norma es condición necesaria pero no suficiente de su eficacia: una norma inefectiva necesariamente es ineficaz en tanto no alcanza los fines hacia los que debería enderezarse, pero una norma efectiva porque se cumple realmente es ineficaz al no lograr los fines de la autoridad que la diseñó. Esto último ocurriría, por ejemplo, si la política de seguridad social exigida por la Constitución se cumple en la práctica pero no logra satisfacer el derecho de todas las personas a contar con una adecuada seguridad social. Ahora bien, como muy raras veces una norma que se quede en el papel y no trascienda a la realidad es eficaz, “en el

lenguaje jurídico la eficacia suele entenderse como el cumplimiento efectivo de una norma; más concretamente, una norma es eficaz cuando los destinatarios ajustan su comportamiento a lo prescrito en la misma o, al menos, en los casos en que esto no ocurre, cuando la norma tiene fuerza bastante para imponer la consecuencia en ella prevista como reacción al incumplimiento”²²⁸. Pero la eficacia, definida como la aptitud de la norma para procurar el resultado para cuya satisfacción fue concebida por la autoridad que la creó, no garantiza necesariamente que la norma sea cumplida efectivamente en la práctica.

La efectividad adquiere una dimensión constitucional en el Estado Constitucional de Derecho en la medida en que el control judicial de constitucionalidad permite censurar la ineffectividad de las normas constitucionales cuando éstas son incumplidas mediante actos públicos y privados que contradicen el deber ser constitucional. Como bien señala Ferrajoli, una de las características fundamentales del Estado Constitucional de Derecho, es la disociación entre vigencia y validez, “que permite la crítica y la censura internas de las leyes vigentes consideradas inválidas” y de donde: Se deriva también una específica función de la cultura jurídica: en un estado de derecho con Constitución rígida, jueces y juristas están institucionalmente avocados a ser, por así decirlo, reformadores de profesión, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del derecho vigente como tal, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo²²⁹.

En un Estado Constitucional de Derecho siempre habrá un determinado grado de ineffectividad de sus normas constitucionales

²²⁸ Luis Prieto Sanchís, “Aproximación al concepto de Derecho”, En Jerónimo Betegón Carrillo y Marina Gascón Abellán, *Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid: MCGRAW-HILL, 1997), 20.

²²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, (Madrid: Trotta, 1998), 695.

pues es imposible realizar los fines constitucionales a plenitud y garantizar las normas constitucionales en su integridad. Esta ineffectividad será mayor en aquellos ordenamientos donde el incumplimiento de las normas constitucionales es si se quiere estructural. Pero aún en los ordenamientos constitucionales más avanzados existirá siempre una separación entre la normatividad constitucional y la facticidad efectiva, dando pie a “un margen acaso estrecho pero irreductible de ilegitimidad del poder”²³⁰. De ahí que el progreso de un ordenamiento constitucional consiste no tanto en la proliferación o la creación de nuevas y más profundas normas constitucionales sino en el desarrollo de garantías eficaces, es decir, capaces de tutelar los derechos constitucionales y de hacerlas realidad. Una absoluta correspondencia entre el deber ser constitucional y el ser sólo es posible en un mundo ideal: en el mundo real, la Constitución y sus derechos sólo son realizables de modo imperfecto.

El constitucionalismo parte de la premisa de que el Estado no es un fin en sí mismo como en el absolutismo sino que es el instrumento para alcanzar un fin: la protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, “el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”²³¹. Es lo que bellamente expresa la Constitución en su artículo 8: “Se reconoce como función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse igualitaria, equitativa y progresivamente, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”.

²³⁰ *Ibíd.* 867.

²³¹ *Ibíd.* 881.

Pero la protección de los derechos fundamentales que debe procurar el Estado, y que es su función esencial, como bien establece el artículo 8 de la Constitución, no es cualquier protección. Se trata, en todo caso, de una protección efectiva, es decir, una protección que garantice que, en la práctica, los derechos fundamentales sean respetados por todos. De modo que en la Constitución encontramos inserto un principio, el principio de efectividad, que permite juzgar la constitucionalidad de los actos de protección de los derechos fundamentales y censurarlos desde la óptica no tanto de su validez procedimental o sustancial sino desde la perspectiva de si esos actos garantizan o no en la realidad la tutela integral de los derechos, pues, en todo caso, las garantías de los derechos fundamentales no son más que “los mecanismos de tutela y protección” a través de los cuales “la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales”, derechos que, insiste la Constitución, “vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley” (artículo 68). En consecuencia, las garantías de los derechos fundamentales son los mecanismos a través de los cuales se garantiza la efectividad de estos derechos y se hace realidad la función esencial del Estado, que no es más que la protección efectiva de los mismos. Pero, lo que no es menos importante, la Constitución permite controlar la efectividad práctica de dichos mecanismos, estando en la obligación tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional de asegurar en todo momento que las garantías de los derechos fundamentales desplieguen el máximo de su eficacia, para así poder garantizar que, en la realidad, la protección estatal de los derechos fundamentales sea, de modo cierto y tangible, verdaderamente efectiva, lo que significa, a fin de cuentas, la efectividad material del derecho tutelado por dichas garantías. En otras palabras, la efectividad material del derecho fundamental se

logra a través de su garantía y esta garantía puede llevar a cabo su cometido, la tutela efectiva del derecho, cuando ella, en sí misma, es real y verdaderamente efectiva. No por azar uno de los principios rectores de la justicia constitucional establecidos por la LOTCPC es el de efectividad. En virtud de este principio, “todo juez o tribunal debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos” (artículo 7), lo cual viene a reafirmar y a desarrollar el mandato constitucional de efectividad contenido en los artículos 8 y 68 de la Constitución.

5. El procedimiento administrativo como garantía fundamental de los derechos de la persona ante la Administración

5.1 Definición

La Administración y las personas se relacionan de diversas maneras, todas ellas regidas por el Derecho. Por un lado, encontramos aquellas en que la Administración realiza una actuación material por medio de sus empleados o agentes, como ocurre cuando el profesor de una escuela pública imparte una clase, cuando un grupo de policías cuida la seguridad de los participantes en una marcha o manifestación pública o cuando un médico de un hospital público atiende un paciente. Y, por otro, tenemos aquellas en que la Administración adopta una decisión formalizada de cualquier clase, como ocurre cuando dicta un acto o decisión unilateral, cuando adopta un plan o un reglamento o cuando suscribe un contrato o convenio. Para la elaboración de estas decisiones formalizadas, la Administración debe seguir una serie de trámites, más o menos complejos y dilatados, todos ellos concatenados con vistas a adoptar una decisión. A la concatenación de todos estos trámites se le denomina procedimiento administrativo. Como solo en casos excepcionales de urgencia extrema o necesidad, la Administración

puede decidir de plano, es decir, sin tramitación previa alguna, aunque siempre sometida a Derecho, puede afirmarse que el procedimiento administrativo constituye “la forma de elaboración de las decisiones administrativas o [...] de ejercicio de la actividad administrativa formalizada”²³² o, lo que es lo mismo, “la forma o el cauce formal de la función administrativa”²³³.

5.2 El encuadramiento constitucional de la legislación de procedimiento administrativo

El artículo 138 de la Constitución dispone que “la ley regulará [...] el procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos”. ¿Cuál es el nivel de autonomía que posee el legislador a la hora de regular dicho procedimiento? Si partimos de que “como parte del Derecho Administrativo, la normativa de procedimiento administrativo es ‘Derecho Constitucional concretizado’ en la misma medida en que puede usarse la expresión para el Derecho Administrativo en general”²³⁴, queda claro que el legislador debe concretar los mandatos constitucionales de carácter procedimental administrativo. ¿Cuáles son estos específicos mandatos o determinaciones constitucionales en el plano del procedimiento administrativo? La Constitución es clarísima al respecto. Tenemos, en primer lugar, la exigencia constitucional de que “las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones [...] administrativas” (artículo 69.10 de la Constitución), lo cual conlleva extender a los procedimientos administrativos las “garantías mínimas” que consagra expresamente el artículo 69, es decir, el derecho a acceder a una tutela administrativa oportuna (artículo 69.1); el derecho a ser

²³² Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte general*, (Madrid: Tecnos, 2006), 473.

²³³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, séptima edición (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002), 965.

²³⁴ Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, 324.

oído en un plazo razonable por la Administración (artículo 69.2), “garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley” (artículo 138); el derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos administrativos sancionadores (artículo 69.3); el derecho a la publicidad y contradictoriedad en los procedimientos administrativos, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa (artículo 69.4); el derecho a no ser sancionado administrativamente dos veces por una misma causa (artículo 69.5); el derecho de no auto incriminación (artículo 69.6); el derecho a la legalidad administrativa, principalmente en materia sancionadora administrativa (artículo 69.7); el derecho a la prueba lícita (artículo 69.8); y el derecho a los recursos administrativos (artículo 69.9). A esto, en segundo término, se suman las exigencias del artículo 138 que establece que “la Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado”. Y, finalmente, como lo ha reconocido el legislador en los considerando de la Ley 107-13, el encuadramiento constitucional del procedimiento administrativo se completa con los mandatos derivados de los principios fundamentales del Estado (artículos 4 y 7), en especial, de la cláusula constitucional del Estado de Derecho (legalidad, seguridad jurídica, control de la actuación administrativa), del principio democrático (derecho de participación en los procedimientos administrativos) y de la cláusula constitucional del Estado Social que, en sentido general, y partiendo de la lógica promocional del Derecho, obliga a diseñar legislativamente un procedimiento administrativo que propenda a asegurar una tutela administrativa verdaderamente efectiva para todos, lo que obliga a un trato administrativo diferenciado en función de supuestos concretos de discriminación, marginalización y exclusión de las personas.

Particular atención merece la insoslayable relevancia de los derechos fundamentales para la configuración legislativa del procedimiento administrativo. Esta relevancia -reconocida por el legislador cuando declara “que el mandato de la Carta Fundamental del Estado de incorporar con carácter general en la Administración Pública el procedimiento administrativo, en adición a garantizar la vigencia efectiva de la cláusula constitucional del Estado Democrático, constituye un instrumento esencial que posibilita el acierto de las decisiones administrativas y potencializa el respeto de los derechos fundamentales de las personas en su relación con la Administración y demás órganos y entes que ejercen función de naturaleza administrativa en el Estado” (Considerando Séptimo de la Ley 107-13), mandato que conecta con la función esencial del Estado que es la protección efectiva de los derechos fundamentales (artículo 8)- obliga al legislador a regular el procedimiento administrativo en función de la tutela de los derechos fundamentales. Puede afirmarse así que el procedimiento administrativo es “una garantía de los derechos de los administrados”²³⁵, una especie de garantía fundamental implícita de los derechos fundamentales, lo que explica el celo constitucional a la hora de extender las garantías del debido proceso a las actuaciones administrativas. Y es que, así como se protege el debido proceso de las personas que acuden a la justicia en procura de tutela de sus derechos e intereses, si se entiende que el procedimiento administrativo tutela los derechos fundamentales de las personas ante la Administración, es natural y lógico que se garantice el acceso de las personas y su participación en dicho procedimiento. De manera que se garantiza el debido procedimiento administrativo porque el procedimiento administrativo es, al mismo tiempo, ante todo y sobre todo, garantía de los

²³⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, decimoséptima edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2015), 446.

derechos materiales objeto de la acción administrativa formalizada en el procedimiento administrativo.

Como se ve, independientemente del natural y lógico margen de acción que dispone el legislador para regular el procedimiento administrativo, es obvio que se ha producido una constitucionalización del procedimiento administrativo que impide configurar legislativamente el mismo a espaldas de la Constitución. Es cierto que el legislador es libre de definir los elementos de los actos administrativos, los plazos para interponer los recursos administrativos, las diferentes clases de procedimientos administrativos y en fin todos los detalles de los mismos. Pero de ahí no puede concluirse que no haya unos determinados mandatos constitucionales, unas garantías procedimentales específicas definidas a nivel constitucional, y unas ciertas exigencias que los derechos fundamentales plantean al procedimiento administrativo. Es verdad que el marco constitucional admite diversos modelos de procedimiento administrativo pero también es cierto que hay modelos procedimentales concretos claramente inadmisibles desde la óptica constitucional, como lo serían, por tan solo citar algunos ejemplos, aquellos que impidan la participación de los interesados en la elaboración de las normas reglamentarias, los que presupongan la presunción de culpabilidad en los procedimientos sancionatorios o los que ignoren el impacto en la desigualdad de las personas en sus condiciones materiales en el acceso a una tutela administrativa efectiva de sus derechos. Indudablemente que la Constitución no es “el huevo cósmico jurídico del que todo surge”, como sarcásticamente se burlaba Forsthoff de los tempranos intentos de los iuspublicistas en la Alemania de la segunda posguerra mundial de tomar en serio la Constitución en la interpretación del ordenamiento jurídico conforme

sus preceptos²³⁶, pero no menos cierto es que, parafraseando a Häberle en *la imagen del ser humano dentro del estado constitucional*, la Constitución contiene una clara “imagen del procedimiento administrativo debido”, que impone necesariamente unas limitaciones al margen de acción del legislador en su configuración del procedimiento administrativo, que obliga al legislador a establecer ciertas técnicas procedimentales para la tutela administrativa de los derechos fundamentales y que establece unas obligaciones a cargo del legislador de asegurar a las personas en sus relaciones con la Administración un determinado “status activus processualis”²³⁷. En fin, hay una innegable autonomía del legislador a la hora de regular el procedimiento administrativo, pero hay también una indudable e indefectible dependencia constitucional de la ley en cuanto al cumplimiento de las garantías constitucionales mínimas de un debido procedimiento administrativo y de los principios –muchas veces, principios al fin, vagos, ambiguos, indeterminados, pero, eso sí, siempre determinables, susceptibles de concreción y mandatorios- que integran el marco constitucional del procedimiento administrativo.

5.3 Principios de la actuación administrativa y principios generales del procedimiento administrativo.

La doctrina tradicionalmente ha distinguido entre los principios propios del procedimiento administrativo y aquellos principios que rigen toda la actuación o actividad administrativa y no solo la estrictamente procedimental. Esta distinción se funda, a su vez, en otra distinción: la de actividad administrativa jurídica y la de actividad administrativa material, real o técnica. Mientras la actuación

²³⁶ Ernst Forsthoff, *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho* (Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1986), 120.

²³⁷ Peter Häberle, *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional* (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001), 36.

administrativa jurídica está encaminada directa e inmediatamente a producir efectos jurídicos mediante la adopción en un procedimiento jurídicamente formalizado de actos administrativos o resoluciones unilaterales, la actividad administrativa material, real o técnica, como es el caso de la seguridad ciudadana o la asistencia sanitaria, por solo citar dos casos, se expresa en operaciones físicas o materiales. Si bien la doctrina tradicional afirma que esta actividad material, real o técnica de la Administración está sometida a Derecho, se cuida de afirmar que la misma se despliega observando las reglas, principios y criterios científicos, técnicos, profesionales o facultativos propios de las funciones, tareas y cometidos que asume la Administración a través de esta, en especial, del principio de eficacia, en virtud del cual la acción administrativa debe producirse con calidad y de forma eficaz.

Aunque esta distinción sigue siendo en gran medida valedera todavía hoy, lo cierto es que, tanto la Constitución como la misma ley, a la hora de consagrar los principios que rigen la actuación administrativa, no distinguen entre aquellos principios propios de la actuación formalizada o procedimental y los atinentes a la actividad material, real o técnica de la Administración. Esto comporta dos consecuencias fundamentales insoslayables al abordar estos principios. En primer término, que los principios generales del procedimiento contenidos en el catálogo constitucional y legal inciden en la actuación administrativa informal, lo que no escapa al legislador que tuvo el cuidado de establecer que “las resoluciones administrativas que no constituyan actos administrativos formales, por carecer de carácter vinculante u obligatorio, y cualquiera que sea la forma que adopten (recomendaciones, valoraciones, interpretaciones, asesoramientos u actuaciones análogas), habrán de inspirarse en los principios de transparencia, participación y motivación, en virtud de las características y el objeto de que se trate en cada caso” (artículo 15, párrafo III, de la Ley 107-13),

al tiempo de establecer, en cumplimiento del artículo 69.10 de la Constitución, que consagra que el debido proceso aplica “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, que las actuaciones administrativas, sin distinción, se realizaran de acuerdo con el principio del debido proceso (artículo 3.22 de la Ley 107-13). Segundo, que principios pensados en especial para la actuación material, real o técnica de la Administración, como es el caso del principio promocional (artículo 3.3 de la Ley 107-13), tienen una incidencia directa en los procedimientos administrativos obligando, por ejemplo, a que así como el legislador orgánico reconoce que la tutela judicial, en países caracterizados por la pobreza estructural, la desigualdad, la exclusión, la marginalidad y la exclusión, como es el caso dominicano, para ser efectiva, debe ser necesariamente diferenciada (artículo 7.5 de la LOTCPC), el legislador o, en su defecto, la Administración, habilite procedimientos administrativos diferenciados que hagan realidad efectiva “la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de oportunidades de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando igualmente su participación”.

Lo que acabamos de señalar tiene dos implicaciones fundamentales para la concepción del procedimiento administrativo y del sometimiento de toda actuación administrativa al Derecho. En primer término, se produce una procedimentalización de toda la actuación administrativa del Estado, en la medida en que no solo la actividad administrativa jurídica formalizada está sujeta a cumplir con las normas del debido proceso y, en sentido general, con el deber y el derecho de buena administración, sino también la actividad administrativa material, real o técnica, apareciendo así el procedimiento administrativo como “el modo normal e idóneo de desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses

generales”²³⁸. Y, en segundo lugar, lo que no es menos importante: el procedimiento administrativo se rematerializa en tanto, si bien se reconoce que las decisiones administrativas se legitiman mediante el cumplimiento de los principios de la buena administración y el debido proceso, se entiende que, al margen de que se haya garantizado la legalidad del procedimiento administrativo, es preciso que, además, la decisión administrativa fruto del procedimiento debido en sí sea materialmente justa, es decir, respetuosa de los derechos fundamentales de la persona, de la igualdad, de la razonabilidad, requisitos exigidos tanto por la Constitución como por las leyes, lo que conecta, con la dimensión sustantiva del debido proceso.

5.4 Debido proceso administrativo, buena administración y Tribunal Constitucional

5.4.1 La desconstitucionalización del debido proceso administrativo

El 6 de agosto de 2013 el Presidente Danilo Medina promulgó la Ley No. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. Esta ley viene a ser la quinta “cuasi reforma constitucional” que se produce desde la puesta en vigencia en 2003 de la Resolución 1920 dictada por la Suprema Corte de Justicia, en 2004 del Código Procesal Penal y de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública y, en 2011, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. Se suma esta ley así a la reforma constitucional formal producida en 2010, constituyendo una de las más importantes porque replantea dramáticamente las relaciones entre las personas y la Administración Pública, que, de

²³⁸ Juli Ponce Solé, *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido* (Madrid: Lex Nova, 2001), 37.

todas las ramas del Estado, es la más intrusiva y limitadora de los derechos.

La Ley 107-13 viene a consolidar una Administración sometida a Derecho, como quiere y manda el artículo 138 de la Constitución, es decir, una Administración que actúa conforme a procedimientos previamente reglamentados por la ley y respetando siempre el derecho fundamental a un debido proceso, que, en el plano administrativo, implica el respeto de los principios de juridicidad, servicio objetivo a las personas, igualdad de las personas, racionalidad, eficacia, publicidad de las normas y actos administrativos, seguridad jurídica, proporcionalidad, imparcialidad, independencia, relevancia, coherencia, buena fe, confianza legítima, asesoramiento, responsabilidad, facilitación, celeridad, protección de la intimidad, ética (artículo 3), y, en sentido general, el derecho fundamental a la buena Administración, lo que implica respeto a los derechos a tutela administrativa efectiva, motivación de las actuaciones administrativas, resolución administrativa en un plazo razonable, resolución justa de las actuaciones administrativas, respuesta oportuna y eficaz de las autoridades, acceso a información pública, ser oído, participar en las actuaciones administrativas, una indemnización justa, acceso a servicios públicos de calidad, presentación de quejas y reclamos, ser tratado con cortesía y respeto por las autoridades, ser representado en los procedimientos administrativos y recibir atención administrativa preferente si se es discapacitado, menor, mujer gestante o adulto mayor (artículo 4).

Todos estas prerrogativas, cuidadosamente descritas y detalladas por el legislador, constituyen derechos fundamentales explícitos (como es el caso de los principios constitucionales de actuación administrativa establecidos en el artículo 138 de la Constitución o como ocurre con el derecho fundamental a un debido proceso administrativo consagrado por el artículo 69.10 de la Constitución)

o implícitos (a la luz del artículo 74.1 de la Constitución por ser de igual naturaleza a los antes citados), por lo que estamos en presencia de una verdadera Constitución material de los derechos fundamentales de las personas ante la Administración.

De ahí que desentona la jurisprudencia del Tribunal Constitucional plasmada en la Sentencia TC 201/13, en donde se degrada el debido proceso administrativo, al entender la mayoría del Tribunal que este derecho solo se viola si se trata de un procedimiento sancionatorio o gravoso de derechos. Con justa razón, los jueces constitucionales especializados, Milton Ray Guevara, Justo Pedro Castellanos y Rafael Díaz Filpo establecen, en su magnífico e histórico voto disidente, siguiendo la mejor jurisprudencia constitucional comparada, que “el criterio mayoritario entiende que en sede administrativa la aplicación del debido proceso únicamente ‘deberá ser exigida en los procedimientos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado la pérdida de derechos de la persona’. Con el debido respeto, disintimos de este enfoque restrictivo, pues entendemos que el acto administrativo ‘no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del titular del órgano a quien compete tal producción, sino que ha de seguir para llegar al mismo un procedimiento determinado’. Es así que el debido proceso debe ser garantizado en todas las actuaciones que realice la administración, con independencia de que no se trate de procedimientos sancionatorios ni resulten afectados derechos fundamentales”.

Por otro lado, violar el debido proceso administrativo no constituye una simple ilegalidad solo susceptible de ser invocada ante la jurisdicción contencioso administrativa como pretende la mayoría del Tribunal Constitucional. Es por ello que Ray Guevara, Castellanos Khoury y Díaz Filpo señalan que “la garantía de audiencia establecida en el artículo 138 numeral 2 de la Constitución,

cuando se trata de reglamentos y otros actos administrativos de alcance general, comporta como contenido esencial la exigencia de la audiencia, conocimiento y discusión con suficiente anticipación de los proyectos que serían adoptados. Así pues, el trámite o la emisión de una actuación administrativa sin la presencia de los interesados, constituye una excepción a lo dispuesto en dicha disposición constitucional. De ahí que la no publicación de los proyectos con suficiente antelación y su consecuente discusión, habilita el control directo de constitucionalidad”.

5.4.2 La reconstitucionalización del debido proceso administrativo por la vía del reconocimiento de la buena administración como derecho fundamental implícito

El Tribunal Constitucional (TC) ha establecido en su Sentencia TC/0322/14 que el “derecho al buen gobierno o a la buena administración” constituye “un derecho fundamental nuevo entre nosotros”, que “se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional”. A juicio de los jueces constitucionales especializados “los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado ‘derecho a la buena administración’”, derecho que, a juicio del TC, “debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas”.

Hay que aplaudir esta sentencia histórica del Tribunal Constitucional pues, al reconocer el rango fundamental del derecho a la buena administración establecido por la Ley 107-13, otorga la

posibilidad de tutelar este derecho, cuando este requiere protección inmediata, mediante la garantía fundamental de la acción de amparo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al tiempo que se reconstitucionaliza el debido proceso administrativo el cual forma parte del derecho a la buena Administración.

6. Conclusión

A la luz de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales antes descritos, queda claro que el procedimiento administrativo, tal como se encuentra desarrollado en la Ley 107-13, se configura como una garantía fundamental implícita de los derechos de la persona ante la Administración.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- Bobbio Caviglia, Norberto. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Editorial Plaza & Janés, 1995.
- Brewer- Carías, Allan. *Fundamentos de la Administración Pública*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1980.
- Brewer- Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.
- Ferrajoli, Luigi y Zolo, Danilo. *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*. Milano: Feltrinelli, 1978.
- Forsthoff, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1986.

- Frison- Roche, Marie-Ann. “Le droit d’accès a la justice et au droit”, En *Libertés et droits fondamentaux*, Remy Cabrillac y otros. Paris: Dalloz, 2010.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Pamplona: Civitas, 2015.
- Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. De Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: UNAM, 2003.
- Häberle, Peter. *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México: UNAM, 1999.
- Muñoz Machado, Santiago. “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, *Revista de administración pública*. (1977)
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.
- Perrino, Pablo E. *El Derecho Administrativo Hoy*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1996.
- Ponce Solé, Juli. *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Madrid: Lex Nova, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. “Aproximación al concepto de Derecho”, En *Lecciones de Teoría del Derecho*, Jerónimo Betegón Carrillo y Marina Gascón Abellán. Madrid: MCGRAW-HILL, 1997.
- Rivero, Jean. *Libertés publiques*. Paris: Presses universitaires de France, 1991.
- Rodríguez-Arana, Jaime. “El Derecho Administrativo ante la crisis, El Derecho Administrativo Social”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* (2003).

Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo, Parte general*. Madrid: Tecnos, 2006.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Madrid: Iustel, 1974.

Schmidt-Assmann, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, trad. Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Francisco Velasco. Madrid: Marcial Pons, 2003.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA
PRESENTADA POR EDUARDO JORGE PRATS**

FLAVIA PESCI FELTRI

Abogada por la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo por la misma Universidad y especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Realizó estudios de doctorado de la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Central de Venezuela. Ganadora del Concurso Nacional de Literatura de la Asociación de Profesores de la Universidad de los Andes.

En un Estado social y democrático de derecho es la persona el fundamento, la razón y justificación de la existencia del poder y es también su fin.

En los regímenes democráticos, el poder y sus instituciones provienen de la soberanía popular, se originan en cada individuo que conforma la sociedad, por tanto, es a ellos, considerados individualmente y en su totalidad, a quienes el Poder y la Administración Pública se les debe²³⁹.

²³⁹ “Existen instituciones públicas porque con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de los intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral de todos, no de una parte, por importante y relevante que sea”, por lo que en una democracia, insiste el citado autor, “las instituciones públicas son de la soberanía popular, de donde proceden todos los poderes del Estado, de ahí que sea claro que han de estar ordenadas al servicio general y objetivo de las necesidades colectivas. Por eso la función constitucional de la Administración Pública es estar al servicio objetivo del interés general. Así las cosas, el ciudadano ha dejado de ser un sujeto inerte, sin vida (...*omissis*...) el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión y por ello aspira a tener una

Como consecuencia de lo anterior, el individuo es titular del derecho fundamental a que la gestión de los intereses públicos se realice en función de su libre desarrollo y de su dignidad, mediante la garantía y protección de los derechos humanos de cada quien. Es, entonces, desde la centralidad de la persona, principio y fin del Estado social y democrático de derecho, que surge el derecho fundamental a la buena administración, el cual constituye un principio que rige toda la actuación administrativa; y es, a su vez, una obligación que debe asumir, así como un derecho que ha de respetar²⁴⁰.

Estas premisas son precisamente las bases sobre las cuales se crean y sustentan los Estados constitucionales actuales y el Derecho Administrativo y son las que desarrolla el Profesor Prats en el trabajo que comentamos mediante el análisis y estudio de la Constitución dominicana y su ordenamiento jurídico. En efecto, el Profesor mencionado nos introduce en el tema al expresar que es la persona, no ya el administrado ni el ciudadano, sino la persona a quien la Administración Pública debe servir con objetividad; su actuación, consecuentemente, ha de estar dirigida a materializar y garantizar los derechos fundamentales de los individuos, de lo que se deriva el derecho de estos a la buena administración cuya concreción sólo es posible mediante el desarrollo previo del procedimiento administrativo, garantía esencial del referido derecho.

participación destacada en la configuración de los intereses generales” y, en esa medida, “los ciudadanos tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona porque este en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.” Jaime Rodríguez-Arana, “El derecho fundamental al buen gobierno”, *Ob. Cit.* Pp. 3.

²⁴⁰ Así lo ha expresado la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

Ahora bien, la pregunta que es inevitable hacerse es si en la Venezuela actual la actuación de la Administración Pública está efectivamente centrada en la persona y si el procedimiento administrativo es en realidad una garantía fundamental para proteger los derechos de los individuos.

La Constitución venezolana de 1999, establece en su artículo 2 que el modelo de estado en Venezuela es el del Estado social, democrático de derecho y de justicia; y, además de consagrar todos los principios de este modelo, dispone en el artículo 141 el derecho fundamental de la persona a una buena administración, cuando prevé que: “*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.*”

De conformidad con lo anterior, la Administración Pública en Venezuela ha de estar al servicio de los ciudadanos²⁴¹ y, en tal sentido, debe actuar con objetividad para lo cual es condición indispensable que se someta a la ley y al derecho, 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.

El procedimiento administrativo en Venezuela, al menos formalmente, parte del principio en la teoría de la centralidad del individuo porque es precisamente – como concluye la ponencia del Profesor Prats –una garantía para los ciudadanos pues delimita la actuación administrativa con el objetivo de a) garantizar y respetar los derechos fundamentales mediante el establecimiento previo de

²⁴¹ Sobre el carácter servicial de la actuación de la Administración Pública derivado del artículo 141 de la Constitución venezolana vigente, se recomienda la lectura del profesor venezolano Carlos García Soto arriba citado.

los límites de actuación de la Administración Pública; y, b) lograr el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de interés público atribuidos a los titulares del ejercicio de la función administrativa.

Ahora bien, en los regímenes de “encierro”, como los llama el escritor húngaro Sándor Márai²⁴², no caben términos ni conceptos como el de ciudadano, derechos humanos, principio de legalidad, democracia, división de poderes, debido proceso, ni mucho menos el derecho fundamental a la buena administración que implica, entre otros, el de la responsabilidad administrativa, rendición de cuentas, decisiones administrativas motivadas o control jurisdiccional del poder.

En los Estados autoritarios, el poder y la Administración Pública, no tienen su fundamento en la consecución de los intereses comunes a los cuales debe servir con objetividad, a fin de garantizar y proteger la libertad de cada individuo y la igualdad de estos en el acceso de las condiciones mínimas para que puedan desarrollarse libremente de acuerdo a sus necesidades económicas, físicas, espirituales e intelectuales²⁴³.

²⁴² Sándor Márai, ¡Tierra, Tierra!. Editorial Narrativa Salamandra. 2009. Pp. 404.

²⁴³ “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden de garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana en es algo que se debe considerar el solar de la racionalidad desde el proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de distintas opciones políticas. Algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciegan de tal manera a nuestros gobernantes y administradores que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad que se cifra en la obsesión ideológica. Planteamiento que excluye del espacio de la liberación pública y, por ende, del interés público, a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.”; y más adelante concluye el autor citado, “Si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se contemplará la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo más, se pensará desde esta perspectiva que los ciudadanos no son las que destinatarios de políticas públicas de salvación que proceden del monopolio de lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa”. Jaime Rodríguez-Arana, “El derecho fundamental al buen gobierno”, *Ob. Cit.* Pp. 37.

En la Venezuela de hoy día, y no obstante lo que ordena la Constitución de 1999, la idea según la cual la persona es el principio y fin de la actuación administrativa, es absolutamente una ficción.

Hay múltiples ejemplos de ello que han sido denunciados una y otra vez de manera impecable y consistente por muchos juristas venezolanos, pero especialmente por el maestro Allan Brewer Carías quien, desde su injusto exilio, ha puesto en evidencia cómo el gobierno y los poderes públicos venezolanos han venido transformando el modelo de Estado social y democrático de derecho y de justicia por un régimen autoritario que concentra cada vez más poder en cabeza del Ejecutivo hasta convertirse, en la actualidad, en una clara y evidente dictadura del siglo XXI.

Entre tantos ejemplos que podemos dar de esta dramática afirmación, voy a mencionar uno a mi modo de ver revelador vinculado con la regulación del procedimiento administrativo sancionatorio.

Como ya se ha dicho la propia naturaleza jurídica del procedimiento administrativo y, particularmente, del procedimiento sancionatorio es levantarse como un cauce ineludible del ejercicio de la función administrativa, y tiene como fin garantizar, absolutamente y sin excepciones, los derechos de los particulares que se vinculan con la Administración en especial el derecho a la defensa y el debido proceso.

Pues bien, en Venezuela se encuentran vigentes procedimientos administrativos sancionatorios regulados en la legislación de aeronáutica civil, la de contrataciones públicas y la de precios justos que prevén, nada más y nada menos, que las sanciones de “plano”²⁴⁴.

²⁴⁴ Sobre este tema, *vid.* Flavia Pesci-Feltri, *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano*. Colección Monografía, N 9. Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018.

Es decir, está regulada la posibilidad de que la Administración Pública imponga una sanción sin que previamente se haya producido el respectivo procedimiento sancionatorio; o lo que es lo mismo, sin que se le haya garantizado al administrado el derecho humano al debido proceso, aun cuando el artículo 49 constitucional es muy claro al ordenar que el debido proceso y, por tanto, la defensa, la segunda instancia, la presunción de inocencia, ser oído con todas las debidas garantías y el derecho a no declarar contra sí mismos, han de ser garantizados tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos.

Estas normativas -la de aeronáutica civil, contrataciones públicas y precios justos-, además de consagrar las sanciones de “plano”, tienen en común que:

- a) están concebidas para limitar y en realidad eliminar la libertad de empresa, otorgándoles a la Administración Pública amplias potestades de control sobre la libertad económica de los particulares;
- b) han sido objeto de numerosísimas reformas a lo largo de estos años las cuales han estado dirigidas a ampliar las potestades de la administración; y,
- c) todas ellas han sido dictadas, bien en su primera promulgación o en sus sucesivas reformas, por el Poder ejecutivo en función de las distintas habilitaciones legislativas que le hizo al Presidente de la República la Asamblea Nacional quien, contrariando la Constitución vigente y principios constitucionales fundamentales como el de división de poderes, cedió su función principal de legislar con las consecuencias lamentables que se han derivado de dichas habilitaciones en contra de los derechos de todos los ciudadanos.

La previsión de sanciones de “plano”, execradas en los Estados constitucionales contemporáneos, no sólo se encuentra regulada en las normas a las que hice mención conculcándose el debido proceso, sino que los órganos y entes administrativos han ejecutado tales procedimientos sin resguardar el referido derecho, bajo la justificación de que la ley los autoriza para ello; y, finalmente, el propio Tribunal Supremo de Justicia, supuesto garante de los derechos humanos y del control del poder, al revisar los recursos contencioso administrativos contra la imposición de estas sanciones las ha admitido afirmando, sin rubor alguno, que en tales procedimientos sí se garantiza el debido proceso, y por tanto se cumple con lo previsto en el artículo 49 constitucional, porque de lo contrario los recurrentes no hubieran llegado a esa instancia.

Ahora bien, con relación a las decisiones de plano sin procedimiento previo, el Profesor Jorge Prats afirma en el trabajo que comentamos que “*solo en casos excepcionales de urgencia extrema o necesidad, la Administración puede decidir de plano, es decir, sin tramitación previa alguna, aunque siempre sometida a Derecho*”²⁴⁵; por falta de tiempo no es posible profundizar en este punto, pero sí sería interesante matizar dicha afirmación porque toda actuación administrativa que se ejecute sin procedimiento previo es una clara vía de hecho y, aun estando en situaciones de extrema emergencia o excepcionales, siempre habrán de garantizarse ciertos derechos esenciales como el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa.

Quiero concluir diciendo, que en Venezuela el ciudadano no es el centro alrededor del cual los poderes públicos y la Administración Pública actúan para garantizar la libertad y la igualdad

²⁴⁵ Jorge Prats, “El Derecho Administrativo centrado en la persona y el procedimiento administrativo como garantía fundamental de los derechos de las personas ante la Administración”, Ob. Cit. Pp. 15.

en el acceso a condiciones mínimas a fin de que nos podamos desarrollar dignamente.

Muy por el contrario, desde el poder se han venido socavando todas las instituciones políticas y jurídicas fundamentales que Occidente ha elaborado a lo largo de su combativa historia por la libertad y la dignidad, convirtiéndonos no en ciudadanos activos colaboradores de la satisfacción del interés general, que es lo que aspiraríamos en estos tiempos, sino en entes aniquilados cuya voluntad de ser libres ha sido adormecida por la miseria, el hambre, la tortura, la muerte.

Hoy, en este régimen de “encierro” que azota Venezuela la persona -como afirma el escritor húngaro Sándor Márai-, *“ya no solo es un preso domado y adiestrado del sistema, sino que se está convirtiendo en ayudante voluntario y en cómplice porque se está consumiendo en él la última chispa de conciencia sobre la necesidad de la liberación”*²⁴⁶.

²⁴⁶ Sándor Márai, ¡Tierra, tierra!, *Ob. Cit.* Pp. 404.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA
PRESENTADA POR EDUARDO JORGE PRATS**

MANUEL ROJAS PÉREZ

Abogado. Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional. Becario del Programa Internacional de Liderazgo para Visitantes (IVLP) del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. Concejal del Municipio de Chacao, Venezuela. Secretario General de Acción Democrática Chacao.

Me atrevo a vaticinar que una de las conclusiones que resultarán del análisis de estas IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo en homenaje a nuestro maestro Allan Randolph Brewer-Carías, es la relación directa, intrínseca, inagotable, del derecho administrativo y sus múltiples figuras con la noción de persona, de ciudadano, de ser humano.

Esa visión moderna del derecho administrativo –del derecho público en general- que ya no gravita sobre el privilegio, prerrogativa o potestad pública o sobre el acto administrativo, ni se limita exclusivamente a la concepción en la cual la Administración unilateralmente interpreta y concreta el interés general, coloca a las personas en el centro mismo de su eje de acción, “más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos” diría el profesor Rodríguez-Arana. Y el profesor Jorge Prats ha puesto las cosas en su lugar en ese sentido, destacando esa visión moderna, donde de la Administración queda vinculada a las garantías jurídicas de los derechos fundamentales, lo que supone que los ciudadanos tienen derecho a una Administración que sirva a los ciudadanos, que actúe con eficiencia y eficacia y que promueva la participación

ciudadana, esto es, derecho a una buena Administración, que en el caso venezolano, está consagrada en el artículo 141 constitucional y en el artículo 8 de la Constitución dominicana.

Esto es, una Administración que sirva a los ciudadanos, que promueva la participación ciudadana y permita a las personas coadyuvar en la toma de decisiones públicas, que actúe con eficiencia, y que en cualquier estado de la actividad administrativa se respete el debido proceso y el debido procedimiento.

Como ha resaltado en sus comentarios la profesora Flavia Pesci-Feltri, Venezuela tiene en su bloque de la legalidad una serie de leyes que establecen sanciones “de plano”, lo que es no solo inconstitucional de cara a la Constitución venezolana, sino que atenta contra los principios mismos de esta visión moderna del Derecho Administrativo a que hace referencia el profesor Jorge Prats.

El procedimiento administrativo actúa como garantía misma de los derechos de las personas, pues no resultan admisibles estas llamadas sanciones de plano en ningún escenario, es decir, sin que se imponga como consecuencia de la aplicación del procedimiento legal establecido y sin que se permita el derecho a la defensa y al debido procedimiento.

Incluso, en los momentos de mayor urgencia como son los Estados de Excepción, no se podría hablar de exclusión de los procedimientos administrativos o de sanciones de plano. En efecto, la Ley Orgánica de Estados de Excepción en su artículo 7 prohíbe expresamente la restricción del debido proceso, todo ello en ejecución directa del artículo 339 constitucional que consagra que todo decreto de Estado de Excepción 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, que determinan, en su artículo 4.2 y 27.2, respectivamente, que se debe siempre respetar el debido proceso

mediante procedimientos establecidos legislativamente. Es decir, en los Estados de Excepción no hay excepción para el cumplimiento de los procedimientos administrativos.

Volviendo con la ponencia que me tocó comentar, la misma no dejó nada por fuera, fue magnífica en cuanto a que explicó como el derecho administrativo centra su atención en la persona —más que en el ciudadano como lo señala el conferencista Jorge Prats—.

Tenemos entonces una nueva visión del derecho administrativo, que cambia su objeto. Y tiene esta nueva manera de entender el derecho administrativo como elemento fundamental el derecho a la buena administración.

Ese derecho a la buena administración implica la defensa de las libertades ciudadanas, las libertades individuales y las públicas; una sana participación ciudadana que no se limite a escuchar al ciudadano sino a involucrarlo en el ejercicio de la toma de decisiones públicas, una equidad entre interés general y derechos individuales y; la búsqueda de una mejor decisión administrativa, donde la teoría jurídica de las potestades discrecionales no determine simplemente que el funcionario tiene posibilidad de tomar varias decisiones ante un mismo hecho en el ejercicio de sus competencias, sino que debe hacer todo lo que esté a su alcance para tomar la mejor decisión posible.

El derecho a la buena administración pasa ahora a ser el nuevo paradigma del control de la discrecionalidad para que esta no se convierta en arbitrariedad.

Se tiene entonces que la legalidad, la calidad, la eficacia, la transparencia, la participación ciudadana y la eficiencia, como principios del derecho a la buena administración, destierran la ocurrencia, la arbitrariedad al propiciar la mejor justificación de la decisión administrativa. Y al poner al ciudadano, a la persona, en el centro de todo este entramado jurídico, se le respeta su condición de tal,

se le permite colaborar en decisiones que lo van a afectar como miembro y doliente de un colectivo.

Los ciudadanos ya no son sujetos que reciben solamente bienes y servicios públicos del poder. Con esta visión, por su inserción en el estado social y democrático de derecho, son actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es patrimonio único del Poder Público. Ya no es objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, gracias a la Participación Ciudadana como ejercicio del derecho a la buena administración, ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado junto al ciudadano, al lado del ciudadano, de la mano del ciudadano.

Ahora el ciudadano ocupa un lugar estelar en la actividad administrativa. Esto exige un nuevo análisis y reinterpretación de conceptos antaños del derecho administrativo como servicio público, potestades públicas, ejecutividad, ejecutoriedad, privilegios, prerrogativas. Ya la Administración no tiene una automática posición de supremacía que le permite operar de manera exorbitante. Ya no hay poderes implícitos. Cuando los haya, y debe haberlos porque tampoco se puede acabar con el principio esencial del interés general, deben estar plenamente justificados, acordados con el ciudadano. Ahora la motivación de los actos administrativos, y en general de la actividad administrativa toma una importancia central en el accionar de la Administración Pública.

Con esta visión que nos explica el profesor Jorge Prats, el derecho administrativo sigue siendo la lucha contra las inmunidades del poder como lo enseñó el maestro Eduardo García de Enterría, pero con la finalidad de servir a las personas, de hacer de la Administración Pública un vehículo que ayude a promover el bienestar general y garantizar los beneficios de la libertad, *the Pursuit of Happiness*, la búsqueda de la felicidad, parafraseando la Declaración de Independencia de 1776 de los Estados Unidos de Norteamérica.

**AUGE Y CRISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS
JURÍDICOS-PÚBLICOS EN VENEZUELA
(SOBRE LA FUNCIÓN LEGITIMADORA
DEL PROCEDIMIENTO)**

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

Abogado por la Universidad Central de Venezuela, con mención *Summa Cum Laude*. Cursó Postgrados en Derecho Urbanístico, en Administración Pública y en Análisis Regional y Ordenación del Espacio, en las ciudades de Toulouse y París, Francia. Fue magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, así como magistrado suplente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Es profesor ordinario en la Universidad Central de Venezuela. Director del Instituto de Derecho Público de la misma Universidad. Es vicepresidente de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).

Resumen: Partiendo del carácter instrumental propio de los procedimientos, en este trabajo se pretende poner de relieve la importancia de la función legitimadora que los mismos deben cumplir respecto de las actuaciones estatales. Se toma como caso de estudio lo ocurrido en Venezuela en las últimas décadas con los procedimientos jurídico-públicos, entendiendo por tales no sólo a los procedimientos administrativos, sino todos los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para que las autoridades del Estado ejerzan adecuadamente las funciones públicas que tienen encomendadas. Bajo esa perspectiva, se examinan dos momentos en la historia venezolana reciente: primero, la etapa de surgimiento y eclosión de los procedimientos destinados a proteger los valores y principios democráticos, a través de los cuales se pretendía conferir la mayor legitimidad posible a las

actuaciones públicas, ocurrida bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Luego, la iniciada con la Constitución de 1999, en la que se ha venido desmontando progresivamente ese edificio de procedimientos legitimadores del ejercicio del poder que es el Estado de Derecho.

Abstract: We seek to highlight the importance of the legitimizing function of procedures in all State actions, based on the instrumental quality inherent to those procedures. We analyze the past four decades of Venezuela's public procedures, which we define as encompassing not only administrative law, but all processes established by the legal system to dictate the role, functions and procedures of the State's authorities. Through this lens, we examine two moments in recent Venezuelan history: first, the emergence and establishment of public procedures, under the Venezuelan Constitution of 1961, meant to protect the democratic principles and values, and fully legitimize the public actions of the State; and second, starting with the Constitution of 1999, the gradual dismantling of this body of procedures, that legitimize the exercise of power under the rule of law.

Palabras clave: Procedimientos administrativos - Procedimiento legislativo - Procedimientos judiciales - Reforma constitucional - Asamblea Nacional Constituyente - Decretos-leyes - Designación de altas autoridades - Participación ciudadana - Desviación de procedimiento.

Keywords: Administration processes - Legislative process - Judicial process - Constitutional reform - Constituent National Assembly - Statutory orders - Appointment of high authorities - Citizen participation - Misuse of procedure

INTRODUCCIÓN

El tema de los procedimientos siempre ha tenido en el Derecho un lugar de segunda importancia. Probablemente esto se deba a

su carácter instrumental. Ellos no son relevantes en sí mismos. Lo que importa es el fin que con ellos se persigue, el bien digno de protección jurídica al servicio del cual han sido previstos.

Tal carácter es quizá también lo que explique el que siempre estén a la búsqueda de una justificación. Necesitan una razón válida para justificar su existencia. En la doctrina *ius administrativa*, uno de los primeros temas que se aborda al tratar de los procedimientos es el del fin que cumplen y que les sirve de justificación²⁴⁷. De no encontrarse esa razón plausible, pareciera carecer de sentido el cumplimiento de todos los trámites, gestiones y formalidades que un procedimiento comporta, con su carga de demoras y rigideces. Y, efectivamente, por lo general se suele destacar que los procedimientos administrativos tienen como propósito proporcionar garantías suficientes a los derechos de los ciudadanos; la Administración, al ejercer las potestades de las que es titular, debe seguir un cauce formal que le impida abusar de ellas, que la conduzca a actuar con el debido respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos. Otro sector de la doctrina observa que esa justificación quizá no resulte suficiente o, en todo caso, no cubre todo el amplio abanico del actuar administrativo; se añade, entonces, otra justificación, de carácter más pragmático: los procedimientos tienen por finalidad conducir a la Administración a realizar actuaciones más eficaces, más eficientes, más útiles, con mejores resultados. Aunque estos dos tipos de justificación han sido ampliamente utilizados, la búsqueda no ha cesado. Hay quienes exploran otras finalidades plausibles, tales como la ponderación de los diversos intereses en juego a propósito de una determinada actuación de la Administración; o la garantía formal de que ésta va a cumplir con

²⁴⁷ Una revisión general sobre el tema, en Hildegard RONDÓN DE SANSÓ: *El procedimiento administrativo*. 2a edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982. Un análisis más reciente, en José Ignacio HERNÁNDEZ: *Lecciones de procedimiento administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2012.

el papel vicarial que se le asigna dentro del Estado de Derecho en su concepción más actual.

La verdad es que todas esas explicaciones no lucen incompatibles entre sí y, por el contrario, parecieran todas formar parte de una función un poco más globalizante que cumplen los procedimientos en el marco del Estado democrático de Derecho: la función de otorgar a las realizaciones hechas por los distintos componentes del aparato estatal -y no sólo a los pertenecientes a la Administración- la necesaria aceptación que dentro de la colectividad deben tener las actuaciones de quienes ejercen el poder público. Partiendo de que en un estado democrático la soberanía reside en el pueblo, la autoridad no puede derivar sino del querer y de la voluntad de ese pueblo. De manera que una autoridad no se puede sustentar en sí misma, por el solo hecho de ser detentadora del poder. Esa autoridad, para ser legítima, debe provenir de la voluntad popular; y, luego, debe mantenerse en sintonía con ella para poder continuar siendo titular legítimo de esa autoridad.

Pues bien, la manera usual como el ordenamiento jurídico logra concitar esa aceptación crítica y reflexiva -que no obediencia ciega- de la población respecto de las instancias dotadas de autoridad es el establecimiento de determinadas formas. A nuestro ver, los instrumentos de carácter formal con los que el Derecho trata de otorgar legitimidad al ejercicio del poder son fundamentalmente de dos tipos: por un lado, atribuyendo las potestades públicas a determinadas instancias de autoridad; y, por otro, diseñando determinados procedimientos a través de los cuales tales autoridades han de ejercer la potestad que les ha sido atribuida. En la medida en que esas autoridades ejerzan esas funciones con estricta sujeción a las reglas formales predeterminadas, mayores serán las expectativas de que los actos resultantes de ese ejercicio gocen de una legitimidad mayor dentro del conjunto de la sociedad de que se trate.

Y es lógico que se trate siempre de un tema formal. El derecho no puede garantizar que el contenido de las decisiones de las autoridades estatales se agrade para todos. La legitimidad de esas actuaciones no puede provenir de su contenido. Por definición, ese contenido gustará a algunos y a otros, no. Para lograr el equilibrio entre los diferentes “gustos” y preferencias, están los mecanismos de la democracia, de corte político: elecciones, mayorías, consultas, alternabilidad; a través de ellos se puede ir al fondo de las cosas y conciliar los diferentes gustos. Pero lo que puede garantizar un nivel aceptable de legitimidad común, son los mecanismos formales. Una sentencia necesariamente agrada a una parte y decepcionará a la otra; un ordenamiento jurídico democrático lo que puede garantizar es que para ambas se trate de una decisión legítima, y ello se logra por la vía de las formas, lo que se ha dado en llamar “el debido proceso” llevado adelante por un juez imparcial. En un evento comicial, no todos los participantes van a ganar; pero los resultados serán aceptados y respetados por todos en la medida en que la elecciones hayan sido transparentes y manejadas por autoridades neutrales.

La legitimidad parece reducirse, pues, al tema de los procedimientos. Efectivamente, la legitimidad de las autoridades deriva del hecho de que para su elección o designación se han cumplido unos procedimientos diseñados precisamente para lograr que la persona que llegue a ser titular de los cargos goce de un nivel de aceptación razonable para todos. En definitiva, el Estado de Derecho pareciera estar compuesto como un complejo edificio de procedimientos: el ordenamiento jurídico surge de una determinada voluntad, la del pueblo, que se forma y expresa a través de un procedimiento aceptable para las mayorías; y, luego, se va desarrollando a través de nuevos procedimientos, a través de los cuales son designadas las autoridades que van a ejercer el poder encomendado por el pueblo, cumpliendo las funciones que les han sido encomendadas

por intermedio de otros procedimientos también diseñados previamente para ello; y así sucesivamente...

He allí, pues, la función fundamental que cumplen los procedimientos que deben aplicar las autoridades del aparato estatal: otorgar a sus decisiones y actuaciones un nivel adecuado de legitimidad que permita a ese aparato estatal seguir funcionando dentro de los niveles de lo razonable. En la colectividad de que se trate, habrá un número mayor o menor de personas a quienes esas decisiones les guste. Pero la mayoría las percibirá como legítimas. Los problemas de desestabilización y de falta de gobernanza provendrán de que estos procedimientos dejen de proporcionar el nivel aceptable de legitimidad que se espera de ellos; y esto, a su vez, provendrá del mayor o menor grado de cumplimiento que las autoridades den a los procedimientos.

Pues bien, estas reflexiones introductorias sirven para señalar la orientación bajo la cual nos proponemos hacer el análisis del devenir de los procedimientos jurídico-públicos en Venezuela durante estas últimas décadas. Hemos escogido, desde el punto de vista temporal, el período que va desde mediados del siglo XX, cuando en Venezuela fue recuperado -aparentemente para siempre- el camino democrático, luego de la caída de la que se creyó era la última dictadura. A partir de allí, se produjo un importante empuje hacia la procedimentalización de las funciones estatales, durante un período que duró hasta fines del siglo, cuando alcanzó su cúspide, con la Constitución de 1999. Ese primer período lo podríamos denominar de surgimiento, auge y cúspide. Pero justo a partir de 1999 comenzó una etapa inversa, en la que los procedimientos jurídico-públicos comenzaron a entrar en crisis, en un proceso creciente de declive, que nos ha traído a la situación en que actualmente se encuentra el país: en una crisis institucional global.

I. HACIA LA PROCEDIMENTALIZACIÓN: EN BUSCA DE UNA MAYOR LEGITIMIDAD DEL ACTUAR DEL ESTADO

Tradicionalmente, la situación en materia de procedimientos jurídico-públicos en Venezuela era similar a la de la mayoría de los países latinoamericanos. Las únicas funciones estatales dotadas de procedimientos formales para su ejercicio eran la legislativa y la jurisdiccional. En el caso de la primera, en el texto constitucional se encontraba diseñado el procedimiento para la elaboración de las leyes en sus rasgos esenciales, que luego eran desarrollados en los reglamentos internos y de debates aprobados por las propias Cámaras legislativas. Por lo que respecta a la función jurisdiccional, los procedimientos estaban regulados en los diversos códigos y leyes de procedimientos civiles, penales y los correspondientes a otras especialidades, los principales de ellos provenientes, directa o indirectamente, del siglo XIX. En cambio, los procedimientos llevados a cabo por la Administración no contaban con una ley que los regulara. Sin embargo, esta ausencia no suscitaba mayores críticas en la doctrina, la cual tampoco era muy abundante durante los largos períodos de regímenes de fuerza por los que atravesó el país.

Sin embargo, con el advenimiento de un período de apogeo democrático, a fines de los años 1950, comenzó a producirse un movimiento creciente hacia el desarrollo de formas procedimentales más democráticas, más garantistas de los derechos ciudadanos y de las libertades públicas. Se trató inicialmente de un proceso lento, pero fue adquiriendo fuerza y consistencia a lo largo de las cuatro décadas ese período democrático. En él, la formalización legal de los procedimientos administrativos jugó un papel preponderante; pero no fueron los únicos en sufrir esa importante transformación. A lo largo del período se observa una creciente búsqueda de formas y procedimientos que otorguen mayores niveles de legitimidad

a las realizaciones de las instituciones estatales. La cúspide de ese proceso de búsqueda podría decirse que fue alcanzado justo cuando terminaba el siglo, con la aprobación de la Constitución de 1999.

A continuación se muestra una breve reseña de ese proceso de búsqueda de mayores niveles de legitimidad en las instituciones estatales, a través de mejores procedimientos jurídico-públicos.

1.1. El punto de partida: La ley de procedimientos administrativos y su fuerza expansiva

Al comienzo de la etapa democrática iniciada a mediados del siglo pasado, Venezuela carecía de una legislación general sobre procedimientos administrativos. Esa era una situación bastante extendida en el mundo, no sólo en el ámbito latinoamericano, sino incluso en muchos países de larga tradición democrática y con un Derecho Administrativo muy desarrollado. Es verdad que en España, con todo y estar regida por la dictadura franquista, había sido aprobada en 1958 una Ley de Procedimientos Administrativos, la cual había estado precedida por otros textos legales sobre la misma materia; que en Alemania ya habían sido adoptadas leyes de procedimientos administrativos desde 1925, al igual que en algunos otros países europeos también se había legislado al respecto. Pero, en cambio, ni en Francia -país considerado generalmente como la cuna del Derecho Administrativo- ni en Italia, con una también prolongada tradición en esta rama jurídica, no había leyes generales sobre los procedimientos administrativos, como tampoco la doctrina ni la jurisprudencia consideraban que esa ausencia fuera una falla del sistema; la validez de la actuación administrativa, desde el punto de vista formal, era apreciada a la luz de los principios generales del derecho. Una situación semejante se daba en nuestro continente, donde muy pocos países habían adoptado leyes generales sobre procedimientos administrativos.

Con el derrocamiento en enero de 1958 de la que entonces se creía sería la última dictadura en Venezuela, liderada por el militar Marcos Pérez Jiménez, se genera un cambio drástico en el ambiente político del país. El derrocamiento se produjo en el marco de un movimiento en el que había participado protagónicamente la población. Los partidos políticos, hasta entonces perseguidos e inhabilitados, adquirieron un papel muy visible y activo. El deseo de democratizar al país se imponía y se reflejaba en las más diversas instituciones. En ese espíritu, se aprobó una nueva Constitución, en cuya elaboración participaron todas las corrientes políticas del país.

En Venezuela, como se acaba de decir, no existía una ley general sobre el tema. Algunas leyes especiales, referidas a determinados sectores de actividad o a algunas instituciones especializadas, contenían normas sobre los procedimientos que se desarrollaban en esas áreas, como en materia bancaria, de seguros o de propiedad industrial, o sobre el mecanismo expropiatorio. En el resto de las actividades llevadas a cabo por la Administración, imperaba la informalidad o el principio de la discrecionalidad administrativa para determinar las formas procedimentales de su actuar.

Dentro del ambiente proclive a la democratización y a la institucionalización republicana del país, se sentía la necesidad de producir un texto legal que regularizara y formalizara la actividad de la Administración. En este punto es necesario rendir el obligado reconocimiento al epónimo de estas Jornadas, profesor Allan R. Brewer-Carías, por su activa y decisiva participación en esta tarea. Dentro del esfuerzo por la modernización de la Administración Pública venezolana emprendido por la Comisión de Administración Pública bajo su presidencia, y con la colaboración del medio universitario, aglutinado en torno al Instituto de Derecho Público, del cual él fue uno de los más destacados directores, se le dio particular énfasis a la creación de una ley con ese objetivo. Afortunadamente,

ese movimiento alcanzó su propósito y a mediados de 1981 fue aprobada por el Congreso de la República la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, corrientemente denominada LOPA.

El contenido de esa ley puede ser dividido en dos grandes partes: por un lado, las reglas y principios que deben regir las relaciones entre los particulares y la Administración o, más precisamente, las Administraciones, puesto que su ámbito subjetivo de aplicación se extiende a la Administración Nacional, Estadal y Municipal, tanto en el nivel central como en el descentralizado, e incluso a las autoridades con autonomía funcional. En este aspecto, puede decirse que la ley recoge las principales garantías y principios estándares en los países democráticos para la época: el derecho de petición; la obligada motivación de los actos administrativos; la proscripción de las vías de hecho; la publicidad de expedientes y archivos administrativos, para citar algunos de los más notables.

Por otro lado, en lo propiamente procedimental, la ley establece la obligación de que todo acto esté precedido de un procedimiento formativo, a cuyo fin establece un procedimiento ordinario, que deberá ser utilizado por las Administraciones cada vez que no exista uno específicamente contemplado en un texto legal, sobre una materia especializada. No hay excusa, pues, para que no se aplique siempre algún procedimiento, ya sea el especial, ya sea el de la LOPA. Ese procedimiento ordinario es presentado en la ley con dos versiones: el ordinario propiamente dicho y el sumario, para los casos de tramitación más sencilla, pero rodeado siempre de garantías para el particular. Frente al eventual riesgo de que un solo y único procedimiento resultara una fórmula rígida e inadecuada para la gran variedad de materias y sectores diversos dentro de los que actúa la Administración Pública, el legislador optó por diseñar un modelo flexible, que podría calificarse de “modular”: un armazón muy amplio, delimitado sólo por un comienzo y un fin,

entre los cuales no deben transcurrir más de cuatro meses (más una posible prórroga de dos); y, para rellenar ese armazón, una serie de “módulos”, de aplicación variable según las circunstancias: si se requiere abrir a pruebas, pues entonces se aplicará el módulo de la articulación probatoria; si el particular o la Administración estiman necesaria una información que cursa en otra dependencia, se utilizará el módulo para solicitar información; si la petición o solicitud inicial del particular está incompleta, se acude al despacho saneador; si hubiere que notificar al interesado u otro particular, se aplicará el módulo de las notificaciones; y, así, sucesivamente.

La ley fue bien recibida, incluso por parte de la propia Administración, probablemente por ese diseño modular y el carácter no preclusivo de las actuaciones y lapsos, que le daban al procedimiento ordinario de la LOPA la necesaria flexibilidad como para poder ser aplicado en las diversas realidades en que aquélla se desempeña. La proliferación de cursos, eventos, seminarios y otras formas de divulgación que siguieron a su promulgación también contribuyeron a su popularización. Como lo señalaba el maestro Brewer-Carías en una de sus obras más difundidas, dedicada precisamente a la LOPA y sus relaciones con el Derecho Administrativo venezolano²⁴⁸, ésta tuvo un efecto revolucionario, tanto en el medio académico como en la misma realidad administrativa del país.

Entre otros efectos positivos de la ley, se produjo una proliferación normativa sobre procedimientos administrativos. Muchas leyes sectoriales comenzaron a contemplar procedimientos especiales en sus respectivas materias. En los Estados y en los Municipios, al menos en los más poblados y dinámicos, fueron

²⁴⁸ Allan R. BREWER-CARÍAS: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*. Colección Estudios Jurídicos N° 16. 9ª edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010

dictadas las correspondientes leyes y ordenanzas de procedimientos administrativos. En el nivel nacional, los procedimientos legislados se extendieron hacia los actos de naturaleza contractual, fundamentalmente a través de la Ley de Licitaciones, de 1990, y varios reglamentos sobre procedimientos de selección de los contratistas de la Administración. En ese proceso de eclosión de la procedimentalización administrativa, cabe mencionar también otros sectores especializados, como la materia electoral, con leyes que contemplaban procedimientos para todas las fases de los procesos comiciales, cada vez más complejos y sofisticados, sobre todo a fines de los años 80 y durante la década de los 90 (la última fue la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, de 1997 y 1998).

1.2. Mejorando el procedimiento de la función legislativa

Por lo que se refiere a las otras funciones del Estado, también se produjeron algunas innovaciones notables. En cuanto al procedimiento legislativo, en una de las dos enmiendas que sufrió la Constitución de 1961 (la Enmienda N° 2, de marzo de 1983) se introdujo la figura de la Comisión Legislativa, con el objetivo de aligerar en algo el laborioso proceso de elaboración de las leyes; aunque con un método simplificado. Con todo y tener el objetivo de acelerar el procedimiento, el mecanismo respetaba los principios fundamentales de la representatividad y de la proporcionalidad en la conformación de la Comisión Legislativa. En efecto, ésta debería estar compuesta por senadores, para mantener la representación de los Estados, y por diputados, que aseguraban la representación de la población general. Además, los integrantes debían ser elegidos de modo que reflejaran la composición política del Congreso, con lo cual se buscaba reproducir en ese nuevo órgano la correlación de las fuerzas políticas del país en el momento. Al diseñar esta reforma, se tenía claro que la mayor celeridad no podía prevalecer

sobre la necesidad de mantener la debida legitimidad política en las leyes que fueran aprobadas mediante ese procedimiento especial.

La Constitución de 1961 había previsto también la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dictara decretos con valor de ley. Pero tal potestad legislativa en cabeza del Presidente de República -elegido por el pueblo, pero no representativo de la voluntad general, en la medida en que para resultar electo no se requería ni siquiera la mayoría absoluta del electorado⁻²⁴⁹ estaba prevista para ser ejercida en forma excepcional, en casos de situaciones no ordinarias; además, su ejercicio estaba condicionado a una determinante intervención del Poder Legislativo, en forma previa o posterior, lo que buscaba indudablemente otorgar una mayor legitimidad a esas actuaciones -en cierto grado, anómalas- del Presidente. En la práctica política del país, esta facultad presidencial fue utilizada con mucha mesura: sólo en tres oportunidades fueron dictadas leyes habilitantes para permitir al Presidente de la República dictar decretos-leyes en materias económicas y financieras, mientras que nunca fueron dictados decretos-leyes de servicios públicos. En cuanto a la tercera modalidad posible, los decretos de estados de emergencia, la tradición venezolana había sido la de mantener suspendidas las garantías económicas, lo que permitía al Presidente legislar en esa delicada materia; también fueron suspendidas algunas garantías civiles y políticas, pero ello ocurrió en el período de grave alteración del orden público, debido al movimiento guerrillero de los años sesenta, terminado mediante el proceso de pacificación bajo la presidencia de Rafael Caldera, a comienzos de los años setenta. Pues

²⁴⁹ Según la Constitución de 1961, bastaba obtener la mayoría simple -lo que podía significar incluso apenas la mayor de las minorías, como ocurrió con algún candidato a Presidente- para resultar electo. Esta modalidad se repite en la Constitución actual, en la que no está prevista una segunda vuelta para la elección presidencial, bastando la simple mayoría. De esa manera, en toda la segunda mitad del siglo XX, sólo tres Presidentes fueron electos con más del 50% de los votos; en los demás casos, siempre se trató de una minoría superior a las otras, incluyéndose un caso en que esa mayor minoría no alcanzó ni siquiera al 30%.

bien, las debilidades en la regulación de esta potestad presidencial en el texto constitucional fueron duramente criticados por autorizada voces desde la doctrina jurídica; y aquí debemos mencionar de nuevo al profesor BREWER-CARÍAS, quien se esforzó en señalar los límites que debían respetarse en su ejercicio, a fin de otorgar a los decretos-leyes una mayor legitimidad.

Hay que señalar el hecho de que la Constitución de 1961 no le daba a la participación ciudadana la importancia que tiene en la actualidad. Así, el procedimiento legislativo no contemplaba de manera expresa mecanismos de participación, salvo la iniciativa popular, que permitía a un determinado porcentaje de electores presentar proyectos de ley al Congreso. Tampoco estaba previsto el referéndum como un instrumento de participación popular. De manera análoga, las restantes funciones estatales ese elemento participativo no estaba presente en el texto constitucional.

Ahora bien, la LOPA -destinada como estaba, principalmente a los actos administrativos individuales- no preveía la necesidad de un procedimiento previo para su elaboración. Las autoridades de la Administración con potestad reglamentaria tenían la más amplia libertad para elaborar los actos normativos para los que tenían competencia. Sin embargo, ya comenzaba a sentirse la necesidad de legislar sobre el tema. Así, en algunas leyes especiales, como las referidas a la ordenación territorial y al urbanismo (dictadas en los años 80) contemplaban lo que podría calificarse de bosquejos de procedimientos para la elaboración o modificación de ciertos actos generales -concretamente, los planes territoriales y urbanísticos- con fases de estudios técnicos y consultas a los ciudadanos y agrupaciones vecinales. También puede reseñarse como un intento de incorporar este elemento participativo en la gestión pública el proyecto de reforma constitucional de 1992, dirigido por el ex Presidente Rafael Caldera, para ese entonces senador vitalicio, en el cual se contemplaba como una de las mayores innovaciones la

del referéndum, bajo el impulso del movimiento vecinal, que había cobrado una enorme visibilización.

1.3. Los procedimientos de la función jurisdiccional

En lo referente a la función jurisdiccional, el progreso fue aún más notorio y diversificado. Las principales leyes reguladoras de procedimientos judiciales databan de varias décadas y estaban inspiradas en las concepciones tradicionales sobre el proceso. A pesar de que la Constitución de 1961 hacía pocas referencias expresas a los procedimientos jurisdiccionales, bajo su vigencia se produjeron notables modificaciones en la materia, tendentes a modernizar el proceso y otorgarle mayor legitimidad entre los operadores y los usuarios de la justicia.

La primera y fundamental innovación consistió en reformar integralmente el viejo Código de Procedimiento Civil, que databa de 1916. Cabe destacar, como coincidencia auspiciosa, que el nuevo Código, aprobado en diciembre de 1985, fue la primera ley con la que se inauguró el nuevo procedimiento parlamentario introducido por la Enmienda N° 2 a que se hizo referencia en el apartado anterior. A decir del Presidente de la Comisión Legislativa del momento, que llevó adelante la tramitación del proyecto, sin ese innovador procedimiento legislativo no habría sido posible la adopción del nuevo texto legal, por tratarse de un proyecto de los que, por su naturaleza, ofrecen dificultades extraordinarias de tramitación según las normas tradicionales²⁵⁰. Este nuevo código procesal rompió con la tradicional concepción -instalada en Venezuela desde los inicios de la vida republicana-²⁵¹ de un proceso

²⁵⁰ El Presidente de la Comisión Legislativa era en ese momento el senador Gonzalo BARRIOS. Ver Aristides RENGEL-ROMBERG: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el nuevo Código de 1987)*. Volumen I. Editorial Arte, Caracas, 1992, pág. 26. En esa obra se encuentra un buen análisis del nuevo sistema procesal, destacando las ventajas sobre el tradicional.

²⁵¹ Ese sistema se inició en el país con el Código de Procedimiento Judicial de 1836, conocido como el Código Aranda, por el nombre del jurista responsable de su redacción. Es la apreciación general de RENGEL-ROMBERG, *Ob. Cit.*, p. 30.

lleno de incidencias dilatorias y que relegaba al juez a una función catalogada por sus críticos como de “mercenaria”; concepción, por lo demás, muy extendida en Latinoamérica, por el hecho de provenir de la tradición medieval y del proceso romano-canónico, que nos llegó a través de la influencia de la Madre Patria. Se pretendió con el nuevo código superar esos anticuados moldes privatistas y adoptar la concepción científica moderna, que coloca al sistema del proceso civil en el campo publicista, en el que se desarrolla una relación jurídica procesal que tiene como cabeza al juez, representante del Estado en la administración de justicia, función estatal que tutela el interés público en la solución de los conflictos con una justicia pronta y efectiva.

Dada su condición de fuente fundamental del proceso que este código tiene en Venezuela, su reforma tuvo un efecto expansivo en todo el sistema procesal del país. En casi todas las jurisdicciones especializadas hubo importantes reformas procesales con el objetivo de modernizarlas, despojarlas de los atavismos que las caracterizaban e insertarlas dentro de las corrientes más actuales en las respectivas áreas. En materia procesal penal, por ejemplo, su reforma significó un gran acontecimiento en el que, durante cerca de dos años, participaron expertos, funcionarios, centros de investigación y organizaciones de derechos humanos; el resultado fue la aprobación del Código Orgánico Procesal Penal a mediados de 1998. Este nuevo código vino a sustituir el anticuado Código de Enjuiciamiento Judicial, que databa de 1926, cuya fuente inmediata había sido la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de fines del siglo XIX; y tuvo como objetivo fundamental la eliminación del tradicional sistema inquisitivo, para sustituirlo por el sistema acusatorio, conforme a las más modernas posiciones en el mundo. Otras innovaciones destacables fueron la publicidad y la oralidad del juicio, así como la participación de la ciudadanía mediante fórmulas de jurado, todas encaminadas a perfeccionar el ejercicio

de la función jurisdiccional y, en definitiva, a proporcionar mayor legitimidad popular y ciudadana a las sentencias.

De especial interés para nuestra especialidad jurídica resultó la revolución procesal que en materia contencioso-administrativa produjo la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aprobada en julio de 1976. Hasta ese momento, la jurisdicción contencioso-administrativo era ejercida por un solo tribunal: la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativo, más dos o tres tribunales competentes en materias muy específicas (tributaria y funcionarial), y los procedimientos eran los bastante anticuados que contemplaba una ley preconstitucional, dictada bajo la dictadura de Pérez Jiménez. Muchos intentos se habían hecho para dictar una ley sobre la materia, que desarrollara el precepto constitucional en el cual reposaba ese sistema, aún embrionario. Visto lo fallido de estos esfuerzos, se aprovechó la ocasión que brindaba el hecho de que iba a ser aprobada la ley sobre la Corte Suprema de Justicia, para introducir entre sus disposiciones transitorias algunas normas que contemplaban, con carácter provisional, un sistema diversificado de tribunales contencioso-administrativos y unos procedimientos más modernos para los recursos más usuales. Esa provisionalidad duró varias décadas, pero permitió la popularización en todo el país de los recursos contencioso-administrativos en defensa de los derechos e intereses de los particulares frente a la Administración, así como una jurisprudencia que favoreció la creación de un sólido marco doctrinal en nuestra disciplina.

Las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” -a las que ahora se está dando continuidad- se constituyeron en un foro en donde se discutía, además de los valiosos aportes de los participantes extranjeros, los criterios avanzados por esa jurisprudencia. Refiriéndonos al área específica que nos interesa ahora, merece ser destacado el hecho de que esa

jurisprudencia completó de una manera admirable las carencias y lagunas que la ley de la Corte Suprema presentaba en materia procedimental, dado el carácter provisional del régimen que ésta contenía; en esa labor, se aprovechó para introducir en el procedimiento las innovaciones que iban surgiendo en el ámbito internacional, como el carácter subjetivo del contencioso-administrativo o el principio de la universalidad del control sobre los actos estatales, para no mencionar más que un par de las más notables.

1.4. La crisis de legitimidad de las instituciones estatales

Ahora bien, ese evidente desarrollo de los procedimientos para el ejercicio de las funciones estatales no se correspondía con un adecuado mejoramiento de la organización de las instituciones públicas y su funcionamiento efectivo. Durante las dos últimas décadas del siglo XX, es decir, los últimos veinte años del período democrático del que venimos hablando se habían desencadenado variadas expresiones críticas contra el funcionamiento de los tribunales, percibidos como centros de corrupción, ineptitud, injustificada lentitud y muchos otros vicios; la percepción general mayoritaria era la de que, independientemente de las innegables mejoras procedimentales, la justicia no cumplía adecuadamente su función.

Las Administraciones no escapaban a críticas similares; la falta de profesionalismo, la parcialización política, la deficiencia en la prestación de los servicios públicos eran vicios que se imputaban no sólo a muchos organismos administrativos nacionales, sino también a las Administraciones locales, que eran tildadas de ineficientes y, en el caso de los Estados, de inútiles.

Como telón de fondo de todas esas denuncias se encontraba la crisis por la que estaban atravesando los partidos políticos, considerados como los responsables últimos de todas esas

falencias, dada la dominación que habían logrado sobre las instituciones públicas. Ante esa situación, surgieron importantes iniciativas destinadas a propulsar las necesarias reformas. El propio Ejecutivo Nacional creó la Comisión para la Reforma del Estado (la muy renombrada COPRE), integrada por personalidades y expertos de diferentes signo político y amplia experiencia, que impulsó reformas sobre todo en materia electoral, en las instituciones locales y en la búsqueda de nuevas formas de gestión, encauzadas a través de los procesos de privatización y de descentralización. Toca de nuevo mencionar al epónimo de estas Jornadas; efectivamente, el profesor Allan BREWER-CARÍAS desempeñó un papel muy destacado en el importante proceso de descentralización que se comenzó a desarrollar en los años 90 en el país, llegando a ser Ministro de Estado para la Descentralización. En lo referente a la actividad administrativa, se llegó a adoptar la orientación de una menor intervención en las actividades privadas, una de cuyas manifestaciones fue la de eliminar procedimientos administrativos inútiles o de sustituir las múltiples autorizaciones por simples notificaciones, así como introducir la figura del silencio administrativo positivo en algunos procedimientos. En materia judicial, la Corte Suprema de Justicia -que era blanco de las más graves críticas provenientes de diversos sectores nacionales- inició un importante proceso de reforma judicial, con el apoyo del Banco Mundial.

Lamentablemente, ni siquiera esos encomiables esfuerzos lograban eliminar la percepción negativa contra las instituciones. El deseo de cambio era cada vez más intenso. El intento de reformar la Constitución de 1961, liderada desde el Senado por el expresidente Rafael Caldera, en su condición de Senador vitalicio, no llegó a prosperar. El ambiente estaba preparado para un cambio drástico. Y eso fue lo que llegó, de la mano del nuevo régimen surgido con las elecciones de 1998, en las que resultó electo el militar

Hugo CHÁVEZ FRÍAS. Una de sus primeras iniciativas fue, para sorpresa de nadie, la de crear una nueva Constitución.

Esa nueva Constitución, a los efectos que nos interesan, marca la cúspide del proceso de procedimentalización de las funciones estatales que se había venido desarrollando en el período que en ese momento finalizaba. Luego veremos cómo, -paradójicamente- también marca el comienzo del declive de ese proceso.

II. LA CÚSPIDE DEL PROCESO DE PROCEDIMENTALIZACIÓN: LA CONSTITUCIÓN DE 1999.

En los años anteriores se había generado en Venezuela una percepción generalizada -una "matriz de opinión", según el uso impropio que se le ha venido dando a la expresión- de que las instituciones públicas no servían; que los partidos políticos las se habían apropiado de ellas y que sólo las utilizaban para sus propios fines; que estaban llenas de ineptos y de corruptos y que, en definitiva, no servían para los fines que se supone son los suyos: el servicio a la ciudadanía.

El clamor general era la necesidad de un cambio radical en las instituciones. Ese sentimiento generalizado fue capitalizado de manera muy eficiente por la opción política que terminó triunfando en las elecciones de fines de 1998. Y resultó triunfadora, precisamente, por saber aprovechar esa opinión sobre la imperiosa necesidad de cambio y de ruptura con el pasado. No es de extrañar, pues, que la principal acción adoptada de inmediato por el nuevo gobierno fuera la de cambiar la Constitución. No utilizar la vía de la enmienda, que ya se había utilizado dos veces en los años anteriores; ni tampoco la de la reforma, como se había intentado hacer en el año 1992, bajo la dirección de Rafael CALDERA, para entonces Senador vitalicio. No el cambio debía ser radical; era necesario adoptar una nueva Constitución, para marcar claramente

la ruptura con el pasado: con “los 40 años del puntofijismo”²⁵², “con las cúpulas podridas”, como despectivamente se describía a todo el período democrático anterior, comenzando a acuñar el neo-lenguaje que iba a caracterizar al nuevo régimen político.

En la Constitución aprobada por referéndum popular a fines de 1999 hubo efectivamente, notables cambios. Sin embargo, vamos a referirnos sólo a los que tienen que ver con el tema del presente análisis: los procedimientos jurídico-públicos.

Desde esa perspectiva, podemos observar en ese texto constitucional un énfasis marcado en la intención de dotar al país de nuevas instituciones en las cuales poder confiar, que el obtengan apoyo o, al menos, el respeto de las mayorías; en resumen, instituciones en torno a las cuales se reúna la mayor legitimidad posible.

En efecto, los Constituyentes de 1999 -dentro de los cuales debemos mencionar una vez más, al profesor BREWER-CARÍAS, quien fue uno de los pocos concedores de los temas constitucionales no afecto al régimen imperante que logró ser electo, a pesar del procedimiento electoral tendenciosamente diseñado a tal fin- hicieron un esfuerzo especial por lograr unos procedimientos confiables y equilibrados en las dos vertientes que su función legitimadora puede tener, conforme lo que señalábamos al inicio de este trabajo: en primer lugar, en lo tocante a las formas destinadas a la designación de las autoridades públicas; y, en segundo lugar, en lo referente a las formas para el ejercicio de las funciones que a ellas les corresponde desempeñar.

²⁵² La expresión viene del denominado Pacto de Punto Fijo, acuerdo político suscrito en 1958 entre las principales fuerzas políticas del país luego del derrocamiento del dictador Pérez Jiménez, en busca de la gobernabilidad dentro de un marco democrático. Manuel RACHADELL lo menciona entre los orígenes del “sistema de conciliación de intereses” que da nombre a su libro: *Evolución del Estado venezolano 1958-2015 (De la conciliación de intereses al populismo autoritario)*. Colección Estudios Políticos N° 11. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1015. En él se hace un interesante análisis de la neo-lengua como instrumento de dominación propio de los sistemaspopulistas.

2.1. Los procedimientos para la designación de las altas autoridades nacionales

En el nuevo texto constitucional se advierte de inmediato la intención de recuperar para las principales autoridades estatales la credibilidad que habían perdido. En vista de las críticas de que eran objeto, se optó por profundizar el principio de separación de poderes, a través del reforzamiento de la autonomía de las autoridades máximas de cada uno de los Poderes Públicos. Los máximos titulares de los poderes de carácter político, el Legislativo y el Ejecutivo, obtienen su legitimidad de origen por el hecho de resultar electos precisamente por la fuente originaria del poder: el pueblo. Pero los otros tres poderes, cuya función es de índole profesional, técnica y ética, deben hacer reposar su legitimidad sobre la manera en que sus titulares son escogidos, que garantice la adecuada condición humana, personal y ética de sus titulares. Esas características personales óptimas esperadas se ven reflejadas en los requisitos exigidos en la Constitución para llegar a ser titulares de los respectivos poderes públicos. Pero se trató de garantizar el efectivo cumplimiento de tales exigencias a través de procedimientos especialmente diseñados para dar confianza a la colectividad en general sobre la idoneidad de los seleccionados, procedimientos que al mismo tiempo tuvieran la transparencia suficiente como para garantizar su imparcialidad, condición necesaria para el ejercicio de las funciones que les son encomendadas. Igualmente, se quería neutralizar la influencia determinante que los partidos políticos habían tenido hasta entonces, partiendo de la premisa de que éstos tienen su sede natural precisamente en el Parlamento, órgano de carácter político en su composición.

Para tratar de alcanzar efectivamente todas esas finalidades, el Constituyente ideó procedimientos de selección bastante complejos, caracterizados por tres rasgos principales: repartición del poder de designación; marcada participación de la sociedad civil;

y exigencia de mayorías calificadas. Revisemos a continuación esos rasgos, presentes de alguna manera en todos los procedimientos de selección de las altas autoridades públicas: Magistrados del Tribunal Supremo, el Contralor, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo y los miembros del Consejo Nacional Electoral.

A- Fragmentación del procedimiento

En todos ellos, se ideó repartir el poder de designación, mediante la fragmentación del procedimiento en varias fases en las que se producen sucesivas depuraciones de los candidatos. Tradicionalmente, la designación de las máximas autoridades nacionales no electas popularmente había correspondido -de manera totalmente discrecional- al Congreso. Eso se prestaba para sospechas acerca de la independencia política de quienes resultaban designados, o de su carencia de credenciales profesionales. Eran frecuentes las denuncias de acuerdos secretos de carácter puramente político, en los que los partidos mayoritarios se repartían los cargos. Por eso, se tuvo la idea de restarle discrecionalidad al Parlamento, incorporando a otras instancias o instituciones en un proceso complejo de selección de los candidatos.

En todos los procedimientos se reservó a la Asamblea Nacional el poder de hacer la designación definitiva de los titulares del órgano de que se trate; pero esa designación definitiva no es libre, dado que sólo pueden escogerlos de entre una lista de candidatos que han sido previamente postulados por otras instancias o colectivos. Y en algunos casos, ese poder de postulación también se encuentra diseminado o distribuido entre varias fuentes de proposición; así pasa, por ejemplo, con los Rectores del Consejo Nacional Electoral, tres de cuyos cinco miembros son postulados por la sociedad civil; uno, por las facultades de derecho de las universidades nacionales; y uno, por el Poder Ciudadano (es decir, uno de los cinco poderes

en que se divide el Poder Nacional, compuesto por el Ministerio Público, la Contraloría y la Defensoría del Pueblo).

En todos los casos, la lista de postulados iniciales es revisada, evaluada y depurada por alguna instancia intermedia, a veces por dos. Por lo general, es obligatorio hacer la evaluación en un proceso público. De manera que, la lista definitiva de candidatos de entre los cuales la Asamblea Nacional puede hacer la selección definitiva no depende de la libre escogencia de esta última, sino que proviene de otras instancias y grupos de la sociedad civil o de la organización estatal. Se le redujo así al cuerpo político el papel determinante que de manera absolutamente libre antes tenía, con lo cual se supone que ya los partidos políticos no tendrán la libertad para “repartirse los cargos” en disputa.

B- Importante participación ciudadana

El segundo rasgo característico de estos procedimientos de selección está constituido por un importante ingrediente de participación ciudadana²⁵³. En algunos casos, a la sociedad civil -ya sea en su conjunto, ya sea a algún sector de ella en específico- está atribuido el poder de postulación inicial de los candidatos, como antes se hizo notar.

En todos ellos, se prevé expresa o implícitamente el poder de los ciudadanos para formular observaciones a algún postulado durante el proceso de selección. Aunque no lo dice así la Constitución, es obvio que esas observaciones tendrán que ser tomadas en cuenta y, de no ser aceptadas, habrá que explicar razonablemente el motivo.

²⁵³ Sobre la importancia de la participación ciudadana en los procesos de selección de las máximas figuras de los Poderes Públicos, ver Gustavo TARRE BRICEÑO: *Solo el poder detiene al poder. (La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela)* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

Pero quizá el instrumento más importante a través del cual la sociedad civil tiene una importancia fundamental en ese proceso es el de los denominados “Comités de Postulaciones”, cuya existencia y funcionamiento están previstos para todos estos procedimientos. En todos los casos, el respectivo Comité de Postulaciones está integrado por miembros de la sociedad civil, de tal manera que la primera fase del proceso, que cumple el importantísimo papel de depuración inicial de las candidaturas, está en manos de representantes de la colectividad. Este ingrediente es absolutamente cónsono con el carácter “democrático, participativo y protagónico” de la sociedad venezolana que se quiso instaurar en la Constitución de 1999, en la cual proliferan las menciones a la necesidad de participación ciudadana. Pues bien, en el caso de la selección de las altas autoridades nacionales, este mecanismo de participación está dirigido, evidentemente, a producir un resultado más legítimo para la colectividad en general, dado que su intervención en el procedimiento se produce desde el primer momento, de una manera muy determinante.

C- Exigencia de mayorías calificadas

El tercer rasgo, también dirigido a la misma finalidad legitimadora, es la exigencia de mayorías calificadas para producir la selección definitiva de los titulares de las supremas magistraturas nacionales. Por lo general, todas las designaciones finales, que corresponden siempre a la Asamblea Nacional, deben producirse mediante el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

No hay duda de que esta exigencia de un quórum aprobatorio tan elevado tiene como objetivo obligar a las distintas fuerzas políticas presentes en el Parlamento a buscar amplios consensos, lo que debería redundar en una mayor aceptación colectiva de la selección que finalmente recaiga.

Cabe destacar que la Constitución, en previsión de que en la Asamblea Nacional se trabase el proceso y que las fuerzas políticas presentes en ella no lleguen a un acuerdo con las dos terceras partes requeridas, concibió una solución que muestra, una vez más, la búsqueda de mecanismos procedimentales legitimantes en esta materia: si transcurre un mes sin que se haya llegado a un acuerdo, la selección del titular será sometida a referéndum popular. Esta fórmula está prevista expresamente para las autoridades del Poder Ciudadano (Fiscal, Contralor, Defensor del Pueblo); pero luce como más que razonable el que la misma sea extendida también a las otras máximas autoridades de los Poderes Públicos, necesitadas igualmente de una designación por mayoría calificada de la Asamblea Nacional.

D- Obligatoriedad de procedimientos concursales para el ingreso de los funcionarios ordinarios

Hasta aquí nos hemos referido a las máximas autoridades de los Poderes Públicos. Sin embargo, la importancia dada por el Constituyente a los procedimientos en esta función de otorgar una mayor legitimidad a los titulares de las funciones públicas no se limita sólo a la designación de esas máximas autoridades. También observamos su utilización para la selección de funcionarios de menor rango, pero a los cuales también se extendía el clamor popular sobre la necesidad de su imparcialidad, por un lado, y su idoneidad, por otra. Nos referimos, fundamentalmente, a los funcionarios administrativos y a los jueces. Tengamos presente que éstos no pueden contar con la legitimidad que a los integrantes del Poder Legislativo otorga la elección popular, como pasa también con las máximas autoridades ejecutivas. Su legitimidad sólo puede devenir de sus cualidades profesionales y de su integridad personal.

Por ello, la Constitución prevé para ellos, en ambos casos, el sistema de carrera; y, de manera consecuencial, impone como

mecanismo obligatorio para su ingreso inicial en dicha carrera, así como para su permanencia y su ascenso en ella, el mecanismo del concurso público. Como todos sabemos, el concurso de oposición es uno de los métodos que hasta ahora se han demostrado como de los más eficaces para garantizar una selección de inicio transparente y que efectivamente repose sobre los méritos de los aspirantes, y no sobre otras consideraciones más subjetivas, que luego podrían ser calificadas -con razón o sin ella- como de espurias (amiguismo, parentesco, solidaridad política o de otra índole...). El concurso público elimina la discrecionalidad en la selección de los candidatos, dándoles a todos iguales posibilidades de ingreso y garantizándoles, una vez designados, una mayor autonomía respecto de la autoridad que los designa. Se aspira a que la imparcialidad y la autonomía de los jueces, así como la neutralidad política de los funcionarios administrativos, impuestas expresamente por el texto constitucional, se vean asegurados mediante la utilización de este procedimiento concursal.

2.2. Los procedimientos para el ejercicio de las funciones estatales

En cuanto a la segunda vertiente de la virtualidad legitimante que el Constituyente quiso dar a los procedimientos jurídico-públicos, es decir, en lo relativo a las formas para el ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades públicas, debe destacarse el cuidado especial que se puso en el texto constitucional al referirse a los procedimientos propios de cada uno de los Poderes Nacionales.

A- Formalidades para el ejercicio de la función legislativa

La Constitución de 1999, como en todo sistema democrático, atribuye la función de legislar al Poder Legislativo, siempre constituido por un órgano plural y representativo de la voluntad popular, en virtud de estar integrado mediante el sufragio popular, universal

y directo; en nuestro caso, se trata de un órgano unicameral, denominado la Asamblea Nacional. Pero también como en numerosos países democráticos, está prevista la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza esta función, mediante la emisión de decretos-leyes, aun cuando ello sólo sea posible de manera excepcional.

Para ambos supuestos, esta Constitución reforzó las formas que rodean al ejercicio de esta fundamental función, con el propósito de conferirles el máximo de legitimidad posible a los actos dictados por una u otra vía.

A.1. El procedimiento de elaboración de las leyes

En cuanto a la función legislativa atribuida a la Asamblea Nacional, el procedimiento quedó simplificado de manera automática por el hecho de haberse eliminado el Senado, rompiéndose así con la tradición bicameralista del país y suprimiendo el órgano de representación de los Estados por excelencia en los sistemas federales, lo que podría ser interpretado como una posible pérdida de la legitimidad proveniente de ese anclaje con el origen federal de nuestra forma de Estado.

Sin embargo, el procedimiento se vio reforzado en varios aspectos. A la tradicional exigencia de “dos discusiones, en días diferentes”, se añadieron otros elementos que buscan otorgar una mayor legitimidad a las leyes tramitadas por su intermedio. Señalemos los más significativos: *Mayor intervención de otros poderes públicos*: Así, por un lado, se fortaleció la intervención de los otros poderes públicos en el procedimiento. Esa mayor participación se advierte en la atribución de la iniciativa legislativa -además de los que ya la tenían, como el Poder Ejecutivo, el propio Parlamento y la Corte Suprema de Justicia- al Poder Ciudadano y al Poder Electoral -creados en esa misma Constitución-, además de los Estados. Estos también deben ser consultados obligatoriamente durante la tramitación del

proyecto, cuando éste se refiera a materias relativas a los Estados. La participación de otras instancias públicas también está prevista expresamente, con derecho de palabra, no solo a los Ministros, como era tradicionalmente, sino también a representantes de los otros poderes públicos.

A.2. Mayor participación ciudadana

De igual manera, se prevé una importante participación ciudadana en el íter legislativo; no sólo con la iniciativa de ley -que ya se encontraba en la anterior Constitución, que había consagrado la denominada iniciativa popular-, sino además por la obligación de consultar a los ciudadanos y a la sociedad organizada, para oír su opinión sobre los proyectos de ley. Se busca, por esta vía, dar a conocer a la población los proyectos que se discuten, antes de que sean aprobados, con el fin de conseguir una mayor adhesión al texto, así como para eventualmente obtener observaciones y sugerencias que puedan eventualmente mejorar su contenido y, en todo caso, hacerlo más aceptable por parte de los ciudadanos a quienes va a ser aplicado. Podría hablarse aquí de la búsqueda de una mayor legitimidad social.

A.3. Exigencia de mayorías calificadas

A la búsqueda de una mayor legitimidad política en las leyes que se aprueben también va dirigida la exigencia de algunas mayorías calificadas, para la aprobación o reforma de leyes de particular significación, como las de carácter orgánico y las leyes habilitantes. No hay necesidad de insistir en la idea de que la exigencia de mayorías calificadas persigue una búsqueda de mayores consensos entre las diferentes fuerzas políticas, para impedir o dificultar la toma de decisiones apresuradas y sorpresivas, por mayorías circunstanciales que no necesariamente reflejan el sentir general.

A.4. Más estudio previo

Adicionalmente, también cabe mencionar la exigencia de que los proyectos de ley vengán acompañados de estudios más serios y análisis del posible impacto que el texto podría tener, de resultar aprobado. Tratando de evitar una cierta práctica legislativa consistente en la presentación de proyectos improvisados, producidos en el mejor de los casos por buenas intenciones, pero sin un estudio sobre las implicaciones económicas, sociales e, incluso, jurídicas propiamente dichas, la Constitución exige que el proyecto sea presentado con una exposición de motivos y un informe previo, contentivo de estudios sobre sus objetivos, alcance y viabilidad. Por esta vía se busca, evidentemente, otorgar una mayor legitimidad técnica, adicional a la política, a las leyes que se aprueben

A.5. La producción (excepcional) de decretos-leyes

Todavía dentro de la función legislativa, no puede olvidarse que el Constituyente de 1999 mantuvo y consolidó la figura de los decretos-leyes, a los cuales les dio nombre propio: decretos con fuerza, rango y valor de ley.

Constituyendo, sin ninguna duda, una anomalía dentro del esquema tradicional de la separación de poderes, según el cual la función de legislar debe quedar en manos del órgano plural representativo de la voluntad general, esta nueva Constitución rodeó el procedimiento previo a las decretos-leyes de una serie importante de garantías democráticas; así, además de configurarlos precisamente como una excepción, para situaciones extraordinarias dado que los actos de rango legal deben continuar siendo la tarea propia del Parlamento-, se exige el cumplimiento de ciertas formalidades que tienden a otorgar a estos decretos de una legitimidad de la que, de otra manera, carecerían.

Así, los decretos-leyes habilitados sólo pueden ser dictados previa delegación legislativa que haga la Asamblea Nacional mediante una ley aprobada por las tres quintas partes de sus integrantes y en la que se delimite muy bien el objeto, la duración y las condiciones de la delegación. Esa mayoría calificada implica un amplio consenso político, que respalda entonces la legitimidad política de los decretos que dicte el Presidente con base en dicha ley. Para los decretos-leyes de servicios públicos, se exige una autorización previa otorgada con una mayoría calificada aún más estricta (dos terceras partes). Y para los decretos-leyes de estados de excepción, si bien no se exige una autorización ni delegación previas, se establecen estrictos controles posteriores por parte del mismo Parlamento y del Tribunal Supremo de Justicia, además de estar sometidos a otras formalidades y sujeciones, tendentes a evitar abusos en la utilización de la figura, sobre todo a fin de preservar la vigencia de los derechos humanos.

B- Formalidades para el ejercicio de la función jurisdiccional

En cuanto a la función jurisdiccional, cabe recordar que la justicia era precisamente uno de los temas más criticados en la situación política previa al advenimiento de esta nueva Constitución. No es de extrañar, pues, que la misma contenga importantes preceptos tendentes a lograr una administración de justicia creíble, confiable, de la que se carecía para el momento en el país, según una extendida opinión pública.

Cabe señalar al respecto, de manera destacada, la declaración formal del carácter instrumental de los procedimientos judiciales para la obtención de la justicia: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia”, expresa solemnemente la Constitución, estableciendo como corolario de

tal declaración el principio derivado de ese carácter instrumental del procedimiento judicial, conforme al cual “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

En la misma disposición se establecen los principios que deben regir en esta materia, dentro de los cuales destacan el de la simplificación y la eficacia, como una advertencia al legislador para que evite establecer procedimientos engorrosos y que se presten a dilaciones e incidencias que retarden innecesariamente la obtención de la justicia. De una manera lacónica pero certera se caracteriza al procedimiento judicial como “breve, oral y público”. Varias disposiciones rodean a este postulado central de los necesarios complementos encaminados a obtener la finalidad propia de la función jurisdiccional: la universalidad del derecho de acceso a la justicia y, en general, a la obtención de una tutela judicial efectiva; el derecho al debido proceso; la gratuidad de la justicia y la responsabilidad individual de los jueces, entre otros.

C- Los procedimientos para la actuación de la Administración Pública

Al referirnos a la Administración Pública, debemos recordar ante todo cómo la doctrina ha puesto de relieve la gran dificultad o, incluso, la imposibilidad de definir una única y propia función administrativa. Ante lo variado y heterogéneo de las actividades desplegadas por la Administración, se comprende que la Constitución no contenga disposiciones tan precisas y directas para definir el procedimiento a través del cual realizarlas, como sí lo hace para las funciones legislativa y jurisdiccional.

Sin embargo, en algo establece la Constitución un rasgo común a todas esas variadas actuaciones: la Administración Pública siempre ha de estar “al servicio de los ciudadanos”, lo que destaca por primera vez en el país, a nivel constitucional, el llamado carácter “vicarial”

o servicial de la misma. Independientemente de cuál sea el tipo de actividad que ella despliegue, ésa será siempre su finalidad y la razón de ser de su existencia. Por lo tanto, es eso lo que la legitima. Si actúa en beneficio de la colectividad, está cumpliendo su función.

Para dar contornos un poco más claros a esa imprecisa orientación general, la misma disposición constitucional establece una serie de principios que deben informar la actuación de la Administración. Algunos de ellos son de carácter formal o traducibles al plano procedimental, como el de la participación, la celeridad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia, así como el de sometimiento pleno a la ley y al derecho. Los procedimientos deben otorgar la debida legitimidad a las actuaciones de la Administración mediante la sujeción a tales principios, con los cuales se busca garantizar que ellas estén cumpliendo su papel de servir a la ciudadanía en las diversas tareas que le son asignadas.

Ahora bien quizá uno de los aspectos más notables de esta Constitución en relación con los procedimientos administrativos sea la declaración expresa de que el principio del debido proceso es aplicable también a las actuaciones administrativas. Es claro que esta declaración no va dirigida a todos los procedimientos administrativos, sino a aquéllos mediante los cuales se adoptan decisiones sancionatorias o, más generalmente, ablatorias; pero es en ellos precisamente donde mayor importancia adquiere gran parte de la doctrina elaborada en torno a la materia del procedimiento administrativo, en la medida en que se lo entiende como un instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos, puestos en riesgo, justamente, por este tipo de actuaciones. De allí que esta disposición constitucional haya sido celebrada por la generalidad de la doctrina nacional como un avance radical en nuestro ordenamiento positivo, a pesar de que con ella -mal entendida- también se corre un peligro que debe tratar de evitarse: el de la indebida tendencia a jurisdiccionalizar la actividad administrativa.

Conviene precisar que todos estos principios y reglas constitucionales no se limitan a las actuaciones llevadas a cabo por el Poder Ejecutivo, donde tradicionalmente se entiende que reside, subjetivamente, la Administración Pública. También resultan aplicables a las actuaciones realizadas por los órganos de los nuevos poderes creados en la Constitución de 1999, el Ciudadano y el Electoral, en la medida en que se trata, objetivamente, de actuaciones de naturaleza administrativa, tal como ha sido entendido por la doctrina nacional.

No hay duda, pues, de que el tema procedimental ocupó un lugar predominante en esa Constitución que pretendía “refundar la República”. Mediante todas esas previsiones sobre los procedimientos para escoger las máximas autoridades estatales y para el ejercicio de las funciones asignadas, se esperaba contar con instituciones dignas de crédito, respetables y respetadas por todos, independientemente de la corriente política que domine en los diferentes momentos de la evolución, que irá cambiando según lo decidan las mayorías y a través, precisamente, de los procedimientos previstos para que éstas se expresen legítimamente.

Ahora bien, todos estos avances en materia procedimental tenían luego que ser puestos en práctica, tanto a través de la vía legislativa, mediante leyes que desarrollaran esos principios constitucionales, como a través de la aplicación efectiva de tales leyes, mediante la organización y la actividad concreta llevada a cabo por las instituciones encargadas de aplicarlos.

III. EL COMIENZO DE LA CRISIS DE LEGITIMIDAD: LA DESIGNACIÓN DE LAS ALTAS AUTORIDADES ESTATALES

Luego del movimiento progresivo de crecimiento y consolidación de la procedimentalización de las funciones del Estado, era de

esperar que notable impulso aportado por el nuevo texto constitucional, ese proceso se consolidara y perfeccionara. Lamentablemente, ello no fue así. La situación que actualmente presenta el país es la de una penosa desinstitucionalización. Las autoridades públicas no gozan prácticamente de ninguna credibilidad. Las propias instituciones estatales no respetan los procedimientos ni las formas. No sólo las formalidades contempladas en las leyes son incumplidas, sino incluso las previstas en la Constitución.

3.1. El punto de partida: El lenguaje antiinstitucional del nuevo régimen

Este resultado no debería sorprendernos si -alejándonos del texto de la Constitución y de nuestro concepto acerca del funcionamiento normal de las instituciones- le damos el justo valor a un par de signos presentes en el nuevo régimen que se instauraba a comienzos de 1999. Uno de ellos fue la forma como asumió el cargo el nuevo presidente de la República: tal como fue ampliamente difundido, Chávez se juramentó sobre la “moribunda” Constitución de 1961, mientras que anunciaba que convocaría una Asamblea Nacional Constituyente. Esa expresión ya daba una idea del poco respeto que el régimen tenía hacia el concepto mismo de Constitución, lo que debía hacer presagiar que tampoco la nueva Carta Magna que resultara aprobada tendría por qué gozar de valor y consideración.

El otro signo a tomar en cuenta, a nuestro ver, fue uno de los lemas preferidos del nuevo presidente y, en general, de sus adeptos: “¡No volverán!”, para referirse a todo el que no estuviera con el régimen. A los efectos de este análisis, este último dato resulta aún más significativo. En efecto, uno de los principios básicos de la democracia y del Estado de Derecho es el de la alternabilidad de los gobernantes. Ese principio es absolutamente congruente con un régimen democrático, que afirma apoyarse en la soberanía popular,

en la voluntad del pueblo. Pues bien, la voluntad del pueblo es, por definición, cambiante, voluble; de allí que sea necesario realizar frecuentes o, al menos, periódicas consultas a los votantes. Algún gobernante que se plantee como proyecto político no perder nunca el poder está yendo contra ese principio básico; su permanencia en el mismo, en un sistema democrático, no depende de él y ni siquiera de lo que haga, sino de la apreciación que los votantes vayan teniendo acerca de su desempeño. Esa adhesión de los votantes es lo que le confiere legitimidad al régimen. Del postulado: “No volverán” debe deducirse que el gobernante, para poder hacerlo realidad, debe neutralizar la verdadera voluntad del pueblo, a fin de que siempre esté de su lado, o parezca estarlo, independientemente de lo que ocurra en la realidad de los hechos,

Para neutralizar la voluntad del pueblo las palancas son bastante evidentes: el engaño, el amedrentamiento, el ocultamiento... Es decir, todas las conductas que el derecho proscribe como mecanismos que desvían o eliminan el verdadero querer de las personas, y que, por tanto, son consideradas vicios de la voluntad y que, como tales vicios, tienen un efecto invalidante en los actos jurídicos. Todo esto, para decir que, desde los comienzos de este nuevo régimen, había que esperar la utilización pervertida de los procedimientos jurídico-públicos. Todos esos procedimientos que, como decíamos al principio, tienden a dotar de legitimidad a los actos de autoridad -porque, en definitiva, todos ellos han de tener su origen, más cercano o más lejano, en la voluntad de la gente- no pueden ser utilizados por quien tiene el proyecto de eternizarse en el poder para siempre de una manera franca y transparente; sólo los pondrá en práctica cuando esté seguro de que contribuirán a mantenerlo en el poder. Si la voluntad general está de acuerdo con éste y su continuidad, el procedimiento será utilizado correctamente. De lo contrario, será escamoteado, tergiversado, desviado de sus fines lícitos...

Esa es la orientación que, en nuestra opinión, el actual régimen en el poder ha sostenido prácticamente desde sus inicios en lo que se refiere a la aplicación efectiva de los principios constitucionales relativos a los procedimientos jurídico-públicos. Vamos, entonces, a hacer una reseña de lo que ha sido la utilización de esos procedimientos en las últimas dos décadas. Vamos a partir de la hipótesis de que el actual régimen tenía un proyecto deliberado sobre este asunto, es decir, que desde un inicio tenía como propósito mantenerse en el poder una vez que llegara a él, por cualquier vía, “por las buenas o por las malas”, como a veces lo han declarado públicamente algunos connotados dirigentes del régimen. Como ya habían llegado al poder, ahora les tocaba hacer lo necesario para mantenerse en él. Si era por las buenas, perfecto: mientras retuvieran el favor popular, lo harían mediante el sufragio. Pero, para el caso de que aquél no les fuera favorable, pues tenían que dominar las palancas del poder que les permitieran mantenerse en él “por las malas”. En nuestro criterio, el régimen tenía claro que debía comenzar a manipular los procedimientos a fin de estar preparado para las dos hipótesis.

3.2. Irrespeto a los procedimientos para la designación de las autoridades estatales

Comencemos por los primeros. Recordemos que, salvo las máximas autoridades nacionales de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de elección popular, las restantes son designadas por el Parlamento; pero también recordemos que al Constituyente de 1999 le pareció que esa designación parlamentaria, con todo y provenir de los representantes del pueblo, no sería suficiente para otorgar a las autoridades seleccionadas por su intermedio la necesaria legitimidad. Que, para reforzar esa legitimidad, debía el procedimiento de selección contar con elementos que añadieran otros ingredientes, adicionales a la representatividad política de los diputados, a fin de que los seleccionados pudieran gozar de la aceptación de la ciudadanía en general.

En definitiva, los procedimientos ideados por el Constituyente se orientan a lograr unas máximas autoridades públicas autónomas e independientes, no sumisas al poder político, por un lado; y también con la idoneidad profesional y la pulcritud ética suficientes como para dar a las instituciones a su cargo la necesaria legitimidad en el ejercicio de las funciones estatales respectivas.

Pues bien, esas buenas intenciones del Constituyente no se han llevado a cabo, debido a que los procedimientos ideados por él no han sido respetados. En algunos casos, han sido simple y llanamente evadidos. En otros, han sido alterados y adulterados, tergiversando las claras disposiciones constitucionales de tal forma que la finalidad perseguida con ellos no se ha alcanzado. Destaquemos a continuación los rasgos más notables de ese proceso.

A- Inconstitucionalidades iniciales: El llamado “período transitorio”

Ya el proceso de adulteración de los procedimientos constitucionales comenzó prácticamente con la entrada en vigencia de la Constitución, en diciembre de 1999, a pocos días del referéndum que la aprobó. La Asamblea Nacional Constituyente (ANC), que habría debido disolverse por haber cumplido su misión, se mantuvo sesionando y dictó una serie de decretos, alejados tanto del texto constitucional anterior como del nuevo. El primero de estos decretos, una vez aprobada la Constitución, tuvo por objeto establecer un régimen transitorio, diferente a las disposiciones transitorias contenidas en ésta, las cuales, al formar parte de su texto, habían recibido la misma aprobación por parte del pueblo, en tanto que los “decretos” de la ANC no contaron nunca con el respaldo del pueblo. La más respetada doctrina nacional criticó duramente la constitucionalidad de estos decretos dictados con desapego, primero, de la Constitución de 1961, mientras estuvo vigente, y de la de 1999, luego de su aprobación; sin embargo, el

Supremo Tribunal los consideró como válidos, e incluso llegó a calificarlos de supraconstitucionales²⁵⁴.

En ese Decreto del Régimen Transitorio, fueron adoptadas diversas medidas organizativas, tales como disolver el Congreso, legítimamente electo conforme a la Constitución de la República, y que habría debido mantenerse hasta ser debidamente sustituido por la nueva institucionalidad. Pero no fue así; la función legislativa fue asignada en ese Decreto a una Comisión Legislativa, nombrada de una manera totalmente discrecional y sin fórmula de procedimiento por la ANC. Lo irregular del origen y conformación de este órgano fue puesto de relieve en el lenguaje popular y periodístico, que pasó a denominarlo “el Congresillo”, que más que diminutivo, era un despectivo.

Igualmente desconocedor de las disposiciones constitucionales fue la disolución de la Corte Suprema de Justicia y su sustitución por un Tribunal Supremo de Justicia, designado íntegramente por la ANC, también sin cumplir el procedimiento complejo exigido en la Constitución y, según se afirmó, sin que los designados, o varios de ellos, llenaran las condiciones profesionales y de apoliticismo requeridas en aquélla. De la misma manera desapegada de los procedimientos y condiciones constitucionales fueron designados el Contralor General, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo y los integrantes del Consejo Nacional Electoral. Es decir, las máximas autoridades de los Poderes Legislativo, Judicial, Ciudadano y

²⁵⁴ Efectivamente, apenas instalada, la ANC había dictado algunos decretos, sobre todo para “reorganizar” el Poder Judicial, que contrariaban las disposiciones de la Constitución de 1961, aún vigente, a pesar de lo cual recibieron el respaldo de la Corte Suprema de Justicia, que los consideró válidos por ser -en su criterio- de rango “supraconstitucional”. Luego de aprobada la nueva Constitución, continuó dictando decretos, que ahora desconocían las disposiciones de esta última; sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia, recién instalado gracias a uno de esos decretos, también los consideró válidos. Una crítica jurídica a ese “régimen constitucional transitorio” y al pretendido rango supraconstitucional de los actos de la ANC, en Manuel RACHADELL, *Evolución del Estado venezolano...*, pp. 118-119; y en José PEÑA SOLÍS: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, pp. 202-204.

Electoral habían sido designadas sin cumplir las exigencias procedimentales que, según el propósito del Constituyente, asegurarían la autonomía e idoneidad de sus titulares y, en consecuencia, les otorgarían la debida legitimidad. No es de extrañar, pues, que el resultado fuera, de hecho, un conjunto de máximas autoridades nacionales adeptas al régimen, de manera pública y notoria, totalmente alineadas -por decir lo menos- con el Poder Ejecutivo, único que contaba en puridad de conceptos con el respaldo de una elección popular.

Podría argüirse que se trataba de un período realmente transitorio, que aunque no previsto en la Constitución, resultaba necesario para llegar a la instalación definitiva de las nuevas instituciones. Que en la “relegitimación de los Poderes Públicos” -como se le llamó al proceso que se produjo durante el resto de ese año inicial del régimen- ya sí se aplicaría adecuadamente la Constitución. Pero tampoco fue así. Efectivamente, ese proceso comprendió una fase de carácter electoral, que se efectuó en un solo acto comicial, conocido como las “megaelecciones”, porque allí fueron elegidos popularmente, o “relegitimados”, desde el Presidente de la República hasta las autoridades locales. En él fue elegida la nueva Asamblea Nacional, la cual procedió entonces a la segunda fase de la “relegitimación”, constituida por el nombramiento de las restantes autoridades no electas.

Pues bien, para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, se volvió a desconocer las garantías formales y procedimentales previstas en la Constitución. Por un lado, en una ley especialmente prevista para esa oportunidad, se redujo a una mayoría simple la mayoría calificada exigida para la aprobación de la decisión de la Asamblea, con lo cual se hacía innecesaria la búsqueda de consensos políticos que permitieran ampliar la legitimidad política de los seleccionados. Por otro lado, la novedosa figura del Comité

de Postulaciones -mediante la cual el Constituyente había pretendido acordar a la sociedad civil un papel, si no determinante, en todo caso sí condicionante en este procedimiento- fue totalmente neutralizada y vaciada de su sentido y propósito, al establecer que el Comité estaría compuesto totalmente por Diputados de la misma Asamblea, sin ningún representante de la sociedad civil, como lo exige el texto constitucional. De esta manera, se pervirtió el mecanismo de participación ciudadana, dejando en manos exclusivas del Parlamento la escogencia libre de las máximas autoridades, pues ésta pasó a controlar tanto la primera fase de preselección como la definitiva de decisión, en contra del objetivo que se había propuesto el constituyente, de reducir el peso de los partidos políticos en este proceso.

Esas contravenciones a los claros principios y reglas constitucionales fueron avaladas por el Tribunal Supremo. Recordemos que sus integrantes habían sido designados “a dedo” -es decir, por la vía del Decreto de Régimen Transitorio- por la ANC, integrada en casi en más de un 90% por adeptos al régimen, que de esa manera se iba apoderando de las altas magistraturas de la República, ahora ya sí en forma definitiva y no simplemente transitoria. El razonamiento dado por ese Tribunal Supremo fue que “no procedía el cumplimiento de la Constitución, porque se trataba de ratificar a magistrados que habían sido ya designados de manera provisional”²⁵⁵.

De esa forma, sin cumplir el procedimiento constitucional y sin respetar los requisitos exigidos para el cargo, se completó el proceso de “relegitimación” de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de los titulares del Poder Ciudadano. No es de extrañar, pues, que los nombramientos terminaran siendo percibidos por amplios sectores de la opinión pública como claramente inclinados

²⁵⁵ Gustavo TARRE BRICEÑO: *Solo el poder (...)*, p. 330.

hacia el oficialismo. Independientemente de que esto fuera cierto o no, el resultado fue muy diferente al esperado por el Constituyente: unos nombramientos considerados por muchos como sesgados y, por lo tanto, unos altos funcionarios sin la legitimidad necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones.

B. Las inconstitucionalidades sucesivas o continuadas

En las posteriores oportunidades en que correspondió designar a los titulares de estas máximas autoridades nacionales, las reglas y principios constitucionales tampoco fueron respetados. Sinteticemos a continuación lo ocurrido con esas previsiones constitucionales cuando les tocó a las mencionadas autoridades, con ya poca legitimidad, aplicarlas para proceder a nuevas designaciones.

B.1. En cuanto a la necesaria participación ciudadana

La participación ciudadana se vio siempre desconocida o gravemente desdibujada en las leyes dictadas con posterioridad, por la vía de diseñar Comités de Postulaciones integrados mayoritariamente por diputados, en claro irrespeto a la exigencia constitucional de que estén integrados por representantes de la sociedad civil. El argumento dado para justificar la presencia de diputados en esos órganos de participación -que los diputados también integran la sociedad civil, dada su condición de ciudadanos- no puede ser tomado en serio como un razonamiento jurídico, sino como una burla a la clara intención del Constituyente. Además, los integrantes del Comité que se suponía iban a representar a la sociedad civil propiamente dicha eran designados por los que lo conformaban a título de diputados. En definitiva, el Comité de Postulaciones, previsto para formar una especie de contrapeso ciudadano frente al poder omnímodo de los partidos políticos representados en el Parlamento, terminó siendo una “comisión parlamentaria ampliada”, como la calificó el profesor BREWER-CARÍAS en varios de

sus trabajos en los que analiza jurídicamente la evolución de las instituciones públicas venezolanas en los últimos años.²⁵⁶

Pero no fue ésa la única vía para desnaturalizar el principio constitucional sobre la intervención ciudadana en la designación de estas supremas autoridades; en alguna previsión legal se estableció el carácter no vinculante de la preselección hecho por ese Comité de Postulaciones, pudiendo al final la Asamblea Nacional apartarse de la lista de precandidatos hecha por éste, con lo cual se podía convertir en prácticamente inútil el papel que la Constitución quiso encomendar a la sociedad civil. Otro atentado contra este elemento de participación fue la interpretación restrictiva y discriminatoria que en varias sentencias del Supremo

Tribunal se adoptó, acerca del alcance de la expresión sociedad civil, de la que fueron excluidas importantes agrupaciones probablemente activistas en pro de los derechos humanos y las libertades ciudadanas, según fue denunciado precisamente por organismos no gubernamentales.

Téngase presente que este ingrediente de participación ciudadana, de tanta relevancia en una “sociedad democrática, participativa y protagónica, como lo proclama la Constitución de 1999 desde su Preámbulo, quiso ser eliminado o, al menos, mediatizado en el proyecto de reforma constitucional promovido por el entonces presidente Chávez en 2007. En ese proyecto se pretendía transformar la naturaleza de los diversos Comités de Postulaciones para la designación de las máximas autoridades de los Poderes Públicos. De ser órganos integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad civil, pasarían a estar integrados por diputados y por representantes del Poder Popular, que -como ha sido explicado

²⁵⁶ Ver en especial su libro *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela: 1909-2015*. Colección Estudios Políticos N° 10. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

por los más esclarecidos iuspublicistas nacionales- no es más que un apéndice del Poder Ejecutivo Nacional, destinado a imponer la ideología socialista en el país²⁵⁷

Sin embargo, la propuesta no prosperó, pues todo el proyecto de reforma constitucional fue rechazado por el pueblo en el referéndum celebrado el 2 de diciembre de 2007. No obstante ello, en los textos de rango legal ha continuado desconociéndose el alcance de la participación de la sociedad civil exigida en la Constitución de 1999.

B.2. La exigencia de mayorías calificadas.

Igualmente debe señalarse otro elemento procedimental tendente a conferir mayor legitimidad a la selección de estas altas autoridades, que ha sido sistemáticamente obviado, como lo es la exigencia de mayorías calificadas para la adopción de la decisión final por parte de la Asamblea Nacional. Eso ha ocurrido cada vez que tal exigencia hacía presagiar que las designaciones no iban a estar totalmente controladas por la corriente política en el poder.

En algunos casos, eso se logró por la vía de aprobar una ley que pura y simplemente reducía la exigencia a la de una mayoría simple, como ocurrió con la Ley de “Relegitimación” del año 2000. Cuando no fue posible hacerlo de una manera tan abierta, se recurrió a otras salidas, como la adoptada en una ley posterior para la selección de los magistrados del Tribunal Supremo, consistente en en exigir la mayoría calificada, sólo en principio; pero añadiendo luego una grave excepción: si en los primeros intentos

²⁵⁷ Para un análisis crítico desde el punto de vista jurídico de la manera cómo ese “Poder Popular”, así como el “Estado Comunal” del cual aquél sería la base, han pretendido ser impuestos por el régimen, en desconocimiento de postulados básicos de la Constitución actualmente vigente, ver Manuel RACHADELL, *op. cit.*, pp. 193 y 214-240; y Enrique SÁNCHEZ FALCÓN: *Estado Comunal y Estado Federal en Venezuela: ¿Son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?* Cuadernos de la Fundación N° 18. Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2017.

no se alcanza esa mayoría, basta la mayoría simple para adoptar la decisión definitiva. Una fórmula como ésta, en lugar de favorecer acuerdos políticos, constituye un claro estímulo a que no haya acuerdos; efectivamente, la o las fuerzas que puedan asegurar una mayoría simple harán lo posible por que no se logre la mayoría calificada, para así poder imponer su voluntad más fácilmente, sin hacer concesiones a otras fuerzas políticas. En nuestro criterio, para superar el inconveniente producido en ese supuesto en que se dificulte el logro de acuerdos que gocen del apoyo de la mayoría calificada, habría debido pensarse en otra solución, más acorde con el espíritu del Constituyente, como habría podido ser la de aplicar la fórmula de someter el asunto a consulta popular, como está previsto expresamente en el procedimiento para la designación de los titulares del Poder Ciudadano.

Otra manera de evitar que el requisito de la mayoría calificada dificulte o impida al oficialismo mantener su control sobre las máximas autoridades nacionales fue la de manipular los tiempos en que debían ser aplicados los procedimientos de selección de las mismas.

Así ocurrió a finales de 2010, cuando por primera vez el oficialismo no había logrado la mayoría calificada en la Asamblea; a pesar de que una reciente reforma electoral había cambiado las reglas sobre la representación proporcional, de manera que el oficialismo, con menos del 50% de los votos, se hizo con el 60% de los diputados, ese número no alcanzaba, sin embargo, a las dos terceras partes exigida para el nombramiento de las altas autoridades nacionales. Ante la perspectiva de que con la nueva Asamblea Nacional, que se instalaría en enero del año siguiente, el oficialismo tendría que llegar a acuerdos con la oposición, conforme lo había deseado el Constituyente, el proceso de selección fue adelantado y se concluyó un mes antes de la instalación del nuevo Parlamento, más plural que el anterior.

Luego, en 2015 se pudo asistir a un proceso aún más evidentemente encaminado a evitar la pérdida del dominio absoluto sobre el Tribunal Supremo, en vista de que ahora la derrota del oficialismo en las elecciones parlamentarias de ese año había sido tan contundente que la oposición, a pesar de las reglas electorales sesgadas, logró obtener la mayoría calificada de los diputados. Las elecciones se habían efectuado a comienzos de diciembre de ese año y la instalación de la nueva Asamblea sería en enero siguiente. La situación era alarmante; la mayoría obtenida por la oposición hacía suponer que resultaría innecesario para ésta llegar a acuerdos con el oficialismo. De manera que la Asamblea saliente, ya en receso, fue convocada a sesiones extraordinarias y se procedió a una elección anticipada, mediante un procedimiento atropellado y muy poco transparente; en éste, además de utilizar las reglas legales violatorias ya de los principios constitucionales (el profesor Brewer-Carías las analiza muy bien en uno de sus trabajos)²⁵⁸, fueron violadas muchas otras normas cuya recta aplicación habría impedido la precipitada maniobra. Además de no ser respetados los lapsos legalmente previstos, fueron omitidas algunas fases, sobre todo las que tenían relación con la participación ciudadana, así como fueron irrespetados los requisitos profesionales, personales y de independencia partidista exigidos para los cargos. Algunos de los métodos utilizados, según recogían los medios de comunicación, podrían pertenecer al anecdotario de las artimañas y argucias de la picaresca criolla, si no se tratara de una materia tan seria y de tanta trascendencia para la institucionalidad pública de un país, tales como diputados oficialistas que renunciaron al partido días antes de la selección en la que ellos fueron electos, incluso con sus propios votos; o de magistrados que fueron “obligados” a renunciar anticipadamente para provocar de manera artificial la

²⁵⁸ Allan R. BREWER-CARÍAS: *La mentira como política...*, pp. 461-463.

vacante que sería llenada mediante esos nombramientos anticipados. Todo ello, aunado a que se trataba de un Parlamento que había perdido legitimidad política con las recientes elecciones, no podía sino contribuir a un mayor descrédito de las autoridades así designadas. Los “magistrados express” los llamó despectivamente el gracejo popular.

En el caso de las máximas autoridades del Poder Ciudadano, la aplicación de la mayoría simple -en lugar de la mayoría calificada exigida por el texto constitucional- no se basó en una disposición legal, sino en una interpretación jurisprudencial hecha por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal, la cual fue objeto de duras críticas por parte de los más connotados juspublicistas del país; para llegar a esa interpretación, los diversos Poderes Públicos participaron en un montaje que fue calificado por José Ignacio Hernández, presente en estas Jornadas, como un “fraude a la Constitución en seis actos”. En este caso, ni siquiera participó la ciudadanía por intermedio del Comité de Postulaciones, el cual sencillamente no fue constituido por el órgano máximo del Poder Ciudadano, como parte del montaje²⁵⁹.

3.3. Elusión de todos los controles de legitimación política y popular: El caso del Poder Electoral

Con el Poder Electoral, la situación no fue muy distinta. El nombramiento de los integrantes del Consejo Nacional Electoral durante el denominado “período transitorio” adoleció de similares vicios contra las previsiones de la Constitución recientemente adoptada (efectuados por órganos incompetentes y sin el debido procedimiento de selección, sin participación de la sociedad civil); sin embargo, la designación recayó en personas ligadas al medio

²⁵⁹ José Ignacio HERNÁNDEZ: “La designación del Poder Ciudadano: Fraude a la Constitución en seis actos”, en *Prodavinci*, del 22 de diciembre de 2014; citado por Allan R. BREWER-CARÍAS: *La mentira como política de Estado*, pp. 442 y ss.

académico y en expertos en la materia electoral, de manera que sus actuaciones gozaron de una razonable credibilidad y aceptación general.

Es de señalar que algo parecido había ocurrido con el máximo órgano electoral de la época anterior, incluso en las últimas décadas previas a la llegada del nuevo régimen, cuando era normal que un candidato opuesto a la corriente política en el poder ganara las elecciones y ello fuera reconocido por la autoridad electoral, así como por la generalidad de la gente. La misma llegada de Hugo Chávez al poder por la vía electoral fue un ejemplo más de ello. Quizá por esa razón y también por el hecho de que este último gozaba de un amplio apoyo popular, el régimen no sintió en los primeros momentos la necesidad de procurarse una autoridad electoral controlada políticamente, como sí lo había logrado con las otras altas autoridades nacionales, tanto en el “período transitorio” como en la fase de “relegitimación de los Poderes Públicos”.

Esa necesidad surgió claramente en el año 2002, cuando se presentó la grave crisis política que condujo a la propuesta de un referéndum consultivo sobre si se le pidiese al Presidente que renunciara voluntariamente al cargo, como una forma de poner fin a dicha crisis. Aunque hasta ese momento todas las consultas y elecciones efectuadas habían dado resultados favorables al régimen, el apoyo popular al mismo había descendido a niveles preocupantes para sus dirigentes. Por ello, en el momento en que el Consejo Nacional Electoral -en el cual el régimen estaba en franca minoría- admitió la solicitud de referéndum consultivo, se encendieron todas las alarmas y se desencadenaron los procedimientos para impedir toda consulta popular. En un proceso complejo que el profesor BREWER-CARIÁS denomina “el secuestro del Poder Electoral”²⁶⁰, el Tribunal Supremo resolvió recursos y la Asamblea

²⁶⁰ Allan R. Brewer-Carías: *La mentira como política...*, pp. 105 y ss.

adoptó decisiones que llevaron al Consejo Nacional Electoral a una parálisis de facto, hasta que el Tribunal Supremo anuló los actos que la autoridad electoral había adoptado, entre ellos la admisión de la solicitud de referéndum consultivo. Frustrada así esta vía democrática -prevista, por lo demás, en la propia Constitución- los opositores al régimen se voltearon hacia otra posible salida igualmente democrática y constitucional: el referéndum revocatorio, incluido en el texto constitucional de 1999 como una novedad más en esta nueva sociedad participativa y protagónica. Para el régimen, era vital apoderarse políticamente de la autoridad electoral, que no podía continuar paralizada. En vista de que en el seno del Parlamento no le alcanzaban los votos para la mayoría calificada que le permitiera unas designaciones suficientemente controladas, se procedió a otro “montaje”, utilizando los procedimientos jurídico-públicos para fines totalmente opuestos a los que el Constituyente había pretendido que se lograra con ellos. Un grupo de conocidos adeptos al régimen intentó un recurso ante el Supremo Tribunal para que se declarara la omisión legislativa, al no haber procedido la Asamblea a hacer la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral. La decisión fue la que era de esperar: el Tribunal terminó designándolos él mismo -de manera “provisional”-, a través de un procedimiento breve y desapegado totalmente de las previsiones constitucionales. Justificándose en el pretendido carácter provisional del nombramiento, el Tribunal declaró no estar ligado por las reglas del origen de las postulaciones, lo que fue sin duda un claro desconocimiento del derecho a la participación ciudadana y a los mecanismos procedimentales tendentes a garantizarlo. Además, la estrategia logró evitar el escollo de la exigencia de una mayoría calificada en la representación política, la cual en definitiva no intervino en la selección de estas autoridades.

Para terminar de entender la finalidad buscada con esta jugada, añadamos que en su decisión el Tribunal acordó al CNE facultad

para dictar las reglas en materia de procedimientos electorales, lo que está reservado a la Asamblea Nacional para que las establezca mediante leyes orgánicas, cuya aprobación requiere también de una mayoría calificada. El nombramiento -en sentencia del 25 de agosto del 2003- recayó sobre personas pública y notoriamente afines al régimen, quienes procedieron a dictar normas sobre los referendos tan complejas y de tan difícil cumplimiento que el resultado real fue el retraso innecesario del referéndum revocatorio solicitado; éste no tuvo lugar sino cuando el régimen se sintió seguro de poder ganarlo, lo que no ocurrió sino hasta un año después, en vista de todos los obstáculos procedimentales opuestos por las autoridades.

A partir de ese episodio, el Tribunal Supremo de Justicia ha designado los integrantes de la máxima autoridad electoral en otras tres oportunidades, cada vez que el oficialismo no ha podido alcanzar la mayoría calificada en la Asamblea Nacional. No es de extrañar, pues, que esa autoridad haya estado siempre bajo el control político del régimen en el poder. El irrespeto a los mecanismos procedimentales establecidos en la Constitución con el objetivo de garantizar la idoneidad, autonomía e independencia de la autoridad electoral y, por vía de consecuencia, una mayor legitimidad de la misma, ha sido constante. Tampoco es de extrañar, entonces, el descrédito de que gozan actualmente en el país los procesos electorales.

Lamentablemente para el país, ese resultado no se ha dado sólo en relación con las autoridades electorales. Debido al desconocimiento sistemático de los procedimientos constitucionales destinados a producir autoridades estatales creíbles y respetables para todos, tal como se ha reseñado en la presente sección, todos los Poderes Públicos se encuentran controlados por el grupo político en el poder; ésa es, al menos, la percepción generalizada, de la que dan cuenta los estudios de opinión pública. La excepción es

el Poder Legislativo, debido al triunfo electoral de la oposición a fines de 2015. Sin embargo, las funciones de ésta se han visto prácticamente frenadas por el juego combinado de las actuaciones de los otros poderes públicos, sobre lo que tendremos oportunidad de volver.

IV. DESVIRTUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ESTATALES: AUSENCIA GENERALIZADA DE LEGITIMIDAD EN LAS ACTUACIONES PÚBLICAS

Logrado el objetivo de controlar políticamente todas las instituciones estatales o, al menos, de sus máximas autoridades, por la vía de desconocer los principios y reglas previstos en la Constitución sobre los procedimientos para su designación, resta por analizar lo que ha ocurrido con la otra categoría de mecanismos procedimentales: los previstos para que esas autoridades ejerzan las funciones que tienen encomendadas dentro del aparato estatal.

4.1. Desvirtuación de los procedimientos para ejercer la función legislativa

Comencemos por la función legislativa y, dentro de ella, por la función legislativa propiamente dicha, la ejercida por el órgano representativo de la voluntad general. Para luego referirnos al caso especial de los decretos-leyes.

A. El procedimiento legislativo propiamente dicho

Ya vimos que la Constitución de 1999 reforzó el procedimiento legislativo con algunas exigencias formales destinadas a otorgar a las leyes producidas por su intermedio un mayor grado de aceptación pública, una mayor legitimidad. Pues bien, en la medida en que la Asamblea Nacional estuvo integrada durante un largo

período por una mayoría de diputados partidarios del régimen en el poder, éste no tuvo motivos para no utilizar ese procedimiento de una manera razonable.

En general, podría decirse que el procedimiento legislativo se cumplía aceptablemente bien. Hubo algunas oportunidades en que ello no fue así, en razón de alguna necesidad política del régimen de forzar las formas. El caso emblemático de esa conducta fue el de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aprobada con la finalidad política evidente de aumentar el número de magistrados (de 20 a 32) y así poder variar la precaria mayoría con la que contaba para entonces el oficialismo; la maniobra había sido ordenada por el presidente de la República de manera pública, orden que fue una forma totalmente atropellada; el que la mayoría de diputados oficialistas fuera estrecha dificultó bastante la discusión parlamentaria, en un proceso descrito como “accidentado”, “convulso y epiléptico”²⁶¹ y que dio como resultado un texto sumamente criticado tanto en su forma como en el fondo, llegando a ser calificado como un “ejemplo de cómo no debe legislarse” por el epónimo de estas Jornadas²⁶².

Ese aceptable respeto al procedimiento legislativo constitucionalmente previsto se terminó de manera absoluta y radical después de que en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015 la oposición obtuviera una significativa victoria, que le permitió lograr una mayoría de dos terceras partes de las curules. A partir de ese momento, todas las instituciones estatales controladas por el oficialismo desplegaron sus poderes para neutralizar a la

²⁶¹ Así lo calificó Carlos Luis CARRILLO ARTILES: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 3ª Edición, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2005, pp. 8 y 9.

²⁶² En palabras de Allan R. BREWER-CARÍAS: “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-electorales”, en *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Colección Textos Legislativos N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, p. 10.

nueva Asamblea Nacional, aun antes de que ésta se instalara: la Sala Electoral del Tribunal Supremo suspendió a cuatro diputados del Estado Amazonas, a través de una medida cautelar dictada en un recurso de nulidad electoral que aún no ha sido resuelto en la definitiva, casi tres años después; la Sala Constitucional declaró a la Asamblea en desacato, en una insólita decisión; todas las leyes que la Asamblea ha dictado han sido declaradas nulas por inconstitucionalidad; las facultades de control parlamentario sobre la Administración Pública han sido desconocidos; el Ejecutivo impide el manejo del presupuesto propio de la Asamblea, cuyos integrantes se han visto privados hasta de sus sueldos; y todo ello, sin contar con el acoso y la persecución personal que sufren los diputados, cuya inmunidad parlamentaria ha sido igualmente desconocida.

El punto más álgido del atropello se produjo en abril de 2017, cuando mediante dos sentencias la Sala Constitucional declaró que asumía las funciones de la Asamblea Nacional, en un insólito desconocimiento absoluto del principio de separación de poderes, que constituía una indudable usurpación de funciones. Fue tan evidente la inconstitucionalidad y el atropello, que eso desencadenó la ola de protestas populares recogidas por todos los medios de comunicación; también provocó las mayores críticas por parte de organismos internacionales, que llegaron a calificar el hecho como de “ruptura del hilo constitucional” y llevaron incluso a connotados partidarios del régimen a romper con él, como ocurrió con la Fiscal General de la República, ahora en el exilio.

En todo caso, a los fines que interesan para el presente estudio, el resultado fue que la función legislativa resultó total y absolutamente eliminada, así como las demás funciones propias del Poder Legislativo. A partir de ese momento, esa función pretendió ser cumplida por otra vías, alejadas de las previsiones de la Constitución, tales como la fórmula de la Asamblea Nacional Constituyente,

sentencias de la Sala Constitucional o decretos-leyes del Presidente de la República.

B. Los decretos-leyes

Y eso nos conduce a analizar precisamente lo que creemos que ha constituido el mayor atentado contra las formas debidas en el ejercicio de la función legislativa: el uso abusivo de la facultad del Poder Ejecutivo para legislar mediante decretos-leyes.

En efecto, por lo que se refiere a los decretos-leyes habilitados -que requieren de una previa ley habilitante aprobada por una mayoría calificada de la AN (3-5 partes)-, Hugo Chávez hizo uso abundante de la potestad de dictarlos. Cuatro leyes habilitantes le permitieron, a lo largo de sus dos períodos presidenciales, gobernar “por decreto” como se suele decir, durante varios lapsos que sumaron cuatro años y medio; el resultado fue alrededor de 215 decretos-leyes en total. Nicolás Maduro solicitó dos veces sendas leyes habilitantes, que le permitieron dictar decretos-leyes durante casi dos años, casi ininterrumpidos, entre noviembre de 2013 y diciembre de 2015.

Todos esos decretos-leyes fueron muy criticados no sólo por la sociedad civil y, especialmente, por los sectores más directamente afectados por sus disposiciones, sino desde el ambiente académico, con sólidos argumentos jurídicos. Sin referirnos a las críticas de fondo -vinculadas con violaciones a derechos constitucionales (a la libertad, a la propiedad, a la libertad de empresa...) o a reglas sobre la institucionalidad pública (la autonomía estatal y municipal, el principio de legalidad del gasto, la neutralidad de la Fuerza Armada...), pues eso nos llevaría a una discusión sobre el fondo de estos actos estatales, que no es el propósito de este análisis-, mencionaremos las críticas de carácter procedimental.

Así, por un lado, se denunciaba que muchos de los decretos-leyes dictados tienen el carácter de leyes orgánicas, las cuales requieren de una mayoría calificada en el Parlamento; no pudiendo mediante decreto-ley cumplirse este requisito de legitimidad adicional para este tipo de leyes, ellas no podrían entrar dentro del mecanismo de la delegación legislativa. Por otro lado, se criticó también la falta de consulta a la ciudadanía, exigida expresamente en la Constitución para la tramitación de las leyes, requisito que no fue en modo alguno cumplido antes de ser dictados los decretos-leyes; al desconocer el derecho a la participación popular, se restó a estos actos ese otro importante ingrediente de legitimidad.

En nuestro criterio, este último fue el principal objetivo perseguido por el régimen al solicitar leyes habilitantes: “legislar” sin el estorbo que significa la transparencia en la tramitación de las leyes por el órgano legislativo natural. De otra manera, no se explica que, aun teniendo una mayoría de diputados en el Parlamento -lo que le habría asegurado la aprobación de cualquier proyecto que remitiera a su conocimiento-, hubiera recurrido a la fórmula de la ley habilitante, ésta sólo implicaba una discusión en la Asamblea, con las molestias del debate parlamentario, el seguimiento de los medios y la discusión pública por parte de la colectividad organizada, pero una sola vez, en lugar de tener que repetirse con cada uno de los textos que se proyectaba aprobar. Para un régimen acostumbrado al secretismo y al ocultamiento, que le permiten un uso mucho menos controlado del poder, tener que soportar seis debates públicos (uno por cada ley habilitante) a cambio de poder dictar cerca de 300 decretos-leyes en el más absoluto secreto, no fue un mal negocio. El precio adicional de la falta de legitimidad política y social de estos últimos tampoco es demasiado alto para un régimen que estima tener controladas todas las palancas del poder.

Por lo que se refiere a los decretos-leyes de estados de excepción, Nicolás Maduro también ha hecho un uso abusivo de esa

fórmula de legislación excepcional. Estos decretos-leyes no requieren de una previa habilitación legislativa, pero sí están rodeados de importantes mecanismos de control posterior: político, por parte de la Asamblea Nacional, y jurídico, por parte del Tribunal Supremo. Pues bien, la neutralización que el régimen logró desde un primer decreto que declaraba la emergencia económica, en enero de 2016, sobre la intervención del Parlamento en el procedimiento de aprobación política de dicho decreto, eliminó totalmente el control sobre estos actos del presidente. Apenas instalada la nueva Asamblea, con la holgada mayoría obtenida en las elecciones del mes anterior, el presidente dictó el decreto de excepción y emergencia económica, con una duración de 60 días, prorrogable por otros 60, según la Constitución. De esta manera, esperaba sortear el obstáculo de un Parlamento dominado por la oposición, pudiendo durante ese tiempo “gobernar por decretos”. Sin embargo, siempre según la Constitución, debía remitir el decreto a la AN de inmediato, para su aprobación.

Entre tanto, la Sala Electoral había suspendido la proclamación de los cuatro diputados del Estado Amazonas, tres de los cuales eran de corrientes opositoras al gobierno, con lo cual se había propuesto el régimen reducir la mayoría parlamentaria calificada de dos terceras partes que les habría permitido a las corrientes opositoras designar las altas autoridades de los Poderes Públicos, así como modificar algunas leyes orgánicas importantes, según lo habían prometido en la campaña previa. Pero ahora esa suspensión sirvió también para conseguir la fórmula de neutralizar totalmente a la Asamblea: el Tribunal Supremo ordenó que los diputados suspendidos no fueran proclamados, cosa que ya había ocurrido; esto lo aprovechó el Tribunal para declarar a la Asamblea “en desacato”, produciendo un insólito pronunciamiento que sanciona sin ninguna base constitucional ni legal a este supremo órgano de representación popular. Cuando la Asamblea, días

después de dictado el decreto de emergencia económica, deliberó sobre el mismo y procedió a desaprobarlo, el Tribunal volvió a intervenir para declarar nula esa decisión, por haber sido dictada por un “órgano en desacato”. Luego, el mismo Tribunal acordó “aprobar” el decreto, con lo cual consideraba haber subsanado la desaprobación parlamentaria.

Ese fue el camino que transitaron posteriormente los siete restantes decretos de emergencia y sus correspondientes prórrogas, con lo cual el país se ha mantenido por más de dos años y medio bajo un régimen excepcional, previsto constitucionalmente para máximo 120 días, y el presidente ha podido seguir gobernando “por decreto”. Y ello, no sólo sin la aprobación del cuerpo representativo de la voluntad general, sino con su desaprobación expresa, pues la Asamblea ha continuado analizando los decretos y desaprobándolos.

Entre los decretos-leyes habilitados y los decretos-leyes de estados de excepción, y sin la función legislativa en cabeza del cuerpo legítimamente legislativo, llevamos ya unos cuantos años sin leyes legítimamente aprobadas. Gravísima irregularidad formal, constatable de manera objetiva, sin que debamos pronunciarnos sobre el fondo de los actos que han tomado su lugar. En cambio, no podemos menos que destacar las diversas voces de alarma ante lo que se considera un desapego a los estándares democráticos internacionales.

4.2. Utilización desviada de la función jurisdiccional

En relación con la función jurisdiccional, para cuyo ejercicio la Constitución de 1999 se esmeró en establecer importantes principios y prever mecanismos variados que restablecieran la confianza y la credibilidad perdidas en la justicia venezolana en los últimos tiempos del siglo XX, es necesario admitir que en un

primer tiempo pudo tenerse esperanza en que ésa podría ser la ruta que se transitaría.

Efectivamente, en los primeros años del siglo XXI hubo algunas importantes reformas legislativas que tendían a introducir los elementos innovadores que la Constitución estableció para el proceso judicial, como instrumento para el logro de la justicia, como la oralidad, la inmediación procesal, la eliminación de formalidades inútiles; en esa tonalidad puede mencionarse la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, de 2002, bastante bien acogida por el medio forense. En el año 2000 había entrado en vigencia la Ley Orgánica de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes, con importantes innovaciones en cuanto al procedimiento judicial, entre otros temas. Después de haberse hecho esperar por muchos años, en 2010 fue aprobada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con elementos de oralidad, en un sector donde los procedimientos eran tradicionalmente escritos.

También en otros aspectos hubo mejoras, que fueron recibidas con beneplácito por la colectividad. Se trató, sobre todo, de medidas y programas adoptados sobre asuntos de tipo logístico (uso de tecnologías modernas para la gestión de las causas, por ejemplo), organizativas (la utilización de los circuitos judiciales, en lugar de los tradicionales tribunales individuales) o de equipamiento (construcción o mejoramiento de nuevas sedes).

En cambio, en los temas fundamentales, relativos al logro de una justicia más creíble, confiable e imparcial, ha sido poco lo logrado. Al contrario, la justicia en la actualidad no goza de credibilidad. Basta con revisar las pocas opiniones que pueden expresarse libremente por los escasos medios de comunicación independientes o los resultados de las encuestas de opinión acerca de la percepción sobre las instituciones del país, para convencerse de que el grueso de la población no confía en el aparato judicial como instrumento

para obtener justicia, para lograr la debida tutela judicial, como teóricamente la garantiza la Constitución. Los delitos no son denunciados; los propietarios prefieren cerrar sus inmuebles a alquilarlos, por temor a perderlos en manos de tribunales parcializados a favor de los inquilinos, “débiles jurídicos” por principio, según el régimen; los patronos prefieren llegar a arreglos desventajosos, antes que someter el caso a tribunales igualmente defensores de estos otros “débiles jurídicos”, tengan o no tengan razón en derecho; los funcionarios atropellados por la Administración para la que trabajan optan por no acudir a un abogado para que defiendan sus derechos y, si lo hacen, éstos les sugieren dar el caso por perdido, sobre todo si es contra una institución gubernamental... El número de causas ante los tribunales ha disminuido notoriamente; los bufetes reducen su tamaño, se fusionan con otros para disminuir costos o, simplemente, cierran.

Lo que impide que el Poder Judicial sea percibido como la organización a través de la cual se obtiene justicia tiene que ver fundamentalmente con la falta de credibilidad que se tiene hacia los jueces; y no sólo respecto de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por las razones que antes se expusieron acerca del modo desviado como han sido designados, sino respecto de todos los jueces en general, lamentablemente.

La Constitución había establecido como objetivo para restablecer esa confianza en los jueces -que se creía perdida en las últimas décadas del siglo pasado- el poder lograr la autonomía, la profesionalidad y la integridad de éstos. Y, para alcanzar esos objetivos, consagró ciertos mecanismos formales que, por un lado, garantizaran la autonomía e independencia del Poder Judicial como un todo y, por otro, otorgaran a cada juez la total autonomía e independencia de criterio en el ejercicio de la función jurisdiccional. Para el logro del primer objetivo, le dio a aquél el poder de autogobernarse, erigiendo al Tribunal Supremo de Justicia en

la cúspide del gobierno y de la administración de los tribunales, con lo que se apartó del tradicional hétérogobierno del aparato judicial. Para que este autogobierno funcione como garantía de la autonomía judicial, debe comenzarse por conseguir que ese órgano supremo sea autónomo; y esto se logra, a través del cumplimiento del complejo procedimiento de designación de los magistrados que lo integran. Pues bien, ya hemos visto cómo ese procedimiento ha sido desvirtuado totalmente en la práctica de los hechos. El resultado, tal como lo percibe la generalidad de la sociedad, es un Tribunal Supremo absolutamente controlado por el poder dominante, lo que necesariamente habrá de repercutir en el segundo de los objetivos: la autonomía individual de cada juez.

Para lograrla, el Constituyente pensó en reforzar el estatuto judicial, con el fin de lograr un juez idóneo, digno de credibilidad e imparcial. Ese reforzamiento se enfocó en dos de los pilares fundamentales del estatuto judicial: el ingreso a la carrera y la estabilidad en el cargo. En cuanto al primero, la Constitución establece como obligatorio el concurso de oposición como única fórmula de ingreso posible. El concurso, como se sabe, es el procedimiento que hasta ahora se ha demostrado como el que más garantiza la imparcialidad en la selección y ofrece las mayores expectativas de excelencia. Pues bien, en la actualidad y, desde varios años, no se producen concursos para el ingreso a la carrera judicial en Venezuela. Existe una escuela judicial, pero no funciona como en otros países, como puerta de entrada para el reclutamiento y la formación de nuevos jueces. La gran mayoría de los jueces son provisorios o temporales. La percepción generalizada es que los jueces son escogidos por su afinidad política, por lo que sus decisiones van siempre a ser sospechadas de parcialidad.

Por lo que se refiere al segundo aspecto del estatuto judicial, la estabilidad en el cargo, ésta la hace depender la Constitución,

precisamente, de la forma de ingreso en la carrera judicial; los jueces titulares, por haber ganado un concurso público, gozan de estabilidad y del derecho a ascender en la carrera, según sea su desempeño. De la carrera se sale sólo voluntariamente o mediante la jubilación, al final de la misma. A menos, claro, que el juez incurra en una falta disciplinaria, lo que implica la tramitación de un procedimiento disciplinario. Para rodear al régimen disciplinario de garantías objetivas reforzadas, el Constituyente previó la creación de la jurisdicción judicial; es decir, ya no son órganos administrativos quienes tienen la disciplina judicial a su cargo, sino jueces propiamente dichos.

Pues bien, el régimen tardó más de doce años en comenzar a poner en marcha esa nueva jurisdicción judicial, aprobando el Código de Ética del Juez, que condicionaba la entrada en vigencia de aquélla. Y, al comenzar a ponerla en marcha, se hizo desconociendo los principios constitucionales tendentes a darle la necesaria credibilidad; así, por un lado, los procedimientos para el nombramiento de los jueces disciplinarios fueron tergiversados, produciéndose sin la debida participación ciudadana plural exigida en la Constitución, y sin exigir el cumplimiento de los debidos requisitos que garantizaran la escogencia de profesionales con la adecuada preparación y experiencia necesarias para tan delicada misión. Nada de esto ofrece garantías objetivas de que las medidas disciplinarias serán aplicadas para los fines que les son propios, y no como mecanismo de amedrentamiento y sometimiento a los jueces. De todas maneras, hay que advertir que, en la práctica, hay poco espacio para que el régimen disciplinario se aplique realmente: careciendo los jueces de la estabilidad que tendrían en caso de haber ingresado por concurso, ni siquiera es necesario pasar por el engorro de tramitarles procedimientos disciplinarios; basta con enviarles una carta, como es la práctica conocida, en la que se les notifica que su nombramiento “provisional” ha sido dejado sin

efecto. Para el caso de que tuvieran la ocurrencia de acudir a la vía contencioso-administrativa para impugnar esos actos, allí está la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, conformada de la manera que ya sabemos, para demostrarles lo ilusorio de su pretensión.

Por lo que se refiere a la jurisdicción penal en particular, la cual debería servir como garantía -paralelamente- de justicia, para las víctimas de delitos, y de libertad, para los presuntos victimarios, la perversión de su funcionamiento es aún más grave y preocupante. Los avances iniciales en el Código Procesal Penal fueron siendo reducidos paulatinamente en sucesivas reformas, que redujeron o eliminaron beneficios procesales y medios alternativos de sanción. El sistema penitenciario, en su realidad actual, dista muchísimo de ser el mecanismo de rehabilitación de los internos, de respeto a sus derechos humanos y su reinserción a la sociedad, como lo dispone la Constitución. Los estándares universales de respeto a los derechos humanos -tales como la prohibición de detenciones arbitrarias, la presentación del detenido ante la instancia judicial en un breve lapso, la asistencia letrada al detenido y la prohibición de incomunicarlo-, si bien pueden estar previstos en las normas, son desconocidos sistemáticamente, según permanentes denuncias de organizaciones no gubernamentales e instancias internacionales de protección de derechos humanos. La utilización de la justicia militar para enjuiciar a civiles es otro mecanismo de persecución frecuentemente utilizado contra quienes protestan. La imagen más reveladora del irrespeto a las normas y principios en esta materia es la del SEBIN, servicio de inteligencia que se ha vuelto tristemente conocido como la policía política del régimen, que ha pasado a sustituir indebidamente a la acreditada policía técnica judicial, al servicio penitenciario y prácticamente hasta a los tribunales penales, pues se encarga de realizar las detenciones arbitrarias, incomunicar a los detenidos, privarlos de sus básicos derechos humanos y

mantenerlos privados de libertad en su también tristemente célebre sede principal, conocida como “La Tumba”, aun en contra de las decisiones judiciales de liberación, como se puede leer casi a diario en los medios de comunicación social.

Independientemente del fondo de los casos -es decir, que los detenidos hayan o no cometido los delitos que se les imputan-, el trato que les es dispensado no permite percibir a este sector del aparato judicial como un instrumento para la realización de la justicia. Por su parte, los jueces no hacen nada para lograr cambiar esta apreciación. Y, cuando lo hacen otorgando una medida de liberación conforme a las previsiones legales, puede ocurrirles lo sucedido con la jueza María Lourdes Affuni, perseguida por todo el aparato estatal, desde el presidente de la República para abajo, y cuya liberación condicional sólo fue lograda luego de múltiples intervenciones de organismos internacionales y personalidades extranjeras. Pero el mensaje a los demás jueces fue claro; como también lo fue la destitución intempestiva de los cinco magistrados de la Corte Contencioso-Administrativa, junto con la intervención armada de la sede del tribunal, cubierta profusamente por los medios de comunicación, luego de haber dictado una decisión no grata para el régimen. ¡Ajustada a derecho o no, es obvio que no era ése el recurso procesal adecuado para corregir el eventual error judicial de la sentencia!

En definitiva, la actual apreciación generalizada sobre el aparato judicial es la de un conjunto de jueces agradecidos y temerosos, combinación nefasta para una justicia creíble y merecedora de la legitimidad necesaria entre la población. Agradecidos, por haber ingresado al cargo, no gracias a su esfuerzo y competencia, sino al favor de alguien; y temerosos, por no tener derecho a la estabilidad, mientras su permanencia en el cargo depende de mantener el favor de ese alguien. Para el común de la gente, las sentencias que dicten

estos jueces no serán la consecuencia de aplicar la ley, de manera imparcial, a unos hechos debidamente comprobados en un juicio justo, sino el producto del agradecimiento y el temor que dominan al juez.

4.3. Desvirtuación de los procedimientos de la Administración Pública

Como es sabido no es posible hablar propiamente de una función administrativa, tantas y tan heterogéneas son las tareas que la Administración Pública debe desplegar. Ya decía el maestro Massimo Severo Giannini que de una función administrativa sólo es posible hablar en sentido subjetivo, como el conjunto de funciones diversas que desarrollan cada uno de los aparatos organizativos de la Administración, entendida como sujeto.

Por esa razón, también es imposible hablar de un procedimiento administrativo, destinado a lograr un solo y único fin estatal, como sí es relativamente posible hacerlo con la función legislativa y con la jurisdiccional. Los fines públicos perseguidos o protegidos por la Administración son muy variados. Lo lógico resulta pensar que cada uno de ellos lo será a través de uno o varios tipos de procedimientos, según sea la naturaleza y condiciones de ese bien público digno de protección. Por eso, suele distinguirse entre múltiples tipos y clases de procedimientos administrativos, atendiendo al efecto jurídico producido (sancionatorios, concesorios, autorizatorios, ablatorios...); y ello, a su vez, depende del tipo de potestad que la Administración ejerce por su intermedio. Es obvio que difícilmente podrán tener las mismas características los procedimientos tributarios que los electorales o los urbanísticos, por no citar más que un par de ejemplos.

Sin embargo, a pesar de su diversidad, hay algo que tienen en común todas las actividades realizadas por la Administración: su

finalidad de servir a la colectividad. “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos...”, es la primera frase que dedica la Constitución a este componente estatal. Es lo que ahora se suele denominar el carácter vicarial de la Administración; quizá carácter servicial, dé más la idea.

Pues bien, en este renglón de los procedimientos jurídico-públicos en la Venezuela reciente el panorama no difiere demasiado de los anteriores. Si bien bajo el actual régimen han sido adoptadas algunas leyes en materia de procedimientos administrativos que pudieron ser acogidas con beneplácito por la colectividad, la conducta fáctica del régimen y la deriva posterior han privado a la actividad de la Administración de la legitimidad que podría haber tenido. Efectivamente, en los primeros años del régimen fue aprobada la Ley Orgánica de la Administración Pública, con unos cuantos principios e instituciones innovadoras y plausibles, desde la perspectiva de ese carácter servicial que tendría que tener la actividad administrativa. Posteriormente, fueron aprobadas leyes con un buen contenido, vistas desde ese ángulo, como la Ley de Simplificación de Trámites, así como varias sobre la Administración electrónica, que deberían tender a facilitar el acercamiento de los ciudadanos con la Administración. Pero, lamentablemente, muchos de los contenidos democratizantes y favorables para los ciudadanos que esas leyes tienen, no sólo no son aplicados por las Administraciones, sino que ni siquiera son conocidos por la población. Las páginas electrónicas que obligatoriamente deben tener las organizaciones administrativas no existen; y, cuando existen, no funcionan, no están actualizadas o son inaccesibles. Los planes de simplificación de trámites ni siquiera se han hecho; mucho menos, ejecutado.

Pero, además de esas prácticas indebidas y sencillamente contrarias al ordenamiento jurídico, el régimen ha desarrollado una

tendencia a adoptar oficialmente, a través de textos normativos, reglas que son contrarias a los principios constitucionales y, sobre todo, a ese carácter servicial que tendría que tener la actividad administrativa. Estamos pensando en muchos sectores de intervención de la Administración en los que han sido adoptadas o reformadas leyes que contienen elementos procedimentales que poco contribuyen a otorgar legitimidad a las actuaciones que aquella ejecuta. Hasta ahora, algunas investigaciones académicas han puesto de relieve las graves deficiencias que en ese sentido se han producido en determinados sectores de la actividad administrativa o con algún tipo determinado de procedimientos. Siendo éstos, como antes se dijo, tan variados y heterogéneos, se dificulta la tarea de dar una visión de conjunto, como antes intentamos hacer con los procedimientos legislativos y jurisdiccionales.

Pero al menos se puede destacar algunas de las más notorias tendencias observadas en el país, con las cuales podría tenerse una idea de la manera cómo se ha ido desvirtuando la figura del procedimiento administrativo, utilizándolo con una finalidad diferente del servicio a la colectividad que debería tener. Nos limitaremos a destacar tendencias observadas en el tema procedimental y formal, sin emitir opinión acerca del contenido de las leyes que las contienen, dado que ello nos llevaría a terrenos ajenos a los objetivos del presente análisis. Por eso, debemos prescindir de algunos señalamientos críticos que se hacen sobre el fondo o contenido de muchos textos normativos dictados por el régimen, como el de que han proliferado los procedimientos de control sobre la sociedad, en particular sobre el sector privado de la economía; esta crítica trata de poner de relieve que el régimen, de esta manera, se orienta hacia una economía dirigida o radicalmente socialista. De ser ello cierto, se trataría de un asunto de otra índole, sobre el cual no hemos querido incursionar. Pensemos que cada gobierno da a su desempeño la orientación política que estima más apropiada; esa orientación, de ser considerada inadecuada por la

sociedad, será desaprobada en las urnas, produciéndose entonces el cambio político hacia una orientación que goce de la aceptación de las corrientes del momento. Aquí hemos enfocado nuestro análisis en las formas y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como de su coherencia con los principios constitucionales de carácter igualmente formal.

Es por ello que sí queremos destacar, en cambio, algunas formas de actuación que utilizan los procedimientos administrativos desviándolos de su función propia, que debería dirigirse a otorgar legitimidad a las actuaciones cumplidas por su intermedio. Esas son las tendencias a las que queremos hacer referencia de seguida:

A. Proliferación de la desviación de procedimiento

La justificación esencial de los procedimientos, dado su carácter instrumental, es el fin público que con ellos se busca obtener. Cogenerando con ellos la Administración está tratando de lograr ese fin público, la actuación que se produzca tendrá legitimidad, así genere algún descontento o gravamen en algún o algunos ciudadanos, que seguramente no estarán de acuerdo con ella.

Ahora bien, durante los últimos años, el régimen en el poder ha estado utilizando procedimientos de una manera muy alejada a ese deber ser. Los casos menos graves son aquéllos en que con un procedimiento, destinado a un determinado fin público, se procura conseguir otro fin público. Por ejemplo, solicitar permisos que no cumplen ninguna función atribuida a la Administración, sólo con el propósito de obtener ingresos adicionales con el cobro de las tasas correspondientes. Un ejemplo “venial” de este tipo: la exigencia de un permiso de demolición, que no busca el ejercicio de ninguna potestad pública para proteger ningún interés público, pero produce ingresos al municipio.

Mucho más graves son otros casos, donde la finalidad que se procura conseguir es ilícita. Se emplea un procedimiento aparentemente justificado sólo para encubrir el fin ilícito que se está buscando. Un ejemplo dramático de este tipo de conductas desviadas lo constituyen los procedimientos establecidos para la preparación de los referendos revocatorios presidenciales, tanto el de 2003 como el de 2016; la cantidad de fases repetidas, trámites inútiles, requisitos incumplibles y demás obstáculos no perseguían en ningún caso la finalidad de constatación u otorgamiento de certeza con que el Consejo Nacional Electoral ocultaba su verdadera intención de retrasar e impedir el ejercicio de un derecho constitucional a la participación²⁶³.

A veces, el fin desviado e ilícito que se busca con algún procedimiento es tan descaradamente contrario a la legalidad, que las autoridades ni siquiera dan justificaciones para exigirlo. Es el caso emblemático del denominado “carnet de la Patria”. Tratándose de un mecanismo de ayuda a sectores desfavorecidos, parecería lógico pensar que el carnet cumple una función de certificar la condición socioeconómica desfavorable de la persona que lo detenta, de tal manera que pueda entrar en los criterios predefinidos de los sujetos que deberán recibir las ayudas. Sin embargo, no hay una normativa que establezca con claridad los contornos del instrumento ni los requisitos para obtenerlo. Esa falta de claridad permite generar una percepción ambigua en la población: el carnet sirve para identificar a las personas que apoyan al régimen. Quienes lo obtienen, esperan dádivas del gobierno; quienes lo adversan llegan a afirmar que se trata de un censo del partido de gobierno. La falta de manejo claro de la figura da para ésa y muchas otras especulaciones. El resultado,

²⁶³ Allan BREWER-CARÍAS, *La mentira como política...*, pp. 111-121; y Manuel RACHADELL, *Ob. Cit.*, pp. 158-161.

en todo caso, es el de un procedimiento carente de absoluta falta de toda legitimidad social.

En algunos casos, los procedimientos son utilizados de manera engañosa, haciendo ver que persiguen un efecto, cuando en realidad, al analizar sus condiciones y características, se advierte que producen otro efecto, sólo que de manera encubierta, a fin de evitar cumplir con las exigencias que el primero comportaría. Es el conocido caso de la expropiación, de la cual el régimen ha hecho un uso muy intenso, extenso y abusivo. Expropiaciones de fundos rurales, de empresas, de terrenos urbanos... Pero la expropiación, tal como está definida en la Constitución, es un mecanismo destinado a procurar al Estado, de manera forzosa, la propiedad sobre bienes de propiedad particular por razones de interés público o social. En cambio, el régimen la ha utilizado como una sanción contra conductas que considera dignas de castigo. Diversas leyes así lo contemplan, al prever que la infracción de determinadas obligaciones legales dará lugar a la expropiación del bien del infractor. Esto es un ejemplo claro de la desviación de procedimiento, de la que hablaba el maestro Antonio Moles Caubet, como una de las posibles manifestaciones del vicio de desviación de poder.

Frecuentemente, el procedimiento empleado, lejos de constituir el cauce formal para aplicar las garantías que la Constitución contempla como propias de este instrumento (necesidad de intervención judicial, justo precio, previa indemnización...), ha venido siendo privado de todas esas garantías. So pretexto de servir para paliar emergencias, reales o inventadas, los procedimientos expropiatorios contemplan la posibilidad de la ocupación inmediata del bien; los avalúos son realizados sin el debido balance y control por parte del afectado; las indemnizaciones no son pagadas a tiempo, y a veces, nunca. Los académicos ya no tienen claro si debe hablarse

de expropiaciones, de confiscaciones o de simples y puras explicaciones²⁶⁴. Muy divulgada en los medios fue la imagen de una diputada que, ante el pretendido asombro del Presidente de la República, cuando éste le inquirió si ella lo estaba llamando ladrón, le respondió que “expropiar sin pagar es robar”. Y, lamentablemente, ésa es la idea generalizada en torno a esta figura; algunos estarán de acuerdo con eso y otros lo criticarán, pero lo cierto es que se ha desvirtuado el fin perseguido por la expropiación, que la ha privado de la función legitimadora que el procedimiento debería tener.

Otro caso muy ilustrativo de esta tendencia es el de las denominadas “subastas de dólares” dentro del marco del régimen de control de cambios. Se organizan subastas, pero al final los dólares son vendidos a algunos de los postores sin que se sepa cuál fue el criterio para ello; no gana la subasta, como debería ser, el que haya hecho la mejor oferta, el que haya ofrecido un mayor precio, sino que todo permanece en la más absoluta opacidad y falta de transparencia. Ninguna sorpresa, entonces, cuando la percepción general no las considera verdaderas subastas, sino adjudicaciones unilaterales, que son manejadas con total discrecionalidad por parte de la Administración, quedando la duda siempre de quién y por qué se benefició con esa adjudicación.

Otro ejemplo entre muchos: los denominados “precios concertados”, o “acordados”, en el marco de la política de fijación de precios de venta al público de bienes de primera necesidad; después de ser publicada la lista de los precios máximos, se oyen las voces de las organizaciones de productores y comerciantes quejándose por no haber sido consultados y denunciando que esos precios de venta, impuestos unilateralmente por las autoridades, no fueron

²⁶⁴ Antonio CANOVA GONZÁLES, Luis Alfonso HERRERA ORELLANA y Karina ANZOLA SPADARO: *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2009.

el producto de ningún acuerdo, y que no cubren los costos. ¿Será verdad o no que ellos no pueden vender a esos precios?; difícil saberlo. Pero lo que sí es claro es que las decisiones adoptadas a través de esos procedimientos poco transparentes y recubiertos de un lenguaje engañoso, carecen de la legitimidad que debería tener toda decisión estatal, en el caso de haber sido el producto de un procedimiento bien diseñado, que pondere los intereses en juego y que refleje adecuadamente la finalidad que se dice perseguir.

B. Opacidad en torno a toda la actividad administrativa

Esa tendencia a la opacidad no se ha dado sólo en algunos procedimientos puntuales, sino que se nota como una tendencia extendida sobre toda la actividad de las autoridades estatales. Los principios constitucionales sobre la publicidad de las actuaciones y documentos públicos, así como el derecho a la información, son sistemáticamente desconocidos.

Las estadísticas oficiales han dejado de ser conocidas del gran público y de las organizaciones vinculadas al tema del que se trate. Los responsables de las instituciones públicas no acuden a los medios de comunicación de manera abierta; se limitan a los medios dominados por el oficialismo y, por lo general, no se trata de verdaderas ruedas de prensa, sino de simples declaraciones oficiales. La información oficial es prácticamente imposible de conseguir por Internet, a pesar de existir leyes que regulan la obligación de las dependencias en ese sentido.

B.1. Eliminación o restricción de procedimientos destinados a garantizar la transparencia en las actuaciones públicas

Probablemente como parte de esa tendencia más general a la opacidad y al ocultamiento, como una forma de evitar el control

social sobre la actividad estatal, se ha podido observar cómo ciertos tipos de procedimientos en los que la transparencia juega un papel estelar, se han visto eliminados o, al menos, muy minimizado su alcance. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos para la selección de los contratistas de la Administración, destinados esencialmente a obtener las mejores ofertas del mercado; pues bien, a través de sucesivas declaraciones de emergencia, sin mayores justificaciones, el gobierno logra obviar la obligación de aplicar esos procedimientos de carácter concursal. Otra forma muy peculiar que se ha encontrado para obviarlos es incrementar artificialmente el monto de la “unidad tributaria”, que es el índice empleado por la ley para calcular los montos de las contrataciones sometidas a dichos procedimientos; como la unidad tributaria en realidad tiene otros usos más amplios, entonces la Asamblea Nacional Constituyente -de orientación totalmente oficialista, como se verá más adelante- creó una unidad tributaria paralela, como la ha identificado la prensa, que permite elevar los montos mínimos de las contrataciones que obligan a tramitar los procedimientos más complejos y más garantizadores de la transparencia; de esa manera, se amplía indebidamente el campo de las adjudicaciones directas y sin concurso previo.

Otros procedimientos concursales que han sido indebidamente detenidos en su aplicación son los concursos de oposición exigidos para el ingreso a las diversas carreras funcionariales. Ya señalamos que en el Poder Judicial hace años no se celebran concursos para el ingreso de nuevos jueces; la gran mayoría de los que hoy están son provisorios o temporales. En la Administración, el concurso de oposición es prácticamente desconocido como mecanismo de ingreso, de manera general. En las instituciones en donde sí eran aplicados, como en la carrera diplomática, recientes reformas legislativas prácticamente los han eliminado. En la universidades autónomas, donde el concurso era y sigue siendo el mecanismo

natural de ingreso a la carrera universitaria, recientes sentencias contencioso-administrativas han ordenado la prohibición de tramitar nuevos concursos y la suspensión de los que se encontraban en curso. La forma de ingreso ordinaria es ahora, pues, la designación más discrecional posible.

Esto tiene dos efectos igualmente nocivos para el buen funcionamiento de la Administración: la falta de estabilidad de los designados, por no haber ingresado de la manera legal y constitucionalmente prevista para ello, lo que es malo, sobre todo para los interesados, en lo individual. Pero también, y ello es más grave para la colectividad, la falta de legitimidad de quienes son así designados, pues no se sabe si cumplen o no los requisitos para el cargo, ni si son los más idóneos, entre eventuales distintos aspirantes. La búsqueda de la excelencia que tales procedimientos persiguen ha sido sustituida por otros criterios, generalmente ocultos, que privan a los nombramientos de la legitimidad que deberían tener.

B.2. Incremento de poderes para la Administración y correlativa reducción de derechos y garantías a los ciudadanos

Al contrario de lo que significó la LOPA en los años 80, que incorporó una serie de derechos formales para los administrados frente al actuar administrativo, a lo que se añadió la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos, de corte bastante progresista, en las dos últimas décadas se ha visto un aumento de poderes formales a favor de las Administraciones, al mismo tiempo que las garantías a los ciudadanos disminuyen.

Así, por ejemplo, mientras en la LOPA se innovaba al contemplar posibles medidas cautelares a favor del administrado, recientes leyes otorgan a la Administración el poder de dictar medidas cautelares en su propio beneficio; muchas de esas medidas

cautelares han recibido críticas muy sólidas, destacando su carácter irreversible o la amplísima discrecionalidad con la que pueden ser acordadas; pero en la mayoría de los casos, lo más grave es la finalidad perseguida con ellas. En lugar de servir para garantizar la efectiva ejecución de la decisión final que se adopte, muchas de estas medidas “cautelares” constituyen en realidad la decisión final, que nunca es finalmente adoptada, dado que nunca se tuvo la intención de hacerlo; el fin perseguido por la Administración ya se logró con la medida cautelar, por lo que la tramitación hasta el final del procedimiento pierde todo interés para ella.

Otra tendencia que podemos destacar en este sentido es la previsión cada vez más frecuente de las sanciones llamadas automáticas: el procedimiento comienza con la imposición de la sanción; luego continúa la tramitación, pero el hecho es que la sanción ya ha sido impuesta, sin haber dado al afectado las garantías del debido procedimiento que la Constitución consagra. También cabe señalar aquí las dificultades que se oponen a que el interesado tenga acceso a las actas procedimentales y otras limitaciones para los particulares en materia probatoria²⁶⁵.

C. Incremento de los procedimientos cuasi-jurisdiccionales

En Venezuela tradicionalmente han existido procedimientos en los que la Administración no actúa para tutelar un interés colectivo puesto a su cargo por el ordenamiento jurídico, sino como un árbitro -en principio, imparcial- entre dos particulares enfrentados en un conflicto de intereses privados; es decir, en la misma posición en que lo haría un juez. En los años 80, se comenzó a darles un

²⁶⁵ Sobre los diferentes derechos y garantías desconocidos por varias leyes en distintas áreas económicas, ver Flavia PESCI FELTRI: *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano*. Colección Monografías N° 9. Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) Caracas, 2018

nombre propio a estos procedimientos, calificándolos de cuasi-jurisdiccionales, para destacar su carácter híbrido, debido al hecho de que no es un juez el que los tramita y decide, sino un órgano administrativo, pero éste ejerce por su intermedio una verdadera y propia función jurisdiccional.

Este tipo de procedimiento ha despertado siempre un importante debate en la doctrina²⁶⁶, pero las leyes han continuado contemplándolos, mientras que la jurisprudencia ha tendido a generar algunos criterios especiales en torno a ellos, partiendo del hecho de que existen y de que tienen notorias diferencias con los procedimientos administrativos de tipo ortodoxo. Los propulsores de estas leyes las justifican con una serie de razones de tipo pragmático, generalmente basadas en la idea de que en los conflictos que esos procedimientos buscan resolver una de las partes es un débil jurídico: el trabajador frente al patrono o el inquilino frente al arrendatario, los casos más tradicionales en Venezuela.

Ahora bien, el Estado ciertamente puede y hasta debe apoyar a las personas en situación de desventaja; para ello, la Administración puede utilizar todos los medios y recursos de que dispone. Pero lo que no puede hacer, para supuestamente ayudarlo, es crear una institución encargada de darle la razón aun cuando no la tenga; y mucho menos todavía, si ello se hace en desmedro de otro particular que sí tiene la razón en derecho. El acto que dicte esa autoridad administrativa, en el mejor de los casos, estará viciada de desviación de poder: la Administración estará utilizando una potestad que le ha sido otorgada para un fin, desviándola para otro fin, por muy loable que éste sea. Y ello, sin entrar a determinar la responsabilidad patrimonial en que estaría incurriendo al infligir un daño ilícito a un particular.

²⁶⁶ A favor, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ: *Los actos cuasi jurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990.. En contra, Rosibel GRISANTI BELANDRIA: *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales - La reposición administrativa*, Edit. Vadell Hermanos, Caracas, 1994.

Pues bien, la utilización de ese mecanismo inadecuado desde todo punto de vista para socorrer a un supuesto débil jurídico se ha visto incrementada con este régimen. Los tradicionales procedimientos cuasi-jurisdiccionales en materia laboral ahora son aplicables a todos los trabajadores, y no sólo a algunas pocas categorías juzgadas como más necesitadas de una protección especial (dirigentes sindicales, mujeres embarazadas...); ahora todos los trabajadores gozan de estabilidad, por lo que todo conflicto en torno a cualquier despido debe ser tramitado ante un órgano administrativo; y, luego, la licitud del acto administrativo que éste dicte, será revisada por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de que el conflicto sea conocido por su juez natural, el juez ordinario especializado en materia laboral. Esa anomalía procedimental, ya de por sí bastante grave, se ha visto agravada aún más con las reformas legales de las últimas décadas, que contienen normas claramente discriminatorias en favor del trabajador y en perjuicio del patrono, contrarias al principio de igualdad procesal que debería imperar en todo procedimiento, máxime si por su intermedio se ejerce la función jurisdiccional. Una de las innovaciones más claramente contrarias a todo principio constitucional es el que el patrono, para poder acudir a la vía contencioso-administrativa para impugnar el acto administrativo que le ordena el reenganche y pago de salarios caídos al trabajador, debe demostrar haber cumplido la orden; sin ello, el recurso no será admitido. Es decir, una versión tergiversada del antiguo *solve et repete*; pero ahora no en beneficio de un interés público tutelado por la Administración, sino de un interés privado, por digno de protección que éste sea; sólo que, como ya se dijo, el Estado debe protegerlo con sus propios recursos, no con recursos ajenos y también dignos de respeto, de acuerdo con las previsiones constitucionales.

Pues bien, además de haberse reforzado y extendido estos procedimientos cuasi-jurisdiccionales en materia laboral, el régimen

también lo ha hecho en materia inquilinaria, extrayendo de la jurisdicción ordinaria los conflictos, de naturaleza contractual, entre inquilino y arrendador, y atribuyendo su resolución a órganos administrativos. En esta materia, la ley contempla similares anomalías procedimentales en perjuicio del arrendador. Y, además, según se denuncia en los medios de comunicación, los órganos administrativos están predispuestos en su contra, al punto de que, según se afirma, los funcionarios son escogidos *ex professo* de entre organizaciones de inquilinos.

Además de reforzar estos procedimientos de manera tendenciosa y desequilibrada, el régimen ha creado varios otros procedimientos cuasi-jurisdiccionales en otros sectores de actividad, generalmente en materia económica: contra los comerciantes, contra los proveedores... En muchos de esos casos, el procedimiento cuasi-jurisdiccional, para resolver un conflicto entre dos particulares, se ve mezclado indebidamente con un procedimiento sancionatorio paralelo, utilizando la Administración indebidamente la potestad sancionatoria que tiene acordada para proteger intereses públicos en juego en esa misma materia, como un mecanismo de chantaje institucional contra el “fuerte jurídico”, quien se ve forzado muchas veces a llegar a un arreglo con el “débil”, así éste no tenga la razón. Un caso del que pudimos tener conocimiento recientemente de manera casual muestra quizá la extensión que ha venido adquiriendo esta práctica; en materia de pesca, existe un procedimiento denominado de “resolución de conflictos de interferencias pesqueras”, de obligatorio agotamiento previo para uno de los pescadores a fin de poder acudir a la vía jurisdiccional.

Creemos que las tendencias antes reseñadas, así como los ejemplos mencionados, pueden servir como una muestra de la manera indebida como pueden ser utilizados los procedimientos administrativos. Alguien podría pensar que se trata de muestra tendenciosa.

Sin embargo, lo variado de la misma y el carácter marcadamente intencional de las desviaciones señaladas parecieran poner al descubierto una intención deliberada de tergiversarlos en su finalidad, utilizándolos de manera engañosa o para fines que no deberían tener, que es la de propia de toda la actividad de la Administración: la de servir a la ciudadanía.

V. EPÍLOGO

Este proceso de desvirtuación de los procedimientos jurídico-públicos también tiene su cúspide. La instalación de una pretendida Asamblea Nacional Constituyente parece ser la culminación de esa progresiva utilización desviada de los procedimientos con fines desviados, es el último y más acabado capítulo de esta evolución hacia el desmontaje de las formas y procedimientos a través de los cuales la Constitución de 1999 pretendió garantizar el efectivo respeto a los valores y principios democráticos. Este intento por completar la destrucción de ese edificio de procedimientos destinados a dar legitimidad a las actuaciones del aparato estatal nos parece un adecuado epílogo para el presente estudio; no sólo el epílogo, sino el epítome de ese proceso en la medida en que el procedimiento empleado por el régimen representa un ejemplo en el que se sintetiza y condensa la mayor parte de las desviaciones empleadas hasta ahora para privar a los procedimientos jurídico-públicos de su función legitimadora de las actuaciones estatales.

Pero antes de referirnos a ese último capítulo, hagamos un breve repaso de los antecedentes de esta forma de modificación radical el texto constitucional. Recordemos, ante todo, que la Constitución de 1961 contemplaba dos procedimientos para su eventual modificación: la enmienda, para los cambios menores, y la reforma, para las de mayor envergadura. Como es usual en materia procedimental y de manera cónsono con el principio de la supremacía formal de la Constitución, ambos procedimientos eran

más complejos que el procedimiento legislativo ordinario, con exigencias adicionales orientadas a conseguir mayores y más amplios consensos, destinadas a su vez a conferir mayor legitimidad a la modificación del texto constitucional; y, a su vez, el procedimiento de reforma era más complejo que el de enmienda, por razones similares: dada la menor entidad de esta última, su procedimiento era menos exigente que el primero. En la realidad de las cosas, el procedimiento de reforma previsto en esa Constitución nunca fue utilizado, a pesar de que a fines del período se inició un movimiento en tal sentido, que no llegó a culminar. El de enmienda, en cambio, fue usado en dos oportunidades.

Para derogar esa Constitución en 1999, se acudió a un mecanismo formal no previsto en su texto: el de la Asamblea Nacional Constituyente, que no buscaba reformarla, sino sustituirla *in integrum* por otra nueva. La ausencia de previsión constitucional de tal mecanismo dio pie a varios recursos e impugnaciones. La Corte Suprema de Justicia terminó dándolo por bueno, con el argumento de que el pueblo no pierde nunca su soberanía y conserva siempre el poder constituyente originario, así ya haya aprobado una Constitución en la que nada se prevea acerca de la facultad del pueblo de darse un nuevo texto fundamental. Por lo tanto, si el propio pueblo procede a convocar una Asamblea Constituyente para que cree una nueva Constitución, lo está haciendo como titular del poder constituyente originario, en ejercicio de su poder soberano, al que no ha renunciado.

Con base en tal razonamiento, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 fue creada e instalada luego de una amplia consulta al “soberano”. Primero se hizo un referéndum para consultarle si quería convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, así como en qué términos y condiciones. Al resultar positiva esa consulta, se procedió a una nueva consulta popular, ahora para elegir a los constituyentes. Como antes se dijo, uno de ellos fue el epónimo de

las Jornadas, el profesor Allan Brewer-Carías. Luego de elegidos los constituyentes, instalada la Asamblea y redactado el proyecto de nueva Constitución, se convocó a un nuevo referéndum, para consultar al pueblo si lo aprobaba o no. Si cabe una referencia personal, quien esto escribe votó en contra del texto propuesto, por considerar que la anterior Constitución era la suficientemente buena, democrática y mejorable, sin necesidad de sustituirla por una nueva, que no se sabía con claridad hacia dónde conduciría al país. Pero, al resultar aprobada con todos esos mecanismos de consulta y los resultados de éstas, tuvo que llegar a la conclusión de que ésa era la nueva Constitución, con toda la legitimidad necesaria y que debía regir al país a partir de ese momento.

Consideramos necesario el recuento anterior para que quede más clara la diferencia enorme que hay entre ese proceso y el que se dio el año pasado en Venezuela para instalar una nueva Asamblea Constituyente. Tengamos presente, ante todo, que a fines de 2015 se había producido el holgado triunfo electoral de las corrientes opositoras, que les había significado una amplia mayoría en el Parlamento, al mismo tiempo que las encuestas presagiaban una nueva derrota contundente para el régimen en las venideras elecciones regionales, que debían celebrarse en 2016, así como en el referéndum revocatorio del Presidente de la República cuya tramitación estaba en curso.

Públicamente, los más altos voceros del régimen declaraban que no se harían más elecciones que ellos pudieran perder. Luego de retardar al máximo la realización de esas consultas populares pendientes, con el apoyo del Poder Electoral y del Poder Judicial, Nicolás Maduro anunció que convocaba a una Asamblea Nacional Constituyente. Ahora bien, según el texto constitucional, el poder constituyente originario reside en el pueblo y éste, en ejercicio de este poder, es el que puede convocar una Asamblea Nacional

Constituyente para redactar una nueva Constitución; y según la propia Constitución, el pueblo ejerce la soberanía de manera directa o indirectamente, siendo que el ejercicio directo de esa soberanía ha de hacerse a través de los medios que el mismo texto constitucional establece, entre los cuales están los referendos²⁶⁷.

No hay duda, pues, de que en este caso tendría que celebrarse un referéndum para consultar al pueblo sobre si quería convocar la Asamblea Nacional Constituyente que el presidente estaba proponiendo, tal como se había hecho, por lo demás, en 1999. Pero una consulta como ésa tenía altas posibilidades de arrojar resultados adversos a la propuesta, según los estudios de opinión. El régimen optó por no consultar al pueblo, cumpliendo así su advertencia de que no permitiría elecciones que pudieran perder. En su lugar, a la sola propuesta del presidente se le dio valor de convocatoria, como si el pueblo se hubiera pronunciado al respecto favorablemente, cosa que nunca ocurrió. El régimen se limitó a celebrar unas elecciones para seleccionar a los integrantes de esa pretendida Asamblea Constituyente, que no había sido convocada por el pueblo, único que podía legítimamente hacerlo. Además de ello, las condiciones electorales para estos pretendidos comicios fueron muy criticadas, pues no fueron las de unas elecciones universales, directas y secretas.

Con esos procedimientos, totalmente alejados de las previsiones constitucionales, se terminó instalando una supuesta Asamblea Nacional Constituyente, que ya lleva más de un año en funcionamiento. De la que debería ser su tarea fundamental, redactar un nuevo proyecto de Constitución para someterlo al titular del poder constituyente originario, el pueblo, no se ha sabido nada. Su verdadera función, a juzgar por sus actuaciones, es pretender sustituir a la Asamblea Nacional, auténtico y legítimo órgano legislativo.

²⁶⁷ Artículo 347 de la Constitución de 1999.

Dicta “leyes constitucionales” y “decretos constituyentes”, que modifican o derogan verdaderas leyes que sí fueron dictadas en su momento por el órgano competente para ello y mediante el procedimiento legislativo.

Respecto del procedimiento a través del cual ese órgano dicta tales “leyes” y “decretos” tampoco se sabe mucho. Sobre su actividad planea el consabido secretismo del régimen. En la Gaceta Oficial no se puede consultar el reglamento interno que debería contener ese procedimiento, para poder al menos constatar si cumple con las exigencias mínimas para otorgar un mínimo de legitimidad a los actos que dicta. Total, una absoluta falta de legitimidad de origen, a a que se añade también la ausencia de legitimidad de desempeño. No hace lo que se supone debería hacer. Y hace lo que no podría hacer, dado que usurpa funciones de otros poderes públicos. No es posible saber si al final terminará redactando un proyecto de nueva Constitución. Hasta ahora lo que se sabe es que se ha auto prorrogado su vigencia hasta al menos por un año más. Eso parece demostrar los vaticinios de que su instalación no perseguía crear una nueva Constitución, sino permitir el funcionamiento al menos precario de un “gobierno sin Constitución” del que habla Manuel Rachadell, en su obra varias veces citada en este estudio. En el caso de que se produjera finalmente un proyecto de Constitución, creemos que no sería arriesgado pronosticar que el régimen encontrará otro subterfugio para evitar el referéndum aprobatorio, en el cual muy probablemente, de ser un procedimiento limpio y transparente, el pueblo no lo aprobaría, a juzgar por lo que hasta ahora dicen los estudios de opinión.

No hay necesidad de insistir en el carácter de epítome que este proceso puede representar en tanto que compendio de la mayor parte de vicios y desviaciones que se han producido en estas dos últimas décadas en Venezuela respecto de los procedimientos diseñados por el constituyente de 1999, con la esperanza de que

sirvieran de contención contra los eventuales abusos de poder y de cauce formal para el correcto ejercicio de las funciones estatales.

Sólo nos resta esperar que, así como la llegada de la Constitución de 1999 en sustitución de la de 1961 significó la cúspide del proceso de mejoramiento progresivo de los procedimientos tendentes a garantizar los valores democráticos, pero al mismo tiempo el inicio del actual proceso de desmontaje de tales procedimientos, ahora -en una suerte de manifestación del llamado “principio del paralelismo de las formas”- este intento por eliminar la Constitución vigente sea el augurio de que pronto se iniciará en el país el camino inverso, hacia la reinstalación de las formas verdaderamente democráticas.

BIBLIOGRAFÍA

Allan R. BREWER-CARÍAS: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*. 9ª. edición. Colección Estudios Jurídicos N° 16. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010.

Allan R. BREWER-CARÍAS: “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-electorales”, en *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Colección Textos Legislativos N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.

Allan R. BREWER-CARÍAS: *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1909-2015*. Colección Estudios Políticos N° 10. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

Antonio CANOVA GONZÁLEZ, Luis Alfonso HERRERA ORELLANA y Karina ANZOLA SPADARO: *¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de*

propiedad en la Venezuela actual). Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2009.

Carlos Luis CARRILLO ARTILES: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 3ª. Edición, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2005.

Rosibel GRISANTI BELANDRIA: *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales - La reposición administrativa*, Edit. Vadell Hermanos, Caracas, 1994.

José Ignacio HERNÁNDEZ: *Lecciones de procedimiento administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2012.

José Ignacio HERNÁNDEZ: “La designación del Poder Ciudadano: Fraude a la Constitución en seis actos”, en *Prodavinci*, del 22 de diciembre de 2014.

Eloy LARES MARTÍNEZ: *Manual de Derecho Administrativo*. 4a. edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978. (O 12a edición, actualizada a la Constitución de 1999, Caracas, 2001)

José PEÑA SOLÍS: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000.

Flavia PESCI FELTRI: *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano*. Colección Monografías N° 9. Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2018.

Manuel RACHADELL, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015 (De la conciliación de intereses al populismo autoritario)*. Colección Estudios Políticos N° 11. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1015.

Aristides RENGEL-ROMBERG: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el nuevo Código de 1987)*. Volumen I. Editorial Arte, Caracas, 1992.

Hildegard RONDÓN DE SANSÓ: *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana, 2a edición, Caracas, 1983.

Hildegard RONDÓN DE SANSÓ: *Los actos cuasi jurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990.

Enrique SÁNCHEZ FALCÓN: *Estado Comunal y Estado Federal en Venezuela: ¿Son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?* Cuadernos de la Fundación N° 18. Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2017.

Gustavo TARRE BRICEÑO: *Solo el poder detiene al poder. (La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela)* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

**A NEW COMPARATIVE RESEARCH ON
ADMINISTRATIVE LAWS IN EUROPE:
IMPLICATIONS FOR LATIN AMERICAN**

GIACINTO DELLA CANANEA

Doctor en Derecho del Instituto Universitario Europeo. Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad “Tor Vergata” de Roma, profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Administrativo Global en la Universidad “Bocconi” de Milan y profesor visitante de la Facultad de Derecho de Yale University. Es editor fundador de la Revista Italiana de Derecho Público y miembro del Consejo Presidencial del Tribunal de Cuentas italiano.

Abstract:

It is self-evident that administrative law has evolved, and remarkably, over time. Understanding the nature of this evolution, and its consequences, is more difficult. There is, in particular, a variety of opinions concerning the possibility to discern, despite innumerable differences between legal systems, some connecting and shared elements. This paper delineates the theoretical background and operational methodology of a research that aims at ascertaining whether such connecting elements, or a “common core”, exist in European administrative laws and, if so, whether they can be formulated in legal terms, as opposed to generic idealities. The paper is divided into three parts. In Part I, which contains a quick *pars destruens*, I briefly illustrate the weaknesses that beset the traditional uses of the comparative method in the field of administrative law. In Part II, which contains the *pars construens*, I explain the main features of the new comparative research concerning administrative law in Europe; that is, its goal, object and methodology. Finally, in Part III, I discuss the reasons

why this research, especially in view of its focus on administrative procedure, might be interesting for the future works concerning the administrative laws of Latin American countries.

Table of contents: 1. Introduction; 2. Comparing Administrative Laws: Issues in Methodology: (a) A Focus on Administrative Law; (b) Examining Common *and* Distinctive Traits; (c) From Juxtaposition to Comparison; 3. Is There a Common Core of European Administrative Laws?: (a) The purpose of the research; (b) The choice of Administrative Procedure; y, (c) A Synchronic and Diachronic Comparison; 4. Europe and Latin America: (a) Administrative Procedure in Latin America; (b) A Common Legal Substratum?; (c) A Factual Analysis; 5. Conclusions.

1. Introduction

This paper focuses on comparative administrative law in Europe, but with a view to promoting a dialogue with Latin American public lawyers. My intent is to examine some of the questions which arise when a comparative inquiry is undertaken, with a view to ascertaining, in an important area of administrative law, that of administrative procedures, whether and to what extent there exists a common ground, or a “common core” of European administrative laws. Arguably, such an inquiry can be interesting also for public lawyers in other jurisdictions, notably in Latin America.

The paper is divided into three parts. The first will briefly explain what I have argued in a somewhat more detailed manner elsewhere; that it, the difficulties that beset traditional approaches to legal comparison in our field. In the second part, I will explain in a somewhat more detailed manner the main features that characterize the new comparative research that is being presented here. In particular, the paper argues that an attempt must be made in order to understand how both similarities and difference characterize the administrative

laws of Europe. The third part will focus on some issues that can be interesting, in particular, for a Latin American audience. Included among such issues is the existence of a sort of common legal patrimony and the question whether, particularly in Latin America, administrative procedure provides a sound basis for legal comparison.

2. Comparing Administrative Laws: Issues in Methodology

This part examines the state of comparative studies in the field of administrative law. It discusses three main issues. First, it looks at recent academic works and argues that it can be helpful that some of such works consider the interrelationship between administrative law and public law, but at the same time it is necessary to conduct comparative analyses with a focus on administrative law. Second, it discusses the traditional approaches that focus either on similarities or on differences. Thirdly, it criticizes the traditional juxtaposition of national studies without a real comparison.

A) A Focus on Administrative Law

It can be argued that the comparative study of administrative law is in an unsatisfactory condition, first of all, for the lack of a specific focus. For current purposes, administrative law can be regarded as the body of law that deals with the arrangements that establish public authorities and regulate the exercises of public powers and functions, including the regulation and delivery of services ⁽²⁶⁸⁾,

²⁶⁸ There are many definitions of this field of study and they evolved across the last 150 years, as the scope of administrative law widened and several public functions were carried out by private bodies under the supervision of the State. The definition used at the beginning of this paper is broader than the traditional picture according to which administrative law is the “law relating to the control of government power” (for further analysis, see P. Craig, *Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 2003, 5th ed., 3); it is also broader than that of G. Vedel – P. Delvolvé, *Droit administratif* (PUF, 1984, 9th ed., 98, identifying administrative law as the law that relates to the administration).

while the comparative method is intended in the sense of German *Rechtsvergleichung* (²⁶⁹).

Several scholarly works, often with the contribution of a plurality of authors, seek to describe and understand the legal developments that are influencing the role of governments within the legal systems of Western countries and elsewhere. However, sometimes the object of such works is public law, broadly intended. As a consequence, these studies thus fail to devote attention to the more specific questions concerning administrative law. Such questions include, in particular, how should administrative procedures be regulated, whether public officers should be subject to the ordinary processes of law in the same manner of private bodies, and the like.

Though other works focus on administrative law, they do not pay specific attention to the European area (²⁷⁰), while it can be argued that a renewed discussion of this is central to the study of administrative law, also in view of the influence exerted by European Union law. It is also timely in the light of recent cultural and political steps aiming at codifying administrative procedures within most of the States that are members of the EU (²⁷¹), as well as within the legal order of the EU.

B) Examining Common *and* Distinctive Traits

The second difficulty that beset this field is, in part, common to the literature about *comparative* law. Some years ago, the American comparatist Rudolf Schlesinger described the two main strands

²⁶⁹ For this fundamental point of method, see J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé* (1954-55), 5; E. Stein, *Uses, Misuses and Nonuses of Comparative Law*, 72 *Nw. U.L. Rev.* 198 (1977); O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, 53 *Rev. int. dr. comp.* 275 (2001).

²⁷⁰ See S. Rose-Akermann & P. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law* (Elgar, 2013).

²⁷¹ M. Fromont, *Droit administratif des Etats membres de l'Union européenne* (PUF, 2006).

of thought in the history of European law; that is, the contrastive and the integrative approach⁽²⁷²⁾. In brief, while in the long epoch of *jus commune* lawyers were used to consult legal materials and authorities from all parts of the Old Continent⁽²⁷³⁾. But when the age of codifications begun, lawyers were “compelled to emphasize differences rather than similarities” and national languages and materials of other legal systems were treated as “foreign” law⁽²⁷⁴⁾. Schlesinger deemed that these approaches were not the only ones that could be used and vigorously engaged in the development of a method that he considered as more suitable to ascertaining whether there were not only innumerable differences, but also some common and connecting elements, with a view to considering whether there was a “common core”⁽²⁷⁵⁾. His was a pioneer’s attempt, whose success has been assessed several times by others. There is, therefore, no need to rediscuss about it here.

It is more interesting to observe that the distinction between these approaches was even more evident in the field of administrative law. Well after the beginning of the age of codifications, much of the literature concerning administrative law was based on the assumption that, unlike private law, it was nation-specific. According to this strand of thought, even the fundamental values and principles inevitably differed. Perhaps the best way to illustrate this is to refer to Dicey’s well-known critique of French “*droit*

²⁷² R. Schlesinger, *The Past and Future of Comparative Law*, 43 *American Journal of International Law* 747 (1995).

²⁷³ See R. C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia* (Cambridge University Press, 2001) (pointing out that the *ius commune* developed in the faculties of law. It was thus a common “learned law”. It consisted of two theoretically well distinct, but in practice interconnected elements: the canon law of the Catholic Church and the civil law of Justinian’s *Corpus Juris Civilis*). See also P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale* (Laterza, 1995) and A.M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia* (Publicações Europa-América, 1999²).

²⁷⁴ R. Schlesinger, *The Past and Future of Comparative Law*, cit. at 5, 751.

²⁷⁵ R. Schlesinger, *Introduction*, in R.B. Schlesinger (ed), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (Oceana, 1968).

administratif". In his major work, Dicey recognized the importance of the comparative method for the study of public law. However, he used comparisons instrumentally, to support his claim that the English Constitution was not simply different from those of continental countries, but also better. This approach emerges clearly in the twelfth chapter of his *Law of the Constitution*, titled "Rule of law compared with *droit administratif*"⁽²⁷⁶⁾. The *incipit* of this chapter deserves full quotation:

"In many continental countries, and notably in France, there exists a scheme of administrative law – known to Frenchmen as *droit administratif* – which rests on ideas foreign to the fundamental assumptions of our English common law, and especially to what we have termed the rule of law. This opposition is specially apparent in the protection given in foreign countries to servants of the State... The extent of this protection has in France ... varied from time to time. It was once all but complete; it now far less extensive than it was thirty-six years ago. It forms only one portion of the whole system of *droit administratif*, but it is the part of French law to which in this chapter I wish to direct particularly the attention of students"⁽²⁷⁷⁾.

Interestingly, Dicey was aware that *droit administratif* was not a unique French feature, because it had emerged in "most of the countries of continental Europe", though not in England. He also paid attention to the dynamics, in the sense that, especially in the editions of his fortunate treatise that were published after 1910, he acknowledged the changes undergone by French administrative law. That said, his analysis can be considered as exemplary of the contrastive approach. He was not alone in this respect. Indeed,

²⁷⁶ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (MacMillan, 1959, 10th ed.).

²⁷⁷ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit. at 9, 328-9.

the contrastive approach was closely connected with a philosophical tradition that is related to Hegel. He and his contemporaries or heirs in the legal field, particularly Friedrich Karl Savigny and Georg Friedrich Puchta, saw law generally as reflecting the spirit of the people from which it sprung (*Volksgeist*). From this point of view, legal systems “inevitably” differed. They differed, *a fortiori*, in the field of public law. The reason was, according to Savigny, that unlike private law public law was heavily “political” and thus lacked a universal character ⁽²⁷⁸⁾.

Quite the contrary, a contemporary of Dicey, the German public lawyer Otto Mayer not only studied accurately the French system of administrative law, but specifically used it as a sort of model for his ambitious project to elaborate a systematic analysis of German administrative law, of which he can be regarded as the founder. The underlying reason was, according to Mayer, that French administrative law had exercised a huge influence on other administrative laws not for political reasons, but because it was more structured and systematic ⁽²⁷⁹⁾

Whatever the intellectual soundness and the historical accuracy of these distinct ways to look at public law, nothing in this paper can be intended as meaning that one or another is to be preferred. No such claim is being made here. Rather, my claim is that both approaches are similarly incomplete, in the sense that they miss something. They put a similar emphasis on two opposite features of the systems of public law, that is to say their differences and

²⁷⁸ F.K. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), § 2 (where the author referred to the customs of a people, as opposed to the arbitrariness of a legislator).

²⁷⁹ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1894), French tr. by the author *Le droit administratif allemand* (Giard et Brière, 1905). See the review written by E. Freund, 1 *Am. Pol. Sc. Rev.* 136 (1906) (observing that Mayer’s treatise was “primarily an attempt to construct a scientific system”, rather than a description of the law).

similarities, respectively. This basic feature of both approaches is questionable descriptively and prescriptively.

From a descriptive viewpoint, each approach tends to consider only one side of the coin. While one emphasizes the differences between national legal systems, the other points out their analogies. Either way, a part of the real, of existing realities, is under-evaluated if not neglected. An accurate comparative analysis must pay attention to differences, as well as to similarities and their causes ⁽²⁸⁰⁾. Otherwise, there is a strong risk to choose only those legal realities that fit with the perspective chosen for comparison. In particular, when considering judicial review of administrative action, it soon becomes evident that there is a sharp difference between the British choice of the ‘ordinary’ courts and the French creation of a distinctive set of courts for the disputes involving public bodies. However, this does not necessarily exclude that there can be some analogies in the standards elaborated by the courts ⁽²⁸¹⁾.

Prescriptively, the force of the point adumbrated above is even stronger in view of the realization, first, of the existence of common constitutional traditions and, second, of the supranational legal systems that exist in Europe. From the first point of view, there are certainly several national traditions, including the way to intend separation of powers and the existence of autonomous norm-making power of the executive branch. However, there are also common constitutional traditions, including parliaments’ power of the purse and the idea – common to the concept of Rule of law

²⁸⁰ See M. Adams & J. Griffiths, *Against ‘comparative method’: explaining similarities and differences*, in M. Adams & J. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge University Press, 2012), 279 and P. Craig, *Comparative Administrative Law and Political Structure*, 37 *Oxford J. L. St.* 1 (2017) (for the remark that “comparative administrative law reveals commonality and difference between the systems studies. This is axiomatic and self-evident”).

²⁸¹ See R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l’administration. Etude de droit administratif comparé* (1934; Dalloz, 2015), 125.

and *Rechtsstaat* – that the powers exercised by public authorities are different from those of private bodies are must, therefore, be constituted and limited by the law ⁽²⁸²⁾. Hence the idea that there is something that precedes and integrates the rules of law adopted by regional organizations; that is, a common ground or substratum ⁽²⁸³⁾. Such rules differ in their nature and effects. At one extreme, there are the recommendations issued by the Committee of Ministers of the Council of Europe, which have no binding effects. At the other extreme, there are the provisions of EU treaties and the European Convention of Human Rights, the respect of which is ensured by the Court of Justice and the European Court of Human Rights, respectively. Interestingly, these two sets of legal realities are distinct, but related. An important manifestation of this commonality of values and principles, though not the only one, consists in the inclusion of fundamental rights, “as they result from the constitutional traditions common to the Member States” (Article 6.3 TEU) within the “general principles of the Union’s law”, together with those guaranteed by the ECHR. The case-law of supranational courts provides another manifestation, to the extent to that it shows the wide use of the general principles of law, that are shared by the legal orders of the member States ⁽²⁸⁴⁾. At the same time, beneath this “convergence” ⁽²⁸⁵⁾, there are several differences, which derive from history and culture, as well as from

²⁸² For further remarks, see G. della Cananea, *Ius Publicum Europaeum: Divergent National Traditions or Common Legal Patrimony?*, in M. Ruffert (ed.), *Administrative law in Europe: between common principles and national traditions* (Europa Law Publ., 2013), 123.

²⁸³ J. Rivero, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in M. Cappelletti (sous la direction de), *Nouvelles perspectives du droit commun de l'Europe* (De Gruyter, 1978), 389.

²⁸⁴ See J.A. Usher, *General Principles of EC Law* (Longman, 1998) and T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (OUP, 2017, 3rd ed.); S. Cassese, *Le problème de la convergence des droits administratifs nationaux. Vers un modèle administratif européen ?*, in R. Abraham (ed.), *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant* (Daloz, 1996), 49 (observing a tendency to converge).

²⁸⁵ See P. Birkinshaw, *European Public Law* (Cambridge University Press, 2003), 4 (noting that some years ago “it was very popular to argue for convergence

political preferences. There is thus an admixture of analogies and differences, which makes this topic particularly challenging. The question that thus arises is whether there is, beyond innumerable differences, some common and connecting structural elements; that is, a “common core”, consisting not just of idealities, but that can be expressed concretely.

C) From Juxtaposition to Comparison

The further question that arises is how both similarities and dissimilarities can be properly examined and understood. As Schlesinger observed fifty years ago with regard to private law, very often comparative law scholars simply focus on the compilation and juxtaposition of the various solutions that can be found in their own legal systems, without proceeding to the further step of comparison, properly intended⁽²⁸⁶⁾. This line of reasoning has been developed by those who argue that it is very reductive to conceive the task of comparative legal analysis as a mere description of foreign law⁽²⁸⁷⁾.

My critique in no way affects the quality of the research that was carried out, sometimes by some of the most distinguished specialists of administrative and constitutional law. What is at issue is, rather, the methodology followed by those works. At the end of the nineteenth century, under the influence of the *Institut de législation comparée*, much attention was devoted to legislation, for

²⁸⁶ See R.B. Schlesinger, *Introduction*, in R.B. Schlesinger (ed), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (Oceana, 1968), 2 (for whom “the difference between juxtaposition and true comparison is crucial one”); M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis* (University of Chicago Press, 1981), vii (noting that generally “comparison consists of presenting descriptions of a number of legal systems side by side, ... with no particular end in view”); F. Bignami, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, 59 Am. J. Comp. L. 859 (2011) (observing that the criteria of comparative studies are largely those of the nineteenth century).

²⁸⁷ R. Sacco, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 Am. J. Comp. L. 1 (1991); O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, 53 Rev. int. dr. comp. 275 (2001).

example in Laferrière's vast portrait of national systems of administrative justice ⁽²⁸⁸⁾.

This tendency is all the more questionable in view of the attempts that have been made to improve the methodology of comparative studies, during the last forty years, in the field of private law. It ought to be stated at the outset that what will be argued in this paper is not that public lawyers should adopt the comparative methodology elaborated by some private lawyers. It will be argued, rather, that public lawyers should take such methodology into due account, in order to ascertain whether it can be helpful for a better understanding of our systems of administrative law.

To sum up, it is central to my argument that traditional approaches, which focus either on differences or on similarities, are descriptively and prescriptively incomplete because they provide too limited a view of legal realities and fail to adequately consider the legal context of Europe. But there is also an excess of emphasis on the legislative design, which is questionable in itself and even more so from the angle of administrative law. The field of administrative law must now be considered constructively.

3. Is There a Common Core of European Administrative Laws?

This Part will, as indicated previously, be concerned with the consequences that ensue from the critical remarks made earlier. Three issues will be discussed. They concern the purpose, the object and the methodology of the comparative research on the administrative laws of Europe.

²⁸⁸ See E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative* (Giard et Brière, 1907, 2 ed.), 25, and the review written by Frank Goodnow, who pointed out that Laferrière had relied upon the works of the *Société de Législation Comparée*: 11 Pol. Sc. Quart. 352, at 353 (1896).

A) The purpose of the research

I have observed earlier that both Dicey and Mayer were not simply describing the administrative institutions of their epoch, but had normative intents, in the sense that they were system-builders. To some extent, this is inevitable, because there are different visions of the nature and objectives of administrative law, which is inherently political. We must be aware of this, as well as of the risk that a comparative research on Europe has an harmonizing bias. This issue will be analyzed in two stages. I shall consider the difficulties surrounding comparative studies that are explicitly aiming at harmonizing national laws in one way or another. I shall then illustrate the meaning of a research for the advancement of knowledge and the difficulties with this concept.

There is an increasing body of comparative surveys promoted by international institutions, such as the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), which examine national legal institutions, in order to assess their effectiveness and transparency, often with a view to making them more attractive to trade and foreign investments⁽²⁸⁹⁾. These descriptions are helpful, because they gather and disseminate knowledge about ‘best practices’. There are, however, two difficulties with this approach. First, the underlying premise that it is possible to identify an “optimal” set of rules is, to say the least, very questionable⁽²⁹⁰⁾. Second, it is even more questionable whether a legislative technique – codification - that has been successful in a national context may be used in a supranational context. This difficulty becomes evident when considering the project of a common frame of reference

²⁸⁹ The importance of the OECD for administrative law is pointed out by J. Salzman, *Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development*, 68 L. & Cont. P. 189 (2005).

²⁹⁰ For further remarks, see O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, cit. at 17, 279 (criticizing the idea of assembling the best practices).

for national private laws ⁽²⁹¹⁾. This type of approach is inevitably centred on legal rules, as distinct from other components of legal systems, and its purpose is clearly normative. This project received both consent and criticism. In particular, there is a cautionary note in the literature, which focuses not only on the more or less explicit legislative intent, but also on the underlying assumption, that a comparative research should have a practical purpose of this type ⁽²⁹²⁾. It might be said, however, that there is nothing new in this. Indeed, at least since the early nineteenth century national reformers have sought to learn from their neighbors. Consider, for example, judicial review of administration. While in other countries several reformers decided to follow the French model, the drafters of the Belgian Constitution in 1831 opted for the English model, based on review by the ordinary courts of the land. They were followed by the Italian reformers of 1865, who literally replicated the words of the Belgian Constitution.

The question could, therefore, be converted into another one; that is, if not only legislative projects but also those aiming at ascertaining whether there is a common core may easily turn into some kind of normative exercise ⁽²⁹³⁾, how is it possible to attenuate this risk? A fair manner to answer to this question is to distinguish between direct and indirect goals. In our case, the purpose

²⁹¹ See C. van Bar *et al.*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (European Law Publishers, 2009).

²⁹² See N. Jansen & R. Zimmermann, 'A European Civil Code in All But Name': *Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, 69 *Cambridge L. J.* 98 (2010) (discussing its technical and political aspects). See also P. Legrand, *Against a European Civil Code* 60 *Modern L. Rev.* 44 (1997) (for the remark that, paradoxically, while nineteenth century civil codes broke the unity that had emerged in previous centuries, at the end of the twentieth century some thought that legal unity could be attained by way of a code). The author of this paper has been involved in a different exercise, consisting in the drafting of the 'model rules' for EU administrative procedures. The English text is published on the website of the network: www.renueal.eu. The same text has been published in six other languages, including Italian: see G. della Cananea & D.U. Galetta, *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea* (Editoriale scientifica, 2016).

²⁹³ See, however, M. Shapiro, *The Common Core: Some Outside Comments*, *cit.*, at 45, 229 (arguing that both the common core and other projects are part of the harmonization agenda).

of the research is the advancement of knowledge. Our purposes are essentially empirical and interpretative. The research must be empirical, in the sense that it must be rooted in an understanding of the functions which administrative law is expected to perform in relation to the interplay between the individual and collective interests protected by a given legal order. It must be interpretative, too, in the sense that the rules of administrative law must be confronted with the real world, and with a sense of the changing needs of society through time. It is important to repeat that our intent is to seek to make sense of the factors – not only positive norms, but also judicial doctrines and ‘background theories’ - that determine the solutions envisaged, for example when the addressee of an administrative decision adversely affecting his or her interests claims that the underlying reasons were not disclosed by the administration or contests the possibility that it does so subsequently, during the judicial process against the contested measure.

That said, it cannot be excluded that if an adequate body of knowledge is collected in the framework of this research, it can be helpful also for concrete or practical purposes. Such purposes may be connected first, with legal education *tout court*, that is with the courses to be taught, the materials to be used, and the textbooks to be read by law students; second, with professional education in the field of public administrations, for which there is an increasing need of better knowledge about common and distinctive standards of conduct; third, with the legislative regulation of administrative action. However, these are but potential by-products of a project whose main purpose is to produce accurate scientific results.

In sum, the goal of this comparative research is neither to tutor public lawyers on the most appropriate theory of administrative action which all could employ or on the proper legal framework for administrative procedures, nor to suggest a set of ‘model’ rules.

We are interested in ascertaining whether, in the field of public law, there are both differences and some common and connecting elements within legal systems which are part of the same legal tradition and to seek to understand the underlying reasons.

B) The Choice of Administrative Procedure

The choice of subject is particularly important for a comparative inquiry. The question that thus arises is which criteria can guide this choice. Three criteria will be discussed: inclusiveness, topical development, and the existence of both similarities and dissimilarities, on the assumption that it is this that prompts legal comparison.

Inclusiveness is an important requisite, in the sense that the subject must be neither too narrow nor too wide, because this would not permit the discovery of significant elements or would it make too difficult. This suggests that the vast “province of administrative law”⁽²⁹⁴⁾ must be considered from a particular angle. The choice of administrative procedure reflects not only traditional concerns for the requirements of the rule of law; that is, the constraints that are imposed on the exercise of official power, in order to protect the rights and interests of individuals and groups, thus ensuring the legitimacy of governmental processes. It also reflects the concern for the proper and prompt discharge of governmental functions and processes, a point to which we will return later in Part III.

Meanwhile, we may wonder whether another key topic, judicial review, might be preferable. A negative answer is justified by the second criterion; that is, topical development. Judicial review of

²⁹⁴ See M. Taggart, *The Province of Administrative Law Determined?* in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law* (Hart, 1997), 2-3 and J.M. Beer mann, *The Reach of Administrative Law in the United States*, ivi, 171.

administration was at the heart of the comparative studies carried out not only by Dicey and Laferrière in the last two decades of the nineteenth century and in the first decade of the twentieth century, but also by Bonnard in the 1930s ⁽²⁹⁵⁾, as well as by Auby and Fromont in the early 1970s ⁽²⁹⁶⁾. However, for all its importance, judicial review only provides an indirect vision of administrative action, not a direct one. Moreover, all experts of administrative law are aware that there are some types of governmental activities for which judicial challenges are less likely to be brought, due to the nature of the interests at stake or to judicial self-restraint in some public affairs or with regard to certain types of measures.

A quick retrospective shows the increasing importance of procedure. Both the proceduralization of administrative action ⁽²⁹⁷⁾ and the related necessity of canons of conduct for public authorities have emerged, sooner or later, in all corners of Europe, but they have taken a different shape depending on national traditions and policy preferences. Everywhere, administrative action has become more complex as a result of the increasing number of interests, often different if not opposite, at stake, as well as of the increasing variety of holders of such interests. A first question that arises is thus whether, beyond the innumerable procedures that exist for both adjudication (including orders, licenses and authorizations, sanctions) and rule-making (including both rules and interpretative statements), there is a concept of administrative procedure and, if so, which consequences flow from it ⁽²⁹⁸⁾.

²⁹⁵ See R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, cit. at 14.

²⁹⁶ J.M. Auby & M. Fromont, *Les recours contre les actes administratives dans les Pays de la Communauté économique européenne* (1971).

²⁹⁷ For this thesis, see C. Lavagna, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, 16 *Riv. Trimestrale dir. Pubblico* (1966).

²⁹⁸ For further remarks, see G. della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure* (OUP, 2016), 27.

The development of standards of conduct, often in the guise of process rights, has had another important consequence. The canons of conduct set out by administrators have been regarded as insufficient. Everywhere, such canons of conduct have been refined by the courts. Somewhere, legislators have done so, in the context of general statutes called administrative procedure acts⁽²⁹⁹⁾. When they have done so, however, a difference has emerged between statutes that simply aimed at defining some principles and standards and more complex legislative documents with numerous and detailed prescriptions. Elsewhere, notably in England and Belgium, there is no codification. There are, however, some legislative rules, for example with regard to access to documents. There is also an increasing recourse to government guidance through guidelines and policy⁽³⁰⁰⁾.

This is not to contend that canons of conduct and process rights can be regarded as sufficient within public law. Especially after 1945, many studies have revealed the difficulties of sustaining any purely process-related conception of public law and democracy. It is in this sense and within these limits that it can be said that the concept of administrative procedure is “a concept at the heart of administrative law”⁽³⁰¹⁾. It is, at the same time, a concept that looks particularly suitable to a comparison, for it appears to be characterized by both similarities and dissimilarities.

Two further caveats can be helpful, at this stage of our analysis. First, the preceding remarks must not be intended as meaning that

²⁹⁹ See S. Cassese, *Legislative Regulation of Adjudicative Procedures: An Introduction*, 5 *Eur. Rev. Public L.* 15 (1993); J.B. Auby (ed.), *Codification of Administrative Procedures* (Bruylant, 2014).

³⁰⁰ See P. Craig, *Perspectives on Process: Common Law, Statutory and Political*, Public Law 276 (2010).

³⁰¹ Neil Walker, ‘Review of Dennis J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*’ [1999] 62 *Modern L. Rev.* 962. For further remarks, see R. Caranta, *Procedimento amministrativo nel diritto comparato, Nss. Dig. It.* (UTET, 2008).

there is a permissible ambit of legal comparison in the field of administrative law or that a certain part of it is generally to be preferred to others ⁽³⁰²⁾. They serve, rather, to explain the choice that has been made on objective grounds. Secondly, and more importantly, it is precisely because there are no limits of acceptable comparative study for a public lawyer that it is important to have an adequate awareness of the goals of the research, as well as of the coherence between the inquiry's goals and methodology.

C) A Synchronic and Diachronic Comparison

There is another and by no means less important feature of our comparative research; that is, two types of comparison will be used, synchronic and diachronic. Conventional as these terms are, they communicate something about the nature of the work to be done.

When considering not only differences, but also 'shared and connecting elements', the first question that arises is whether the latter are really common, as distinct from apparent similarities. That being the case, the next question that arises is whether they relate only to generic idealities that can be found in every civilized legal system in one way or another, or do they constitute principles or legal institutions or doctrines that can be formulated in normative terms. In this respect, we will follow a factual approach. This suggests a further clarification about the main task of our study, which is not so much the discovery that there exists, among the legal systems of Europe, 'common ground' or 'common core'. There is no lack of studies about, for example, the general principles of public law that are shared by the legal systems of the Member States of the EU. What we intend to study is the nature and scope of such common core, which implies a series of attempts to delineate and

³⁰² See P. Craig, *Administrative Law*, cit. at 1, 3-45.

weigh it ⁽³⁰³⁾ and requires adequate explanation for both common and distinctive traits. This we call it synchronic comparison.

Precisely because it is reasonable to assume that the similarity of at least certain solutions has been accentuated by several decades of integration between the European Community, and now the EU, we have chosen to look outside it. We have thus included Switzerland, Norway and Ukraine. Switzerland looks particularly interesting for a comparative research for its openness towards the legal cultures of France, Germany and Italy. Norway is an interesting example of a Nordic legal system more oriented towards the English legal system than to the French. Ukraine provides interesting insights of how administrative law is shaped in a legal system that used to be part of the Soviet Union, in itself an important and under-theorized issue. Additionally, and this is another important trait that differentiates our research from those that have been carried out in the field of private law, we have considered whether it was correct and helpful to include non-State legal entities, such as the EU, in a comparative project of this type. There are, in our view, two main arguments in favor of this choice. First, since the early decades of European integration, there has been the ‘new legal order’ had its own administration, with strong regulatory powers over business, and its own administrative law. Secondly, and consequently, this challenges the traditional opinion according to which administrative law exists only in the States, if not only in some of them. It also opens the path for an analysis aiming at identifying the styles of administration that have prevailed within the EU and their interrelationship with national legal cultures.

³⁰³ See O. Kahn-Freund, *Review of Schlesinger, Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, 18 Am. J. Comp. L. 429 (1970) (pointing out that “the hypothesis itself hardly needs verification, but the extent to which it applies, the extent it can be used as a working tool does so very much”).

The synchronic comparison will be complemented by a ‘diachronic’ comparison; that is, the study of some phases of the transformation of European administrative laws. There is a twofold argument supporting this choice. First, as Gino Gorla observed rephrasing Maitland’s opinion that “history involves comparison”⁽³⁰⁴⁾, “comparison involves history”⁽³⁰⁵⁾. Secondly, there is obviously something absurd about discussing administrative law with only a very vague idea of how it has evolved in the last centuries. An understanding of the antecedents of our present of administrative institutions is important for a variety of reasons: on the one hand, for tracing not only the currents of migration and reception of legal ideas, but also the development of legal institutions; on the other hand, for acting as a counterweight to the idea, that is implicit in many narratives of administrative law, that its institutions are driven only or mainly by history and culture and that they are characterized by a fundamental continuity, which is not the case in many national contexts. A word should be said also about the importance of Austrian law, in itself and for the group of countries that are traditionally included in Central and Eastern Europe. The jurisprudence of Austrian imperial courts has variably influenced the structures of public law and the significance of Austrian codification of procedures cannot be neglected⁽³⁰⁶⁾.

That said, it must also be clarified that what we have in mind is not an exhaustive historical analysis of the salient institutions

³⁰⁴ F.W. Maitland, *Why the History of English Law Was not Written*, in *Frederic William Maitland Historian. Selection from his Writings* (ed. by Robert Livingston Schuyler, 1960), 132 (affirming that “History involves comparison and the English lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own hardly came in sight of legal history” and that “an isolated system cannot explain itself”).

³⁰⁵ G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit. at 44, 39.

³⁰⁶ R. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems: An Emerging Subject of Study*, cit., 68 (for the remark that “both the quantum of influence of a legal system and the quality of its contribution will vary from subject to subject”).

of administrative law, such as the concept of authority, or *puissance publique*, the ways in which it has shaped the nature of the powers exercised by public bodies and the remedies against them. It is, rather, an analysis that focuses on some central moments of the development of our subject-matter, that is, administrative procedure. They include the period in which the early judicial standards or canons of administrative action were defined and refined, between the last decade of the nineteenth century and first of the twentieth century, and the period in which the Austrian codification of administrative procedure was considered by other countries of Central and Eastern Europe as a model from which they could draw inspiration for their legislative regulation of procedure. These remarks make clear the reasons for most of the selections and omissions that characterize our research.

4. Comparing Administrative Laws: Europe and Latin America

After explaining the main choices of our comparative research, we may wonder whether it can be of interest for Latin American scholars. What ensues thereafter is a series of more particular remarks about our comparative inquiry, some of which are methodological, others of which focus on the implications of the research for those who study administrative law in Latin America. Before so doing, it is important to return to the choice of subject, administrative procedure, in part because this casts some light over all the rest, in part because there is an important connection between our research and the studies promoted by experts such as professors Eduardo García de Enterría and Allan Brewer Carías⁽³⁰⁷⁾.

³⁰⁷ See A. Brewer Carías, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Etude de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)* (Economica, 1992).

A) Administrative Procedure in Latin America

What was said earlier with regard to the choice of administrative procedure as the main focus for our comparative research on administrative law can be helpful to show its importance from the viewpoint of Latin American legal systems.

Consider, first, the meta-functions of administrative procedures. One can begin by surveying the extent to which national legal systems at present fulfil the traditional goal of ensuring an adequate protection against the improper or arbitrary exercise of public powers. In this respect, it is interesting to understand not just whether there are rights to be heard and to know the reasons adduced by the administration to justify an adverse decision, but also which kind of hearing must be granted prior to the reaching of such decision and which type of giving reasons requirement exists. Moreover, administrative procedures also serve to achieve collective interests that are of fundamental social and political importance. Consider, for example, the expeditious implementation of urban planning and the definition of policies that have an impact on concessions and licenses previously issued in favour of national or foreign investors, of which there are several cases in recent judicial and arbitral practice. This can be particularly significant for national governments that place a particular emphasis on reforms, for the simple reason that it is easier for the courts and for other public agencies, such as arbitral tribunals, to contest the arbitrary or unfair nature of the decision-making process than to criticize governmental objectives and policies. Last but not least, an increasing emphasis has been put on participation in the administrative process. It is trite wisdom but still wisdom that openness and participation are greatly to be preferred to their opposites. However, this in itself does not take us very far, because a legal system may simply say that only those who have legal rights are

entitled to be represented within a procedure, while another may relax the requisites for participation, in order to allow the representation of collective interests. This requires an accurate factual analysis, in the sense that will be specified in the last section.

Whatever the precepts that are applied in the guise of general principles of law or – as English lawyers would call them - the rules of natural justice, it is important to consider the legislative regulation of administrative procedure. In this respect, we do not need to take side in the debate whether, given the predominant choice of presidential regimes on the US model, administrative institutions that are based on the experience of Continental Europe should be dismissed, in order to avoid contradictions. For our purposes here, it suffices to observe that, while in all its legal systems there is a variety of administrative procedures, only in some them, not in all, have administrative procedure acts been enacted by parliaments. For example, Argentina and Chile have done so, while Brazil has not. For the sake of clarity, this remark must not be intended as suggesting that the Brazilian legal framework should be viewed as being as an “exception”, let alone one that should be changed. Rather, it is precisely the existence of different legislative frameworks governing administrative procedures that permits us to consider whether the problems and the solutions are similar or diverge.

Two conjectures can be helpful to clarify this point. On the one hand, it might be the case that government officers and judges use similar solutions, for example when deciding about who is entitled – as an “interested party” – to take part in administrative procedure, notwithstanding the different legal frameworks; that being the case, it is interesting to seek to understand whether this depends on the similarity of background theories or even on processes of borrowing and cross-fertilization. On the other hand, although

several legal systems have imposed a giving-reasons requirement, it can be conceived and applied very differently. As Martin Shapiro has observed, the giving reasons requirement can be conceived as a procedural instrument, in the sense that it suffices that reasons are provided, whatever their content. But it can also be considered in substantive terms, notably as a requirement to provide adequate or even sound reasons⁽³⁰⁸⁾. There is still another important distinction concerning this requirement, depending on whether it is imposed only on administrative adjudication or also on rule-making and planning. These choices, whether legislative or judicial, can tell us much with regard not only to the rationales underlying the giving reasons requirement, but also to the background theories that are followed by lawyers and judges or – to borrow Rodolfo Sacco’s expression – their legal formants⁽³⁰⁹⁾. We will return to this issue in the last section. Meanwhile, another possible reason of interest of our research for a Latin American audience must be explored. It concerns the legal systems that are selected for comparison, in particular within the “civil law tradition”⁽³¹⁰⁾.

B) A Common Legal Substratum?

There are, in my view, three distinct ways in which our comparative research might be interesting for public lawyers outside Europe: first, for lawyers working in all parts of the world; second, for those who work within an area which is characterized by some commonality, deriving from either history and tradition or political preferences; third, for those who work within the same legal tradition.

³⁰⁸ See M. Shapiro, *The Giving Reasons Requirement*, University of Chicago Legal Forum. (1992). See also P. Craig, *The Common Law, Reasons and Administrative Justice*, 53 Cambridge L. J. 282 (1994).

³⁰⁹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 Am. J. Comp. L. 1 (1991).

³¹⁰ J. Merryman, *op. cit.*, 2-3.

From the first point of view, as observed by Schlesinger and other eminent scholars, an inquiry into the general principles of law that are common to most legal systems, though not to all, is particularly relevant in view of the provision laid down by Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which refers to the principles that are valid *in foro domestico*. It has been observed that, with few exceptions, both the ICJ and other international tribunals have been reluctant to identify and apply such general principles of law, also in view of the controversial reference to the principles that are recognized by civilized nations. There is some truth in this, but it is also true that several dispute resolution bodies, have defined and refined standards of administrative conduct. The most apposite example of this is that arbitral tribunals, in the context of the fair and equitable treatment clauses, have ensured the respect of the right to be heard, of the duty to give reasons and, finally, of the right to have access to the documents held by public authorities. The extent to that such standards can be regarded as being not just of general application, but also tend to be universal is however questionable. It is equally questionable whether, outside the standards that govern administrative adjudication, there are shared canons of conduct for rule-making and planning. Consider rule-making by a minister or a more or less independent market regulator and suppose that one of these authorities intends to change existing rules or to interpret them differently. That being the case, the questions that arise is whether an individual or a group who has relied on existing rules is entitled to be consulted before the regulatory change, as well as that individual or group may be entitled to insist that the existing policy continues to be followed in relation to their interests. In this respect, precisely because ours is not an exercise in fence building, but a discovery of relative (as opposed to absolute) analogies and differences, we have included among the legal systems to be considered for our comparative

inquiry both some that pertain to other regions of the world, such as Latin America and China. As our first experiment has shown with regard to the judicial review of procedural propriety and fairness, there are striking differences deriving from the principles the shape the form of government. In other words, there is an administrative law also within an authoritarian government, but it is a different one and it is important to have a better understanding of the salient differences. Symmetrically, public lawyers who work in China, and *a fortiori* in the Americas can have an interest in understanding the general standards that apply in Europe.

With regard to the Americas, however, there is a further reason of interest in a comparative inquiry concerning Europe. Within these regions of the world, there are both multilateral treaties such as the American convention on human rights, which based on the recognition of some fundamental values of public law – in particular, democracy and the respect of the rule of law and of human rights – and treaties that provide some measures of liberalization of economic rights, such as NAFTA. If the former have an impact on process rights, as it is exemplified by due process clauses, the latter imply that some process rights must be extended not only to interests that in some legal systems are not traditionally included within substantive rights, but also to the holders of those interests who do not possess the status of citizens. This is the case of two very different classes of subjects; that is, foreign investors and refugees. In this scenario, it is to the canons of conduct that are shared in Europe that lawyers can look in order to see the extent to that the protection of fundamental rights has facilitated the development of participatory rights for example with a view to the protection of the environment. Whether the liberalization of economic fields has resulted in the extension of some process requirements to legal interests that used to be regarded as privileges, such as concessions or licences, is another issue that can be of interest.

It may be argued the line of reasoning that has been discussed thus far can be pushed one step further with regard to Latin America. Three distinct but related arguments might be adduced towards this end. First, it could be argued that there are strong historical ties between Europe and Latin America. The underlying conjecture is that, similarly to what happened in the period of *jus commune*, it is not just the relative geographical vicinity that matters, but what at that time was called *affinitas*, that is to say the awareness to be part of a common legal tradition. Hence the interest for confronting the solutions that are provided for the same problems that modern systems of government must face, and even more for the underlying background theories about public law. This does not mean, of course, that the existence of such *affinitas* can be taken for granted. Quite the contrary, it must be tested concretely, not just on the level of abstract values and general principles of law. However, a reasoning that derives its authority from general statements about a common past, especially if it is not recent, should be viewed with caution.

For this reason, it is important that in this case such reasoning can be reinforced by the fact that many eminent lawyers in countries such as Argentina and Brazil have referred to the doctrines of public law elaborated by European scholars and that sometimes such doctrines have become *jus receptum*. This is the case, among others, of Otto Mayer's concept of the administrative act (*Verwaltungsakt*) and of the French concept of *service public*, with all its implications. Some scholars have raised doubts about the cherry-picking manner in which some legal concepts and tools have been "transplanted". However, this is an argument in favor of a greater awareness of both the common and distinctive elements that characterize modern legal systems, a theme which is central to our comparative inquiry.

There is, finally, a complementary argument that draws not only on the multilateral treaties between the EU and a variety of Latin American countries, but also on the measures issued by the former to protect and promote democracy and the rule of law within the latter. The premiss underlying the argument is twofold: on the one hand, that the meaning and relevance of such concepts cannot be deduced from doctrines of natural justice or general theory of law; on the other hand, that these processes of cooperation operate in such a way that, on each occasion in which reference is made to general concepts such as due process of law, the question as to whether a hearing must be accorded or consultation in the rule-making process is required must be carefully considered.

In sum, it is not only scientifically but also practically important to seek to distinguish the distinctive traits of national administrative laws and their connecting and shared elements.

C) A Factual Analysis

The argument based on the constant attention devoted by Latin American scholars to the ideas and beliefs about public law elaborated in Europe may, as I have suggested earlier, be reinforced by the contention that, especially in the past, such attention was limited to treatises and other academic works, while it is important to have an understanding of which variable or non-variable standards – to borrow the distinction laid down by Hart – are used in the daily work of administrative institutions.

This contention itself has two aspects that are relevant for our reasoning. One aspect of the argument is that, following the methodology elaborated by Schlesinger in the 1960's and refined in the context of the 'Trento project' ⁽³¹¹⁾, instead of seeking to

³¹¹ The 'Trento project' begun in 1997, has involved more than 300 scholars from several nations and has given rise to fifteen collective volumes. For further analysis, see M. Bussani & U. Mattei,

describe such legal institutions, an attempt is made to understand how, within the legal systems selected, a certain set of problems would be solved. As a result of this, the problems selected for our legal analysis have “to be stated in factual terms”³¹². Concretely, this implies that, using the materials concerning some legal systems, we formulate hypothetical cases, in order to see how they would be solved in each of the legal systems selected. And it is only after it turns out that those cases are formulated in terms that are understandable in all such legal systems that the questionnaire is sent to national experts.

The other aspect of the argument is that there is more than a loose analogy between such methodology and that which is used by European administrative judges in their regular meetings. The frequency of such meetings is well known. But no-one, to my knowledge, has sought to consider whether the approach followed by those specialists of administrative law can be of interest also for theorists. The fact that the legal systems of Latin America have either administrative courts or specialized bodies or panels within general courts of law further reinforces the argument.

5. Conclusion

No attempt will be made to summarise here the entirety of the preceding argument. What is important is to recall briefly, in negative terms, the problems which has been analysed and, in positive terms, the solutions that have been formulated. The problems derive from the choice to focus either on common traits between the legal systems selected for analysis or on the distinctive traits, as well from the frequent juxtaposition of national institutions instead of comparing them. In positive terms, coping with these problems

The Common Core Approach to European Private Law, 3 Columbia J. Eur. L. 339 (1997-1998).

³¹² See M. Rheinstein, *Review of R. Schlesinger, Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, 36 Univ. Chicago L. Rev. 448, 449 (1969).

requires an adequate consideration of both common and distinctive traits and the use of a factual analysis, that permits to identify the solutions envisaged for the same or similar problems and the underlying doctrines or background theories.

A research of this type is inevitably a collective enterprise, for which there are some interesting lessons to learn from the experience gathered in the field of private law. For those who believe that public law is founded on different structures, not only because it serves a different typology of interests, but also because it reflects a different philosophy, it might be difficult to accept it. For this reason, it is important to repeat that our comparative experiment is not based on the assumption that the structures of private law can, or should, be seen as a sort of model for the construction of public law but, rather, that there are some things to learn from the research carried out on the common core of modern systems of private law.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA PRESENTADA
POR GIANCINTO DELLA CANANEA**

CLAUDIA NIKKEN

Abogada de la Universidad Central de Venezuela. Magíster de Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Doctora en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París II). Profesora ordinaria de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público y de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo.

Antes de comenzar, de nuevo un agradecimiento a los organizadores de este evento por permitirme servir, ahora, como comentarista a la ponencia del Prof. Giacinto della Cananea, y agradecerle a él por la propuesta que nos presenta.

El Prof. della Cananea propone, en efecto y en esencia, la ejecución de un trabajo de derecho comparado, en colectivo, con la finalidad de determinar si y en qué medida existe en Europa -intra y extracomunitaria- un derecho administrativo con una base o un núcleo común, para luego establecer o determinar cómo y en qué medida comparte con los estados latinoamericanos esa base o núcleo común. Para ello, propone tomar como objeto de estudio el procedimiento administrativo.

Debo confesar que, en una primera aproximación, me pareció que la cuestión tenía poca relevancia. Los Estados latinoamericanos han recibido la influencia directa de Europa en materia jurídica

desde la colonia y eso no ha cambiado, ni es distinto en el ámbito del derecho administrativo.

Convengo, sin embargo, en que ese es un prejuicio, un lugar común, que no tiene fundamento en la realidad; al menos no en la realidad analizada como lo propone el Prof. della Cananea.

Que en América latina -en Venezuela en particular- copiemos o adaptemos instituciones europeas, y repitamos como lecciones que tal o cual principio forman o deben formar parte de nuestros ordenamientos jurídicos, no quiere decir que, en la realidad, el derecho administrativo latinoamericano -si existe uno- tenga una real base o núcleo común con el derecho administrativo europeo.

Sin hacer análisis históricos, para los cuales el tiempo de este comentario es evidentemente insuficiente, puede decirse que en Europa la administración actúa, al mismo tiempo, atada y guiada por el derecho administrativo (y el derecho público en general). Esto, en el sentido de que el derecho confina la actuación de la administración, so pena de nulidad y responsabilidad, al tiempo que la administración, en aplicación del derecho, da satisfacción al interés general, bien sea mediante la efectiva prestación de servicios públicos, o bien mediante el ejercicio de la actividad de policía. Como resultado general, siempre perfectible, los habitantes de los Estados europeos, especialmente de los Estados de la Unión Europea, tienen garantizado el ejercicio de sus derechos individuales, y también el de sus derechos sociales y de aquellos denominados de tercera generación.

En América Latina -reconociendo la distancia entre los hitos alcanzados o dejados de alcanzar por los diferentes Estados que la conforman- seguimos en el estadio de la “lucha”, la lucha real y concreta por ejercer derechos individuales y sociales, ni qué decir de los llamados derechos de tercera generación.

Tomar un autobús, ir a un hospital, ir a la universidad... ¡Votar! ¡Elegir! Esos son los parámetros que me he permitido tomar en consideración para hacer la comparación.

Hago la observación para poner el trabajo propuesto por el Prof. della Cananea en perspectiva.

Estoy segura de que, si nos atenemos a la legislación (al “bloque legal”) y a la doctrina, lo más probable es que podamos encontrar la base o núcleo común que existe -pretendidamente- entre el derecho administrativo europeo y el derecho administrativo latinoamericano. Sin embargo, un análisis fáctico necesariamente demostrará algo distinto.

Me refiero tanto al análisis fáctico propuesto por el Prof. della Cananea (plantear casos hipotéticos para determinar cómo serían resueltos en cada Estado), y también a un análisis fáctico más de ciencia administrativa que de derecho administrativo, que permita corroborar, desde la jurisprudencia, por ejemplo, cómo se aplica efectivamente el derecho administrativo en cada país o, en términos más concretos, si se aplican o no y en qué medida determinados principios y conceptos que, *a priori*, tenemos como comunes, primero, entre Europa y América Latina y, luego, entre países latinoamericanos.

Ese análisis seguramente nos mostrará -objetivamente- por qué, a pesar de partir de los mismos principios, unas administraciones funcionan más o menos como está previsto y otras no; sobre qué fundamento funcionan como funcionan -las disfuncionales- y; si nos atrevemos, qué podemos hacer para corregir su mal funcionamiento.

Tal vez el secreto está en asumir que, pese a los múltiples lazos históricos que nos unen, los latinoamericanos no somos europeos y; que, por ende, nos debemos nuestra propia institucionalidad.

¿Es ese acaso el sentido del llamado “nuevo constitucionalismo (iuspublicismo) latinoamericano”? Se verá.

En todo caso, ese proceso de “reinstitutionalización” tendrá que hacerse en un mundo globalizado, donde existe ya un derecho administrativo global.

Felicito nuevamente la iniciativa que se ha presentado hoy ante esta audiencia y me pongo a disposición, para contribuir con el desarrollo del proyecto en tanto aparezca conveniente.

A ustedes, muchas gracias de nuevo.

Justicia Constitucional y Administrativa

AUTORES:

Víctor Hernández Mendible

Rafael Badell Madrid

Rafael Vázquez Goico

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica, en la Universidad Monteávila. Presidente de la Red Iberoamericana en Derecho de la Energía, profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario y en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica. Fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Red Internacional de Bienes Públicos.

Introducción

El surgimiento y evolución de las medidas cautelares en el Derecho procesal administrativo de Venezuela³¹³ es de reciente data, —si se toma en cuenta el grado de madurez que ha alcanzado el Derecho Administrativo en el mundo occidental— y es el resultado de una construcción jurisprudencial que se inicia con una decisión pretoriana dictada el 4 de diciembre de 1967, por la Sala Político

³¹³ Este trabajo se encuentra inspirado en otro que publiqué anteriormente titulado, 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. No obstante, el mismo ha sido revisado y actualizado en atención a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 y las posteriores sentencias cautelares de los órganos jurisdiccionales que resultan relevantes para el presente Congreso.

Administrativa de la Corte Suprema de Justicia³¹⁴, quien posteriormente iría construyendo el conjunto de principios que conformarían la primera de las medidas cautelares que se conoció en el proceso administrativo: La suspensión de la ejecución de los actos administrativos³¹⁵.

La Corte Suprema de Justicia, por primera vez, sin que existiese texto expreso que le otorgase tal posibilidad de actuación, se pronunció sobre la pretensión de suspensión de la ejecución de un acto administrativo que le había cancelado la patente de industria y comercio a la sociedad mercantil recurrente, lo que implicaba el cese del ejercicio de su libertad de empresa. La Corte concedió la pretensión de suspensión de la ejecución, mientras se dictaba la sentencia definitiva.

A partir de aquel momento, la Corte Suprema de Justicia comienza a desarrollar los requisitos y presupuestos para la concesión de la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Tal construcción jurisprudencial quedará consolidada diez años después, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1977³¹⁶, la cual permitía de manera ex-

³¹⁴ BREWER-CARÍAS, Allan, 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; ORTIZ, Luís, *Jurisprudencia de medidas cautelares 1980-1994*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, pp. 33-35; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho procesal administrativo, *Revista de la Fundación Procuraduría* N° 22, Caracas, 1999, pp. 23-24.

³¹⁵ CALCAÑO DE TELMELTAS, Josefina, Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 120-122; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, 2ª ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998, pp. 98-99.

³¹⁶ El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecía que "A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio".

presa que los justiciables formularan la pretensión cautelar dentro del proceso administrativo de anulación de actos administrativos individuales, que tuviesen contenido positivo –los actos administrativos negativos no son susceptibles de suspensión-, siempre que se cumplieran todos los requisitos y presupuestos contemplados en la norma.

La tutela cautelar evolucionará en una etapa de expansión luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, momento a partir del cual se amplía la posibilidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por su ejecución, a través de la pretensión de amparo cautelar³¹⁷ –al menos así lo admitieron los operadores jurídicos-, que se debía formular al momento de interponer la pretensión principal ante el órgano jurisdiccional administrativo³¹⁸. Además se admitirá la posibilidad de formular pretensiones cautelares contra los actos administrativos generales³¹⁹ –toda una novedad frente a la situación preexistente- y

³¹⁷ El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que “Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el juez contencioso-administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma, breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio. PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa”.

³¹⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar, *El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1219-1303.

³¹⁹ El artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que “También la acción de amparo podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá

también se admitirá la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional contra la inactividad administrativa.

Si bien la suspensión de la ejecución como el amparo constitucional cautelar suspensivo –en su formulación legal- constituyen medidas cautelares nominadas o típicas en el proceso administrativo, las mismas no resultaban adecuadas, idóneas y eficaces para la protección cautelar ante las distintas pretensiones, que se pueden efectuar en los procesos administrativos.

Es por ello, que la Corte Suprema de Justicia guiada por la obligación que corresponde a todo juez de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de efectuar un control jurisdiccional pleno de toda la actividad o inactividad administrativa de los órganos que ejercen el Poder Público inaugura una nueva etapa a partir de 1989, cuando le otorga visa de ingreso y residencia en el proceso administrativo, a la aplicación de las medidas cautelares innominadas contempladas en el Código de Procedimiento Civil.

Es así como de manera paralela y complementaria, la Corte Suprema de Justicia va irradiando en forma expansiva tanto las medidas cautelares nominadas o típicas como las innominadas o atípicas, que oscilarán desde la mera suspensión total o parcial de la ejecución de los actos administrativos individuales (medida conservativa o asegurativa), hasta la concesión de lo pretendido por el legitimado activo, aunque de manera provisional (medida innovativa o regulatoria).

Luego, la jurisprudencia y doctrina científica concurrirán en reconocer la constitucionalización de la tutela cautelar en el proceso administrativo, al entender que ésta constituye un atributo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello es así,

suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad”.

porque éste se trata de un derecho que “le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a protegerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales”³²⁰.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, -al igual que otros derechos inherentes a la persona humana-, se encuentra reconocido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República de Venezuela, siendo en consecuencia un derecho que gozaba de reconocimiento y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 68 de la Constitución de 1961.

Este escenario de constitucionalización de la tutela cautelar, se ha visto reforzado luego de la reforma de la Constitución de 1999, que reconoce de manera expresa el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, mediante un proceso breve, expedito, que debe desarrollarse sin dilaciones indebidas, con interdicción de la presencia de formalismos que no sean esenciales (artículo 26).

Será esta norma, junto a aquella que reconoce el debido proceso (artículo 49) y la que establece la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 259), las disposiciones que le otorgan anclaje constitucional a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida en 2010, en la que se contemplan desde la perspectiva normativa, la regulación más reciente de la tutela cautelar en el proceso administrativo.

³²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 4ª ed., 2001, pp. 25-26.

El desarrollo de la tutela cautelar en el proceso administrativo ha sido objeto de algunas reinterpretaciones recientes por parte de los tribunales, tal como se expondrá durante el desarrollo de este trabajo.

I. La ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

Históricamente ha existido coincidencia en la jurisprudencia y la doctrina científica que en virtud de la potestad de autotutela de la Administración Pública y más específicamente de la autotutela ejecutiva, los actos administrativos nacen al mundo jurídico amparados de la presunción de legalidad, veracidad y certeza, presumiéndose que son válidos y eficaces, por lo que gozan o se encuentran revestidos de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad³²¹.

Ello ha conducido a considerar que los actos administrativos son auténticos títulos jurídicos, con plena suficiencia jurídica, que tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí mismos, es decir, que no requieren de declaración confirmatoria o ratificatoria de otra autoridad pública distinta a la que los produce para tener plena validez jurídica, valga decir, para crear, modificar o extinguir derechos e imponer obligaciones a sus destinatarios (privilegio de ejecutividad).

Por otra parte, se reconoce que en ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, existe la posibilidad que la Administración Pública haga cumplir sus propias decisiones, materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera forzosa, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, en principio, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública (privilegio de ejecutoriedad). Esta ejecutoriedad es propia de los actos administrativos que imponen deberes u obligaciones positivas o negativas, cuyo

³²¹ ARAUJO JUÁREZ, José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, 3ª ed., Vadell Hermanos Editores, 2005, pp. 332-337.

cumplimiento puede no ser voluntariamente realizado o aceptado por el destinatario obligado³²².

Lo señalado ha tenido plena aplicación en el Derecho Administrativo nacional, en el cual se ha reconocido tanto el privilegio de la ejecutividad como género y de la ejecutoriedad como especie de los actos administrativos.

En efecto, lo antes expuesto obtuvo pleno reconocimiento en el derecho positivo, a través de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es así como el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece: “Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente”.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa: “La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”.

En interpretación y aplicación de estas normas, así como recogiendo la evolución jurisprudencial y doctrinal, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 332, de 9 de noviembre de 1989, en la que estableció lo siguiente:

“Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros; el acto administrativo al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su

³²² ARAUJO JUÁREZ, José, Ob. cit., p. 333.

nacimiento, se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse entonces que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la doctrina (Zanobini, Sayagués, González Pérez, Garrido) es coincidente en bautizar con el nombre de “ejecutividad”.

Pero además, la Administración, tal como se ha dejado expuesto, tiene -cuando los actos, de suyo ejecutivos, impongan deberes o limitaciones-, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto; atributo al que -distinguiendo del género “ejecutividad”- se ha dado la denominación específica de “ejecutoriedad”. En el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se reconoce esta posibilidad, atribuida a la Administración, de materializar ella misma, e inmediatamente, sus actuaciones. “Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente”.

Este principio adicional, al que suele darse la denominación de ejecutoriedad -para distinguirlo del género “ejecutividad”- de los actos administrativos, ha sido fundamentado en la presunción *iuris tantum* de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración, cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares”.

Tal como se puede observar, en virtud del principio de inmediatez, la eficacia de los actos administrativos debe materializarse

una vez producida la notificación personal y sólo podría ser diferida en el tiempo cuando el propio acto así lo dispusiese³²³, cuando la ley condicionase su ejecución a la producción de una actuación posterior que debería realizar el interesado³²⁴ o a la ocurrencia de un hecho futuro que supusiese que el acto adquiriese definitividad y firmeza³²⁵, cuando la ley reconociese que la mera interposición de los recursos en sede administrativa³²⁶ o jurisdiccional³²⁷ conlleva

³²³ Cfr. artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

³²⁴ El artículo 54 de la Ley para promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia establecía que “Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinan la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán, si el occurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 38”, siendo esta última norma la que autorizaba a la Superintendencia para la promoción y protección de la Libre Competencia para determinar en su resolución “...el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el artículo 54”. Respecto a estas normas el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, señaló que estas disposiciones constituyen una modalidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía judicial, acorde al derecho a la tutela judicial efectiva, modalidad que no contraviene el principio de separación de poderes. Cfr. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4, San José, 2004, pp. 163-168.

³²⁵ El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984, establecía que “Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual se informará por escrito a la Contraloría”.

³²⁶ El Código Orgánico Tributario de 1994, establecía que la interposición del recurso en vía administrativa (artículo 173) o contenciosa (artículo 189), producía la suspensión de la ejecución del acto por mandato de legislador, lo que fue calificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, como suspensión automática. Debe advertirse que el efecto suspensivo de la interposición de la pretensión de anulación en materia tributaria ha desaparecido a partir de la entrada en vigencia del artículo 263 del Código Orgánico Tributario vigente a partir del 1° de enero de 2002, que textualmente señalaba: “La interposición del recurso *no suspende* los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo”. Esta disposición es similar a la contenida en el artículo 270 del Código Orgánico Tributario vigente a partir de 2015.

³²⁷ La Disposición final décima quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones estableció que “la interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso”. La aplicación de esta norma fue reconocida por vez

la suspensión³²⁸ ó cuando habiendo sido recurrido, la autoridad administrativa hubiese dispuesto la suspensión³²⁹ o el órgano jurisdiccional hubiese concedido una medida cautelar de suspensión de la ejecución³³⁰.

primera por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, no obstante, la misma Sala cambió de criterio en sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, en la cual desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad, al considerar que contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución y en su lugar dispuso que en la pretensión cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia Sala en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005, en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y posteriormente por la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006. Así las cosas, este asunto fue planteado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006, posteriormente ratificada por la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

³²⁸ El artículo 152, párrafo primero de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, establecía “En los casos de imposición de multas se acompañará a la notificación la correspondiente planilla de liquidación para que el sancionado proceda a pagar el monto de la multa en una institución bancaria designada por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), dentro de los quince días hábiles siguientes después de efectuada la respectiva notificación, salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de decisión”. Esta norma ha sido aplicada en los términos literales en ella redactados, por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, sentencia 368, de 18 de marzo de 2009.

No obstante, debe señalarse que con la reforma de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial N° 39.163, de 22 de abril de 2009, se modificó la redacción contemplada en la ley anterior y se volvió al régimen general de protección cautelar, en virtud del cual se debe solicitar y probar ante el órgano jurisdiccional, la necesidad y pertinencia de la concesión de la pretensión cautelar. Esto se mantiene actualmente con el Decreto-Ley Orgánica de Precios Justos, de 12 de noviembre de 2015.

³²⁹ El artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que “La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada”.

³³⁰ El artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 señalaba que éste “podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio”.

Debe destacarse que desde la primera decisión cautelar hasta la década de los noventa, únicamente se admitía la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, habiendo quedado excluidos de tutela cautelar -por fuerza de los hechos- los actos administrativos generales. Dado que la medida cautelar de suspensión de la ejecución, con las restricciones ya apuntadas, era la única posible en el ordenamiento jurídico, -al igual que sucedía en otras latitudes-, se inició un debate en la doctrina científica sobre la necesidad de otorgar a los órganos jurisdiccionales, la potestad para adoptar las adecuadas medidas cautelares, que garantizaran la tutela judicial efectiva³³¹.

Tal como se verá posteriormente, la suspensión de la ejecución como única medida cautelar posible en el proceso administrativo experimentará un giro copernicano gracias a la jurisprudencia progresiva de la Corte Suprema de Justicia.

II. La convivencia de la ejecución de los actos administrativos y la garantía de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva

Uno de los problemas a los cuales se enfrentan los operadores jurídicos cada día consiste en determinar la adecuación de la eficacia de los actos administrativos, con la obligación constitucional de los órganos que ejercen el Poder Público de garantizar el goce y disfrute de los derechos fundamentales en general y del derecho a la tutela judicial efectiva en particular.

La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen el control de la ejecutoriedad administrativa y por ende, no aseguren la futura materialización de la sentencia que en el proceso recayere.

³³¹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 133-188; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

Esto lleva a plantear ¿cómo lograr la convivencia entre el principio de eficacia administrativa de la Administración Pública a través de la ejecución de sus propios actos y el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la protección jurisdiccional cautelar? Al respecto se debe señalar que la ejecución de los actos administrativos en sus propios términos no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva frente a las autoridades administrativas, en efecto, tal como lo refleja la Constitución tienen el mismo rango normativo el principio de eficacia administrativa (artículo 141) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26), es por ello que se puede afirmar que la actuación administrativa destinada a ejecutar y hacer eficaz los actos administrativos frente a sus destinatarios, no se encuentra reñida con el derecho a obtener tutela judicial plena y eficaz, es así como frente a la potestad de la Administración Pública de ejecutar los actos administrativos, se establece el derecho de los interesados a formular ante los órganos jurisdiccionales las pretensiones para obtener las medidas cautelares necesarias y adecuadas que garanticen la tutela judicial definitiva.

Conforme a lo expuesto, la tutela judicial efectiva se garantiza en un primer momento, mediante la existencia de una vía jurisdiccional donde residenciar el control de la actividad formal de la Administración Pública, es decir, el sometimiento del acto administrativo al control del órgano jurisdiccional administrativo -conforme al principio de la plenitud o universalidad del control jurisdiccional-, mediante el planteamiento de la respectiva pretensión de anulación del acto administrativo, al que se le imputa su no sujeción al Derecho, valga decir, al ordenamiento jurídico.

El segundo momento donde se garantiza la tutela judicial efectiva es mediante el reconocimiento de la posibilidad de formular la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos en el proceso administrativo, dado que el derecho se garantiza

permitiendo que la ejecutoriedad de los actos administrativos pueda ser sometida al análisis preliminar del órgano jurisdiccional y que éste con los alegatos y pruebas presentados por el interesado, resuelva sobre la pretensión cautelar.

Ahora bien, en el subepígrafe anterior se hizo referencia al hecho que una vez dictado el acto administrativo, la Administración Pública tiene el deber de ejecutarlo en principio en tres momentos posibles: Uno, inmediatamente después de producida la notificación personal al interesado; dos, en el plazo que establezca la ley; y, tres, en el plazo posterior que el propio acto indique.

Esta situación genera una evidente tensión entre la eficacia administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva, pues por más expedito que sea el proceso administrativo el interesado requiere de tiempo para preparar sus alegatos y pruebas con los cuales fundamentar su pretensión y una vez efectuada la demanda ante el órgano jurisdiccional, éste requiere de un tiempo para pronunciarse sobre la admisibilidad de la misma y de ser el caso, sobre la procedencia de la pretensión cautelar, es decir, que el control de la ejecutoriedad del acto administrativo no se produce con la necesaria celeridad que exige la Justicia. De allí que surja la posibilidad que la ejecución del acto administrativo se produzca antes de haber sido sometido el mismo, al control del órgano jurisdiccional o que habiendo sido sometido a éste, el órgano jurisdiccional no se haya pronunciado sobre el control de la ejecutoriedad.

Por ello surge la necesidad de una reinterpretación que permita una armónica convivencia entre la ejecutoriedad de los actos administrativos y el derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud de lo cual, cuando la Administración Pública dicta un acto, éste no debería ser ejecutado de manera precipitada por la propia autoridad administrativa, hasta tanto no transcurra el plazo para que se transforme en un acto firme, en virtud de haber fenecido

los lapsos para su impugnación o en caso que haya sido recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional, deberán considerarse los siguientes escenarios antes de proceder a la ejecución: Uno, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional y no haya solicitado medidas cautelares, en cuyo caso la autoridad administrativa deberá ejecutar el acto administrativo sin más dilación, en sus propios términos; dos, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional y haya solicitado medidas cautelares, en cuyo caso deberá esperarse a que éste se pronuncie sobre la procedencia de la pretensión cautelar, lo que podría implicar un pronunciamiento contrario a tal pretensión y la autoridad administrativa podrá proceder a la ejecución en los términos planteados en el acto; y, tres, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional, haya solicitado medidas cautelares y que éste se pronuncie favorable a diferir la ejecución mediante la declaratoria de suspensión de la ejecución hasta que se resuelva la controversia, en cuyo caso la Administración Pública deberá esperar que se produzca la sentencia que ponga fin al proceso, que de ser favorable a los intereses que representa la autoridad administrativa conducirá a que las medidas cautelares pierdan vigencia y a que se restablezca la ejecutoriedad del acto administrativo que había sido temporalmente suspendido³³² o en caso contrario, a que se confirme la adecuación de la tutela cautelar previamente acordada y como consecuencia de la extinción del acto administrativo, se impedirá su ejecución de manera definitiva.

En ello parece radicar el punto de equilibrio entre la eficacia de la actuación de la Administración Pública que se materializa mediante la autotutela ejecutiva, valga decir, la ejecución de sus

³³² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor; La ejecución de las resoluciones administrativas de multas impuestas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, pp. 58-59.

propios actos, incluso de manera forzosa y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, que sólo se puede alcanzar en el marco del debido proceso y con estricta sujeción a los presupuestos y requisitos para la concesión de la tutela judicial cautelar en el proceso administrativo.

III. El proceso para la tramitación de las medidas cautelares

Dado su origen jurisprudencial, en un comienzo la concesión de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales se producía inaudita parte, sin seguir procedimiento alguno para tramitar la pretensión cautelar, en virtud de una doble justificación: por una parte, porque el procedimiento no se encontraba expresamente establecido en la ley; y por la otra, porque se tenía la creencia que el proceso administrativo era un proceso objetivo y que no existían auténticas partes que acudiesen a oponerse a la pretensión procesal.

Al aparecer la regulación expresa de la suspensión de la ejecución en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se establecieron los presupuestos para su procedencia, pero no se estableció procedimiento para su tramitación. Esto condujo a que en la práctica se mantuviese la concesión de la suspensión de la ejecución inaudita parte, sin establecer proceso contradictorio alguno.

La aparición de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la institucionalización de la pretensión cautelar de amparo constitucional dentro del proceso administrativo o del proceso de inconstitucionalidad, condujo inicialmente a tramitar la incidencia cautelar, siguiendo el procedimiento contradictorio establecido en los artículos 23 al 32 de la Ley, lo que suponía que una vez admitida la pretensión cautelar se notificaba a la autoridad administrativa presunta agravante para que presentase un informe dentro del lapso de 48 horas a partir de

la notificación, en el cual expondría sus defensas y luego dentro del lapso de 96 horas se realizaría la audiencia pública donde las partes debatirían ante el órgano jurisdiccional sobre la procedencia o no de la pretensión cautelar, debiendo éste pronunciarse dentro del lapso de 24 horas siguientes a la finalización de la audiencia.

Luego, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa efectuó una interpretación armónica de los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que conllevó a la concesión de la pretensión cautelar de amparo constitucional inaudita parte, siempre que se cumpliesen los presupuestos para ella³³³. Frente a este criterio, se produjo una reacción, a través de dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno que sostenían la necesidad de tramitar el proceso contradictorio antes de conceder la protección cautelar, en virtud de que se consideraba contrario a la Constitución la concesión del amparo cautelar inaudita parte, como lo permitía expresamente el artículo 22 de la referida Ley³³⁴.

Estas decisiones constituyeron el preámbulo de la declaratoria de inconstitucional del mencionado artículo 22 de la Ley³³⁵, lo que condujo a que la propia Corte Suprema de Justicia propusiese a los jueces del orden jurisdiccional administrativo, tres posibles soluciones para la tramitación de la pretensión del amparo cautelar³³⁶: (a)

³³³ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991.

³³⁴ Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 6 de diciembre de 1994, ratificada en la sentencia de 27 de julio de 1995.

³³⁵ El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señalaba que "El tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda. En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o de amenaza de violación".

³³⁶ Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 21 de mayo de 1996, declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 transcrito en la nota anterior y en consecuencia su nulidad. Véanse los comentarios a esta sentencia en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (A propósito

Tramitar la pretensión conforme a lo establecido en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; (b) Si la pretensión tenía por objeto la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, se le podía dar el trámite establecido en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; y, (c) Si la pretensión perseguía una medida cautelar innominada, similar a la prevista el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se podría tramitar conforme a lo establecido en dicho texto legal.

Hay que advertir que el supuesto planteado en el literal b) conllevaba a continuar tramitando la pretensión cautelar de amparo en el caso del proceso de anulación de actos administrativos, inaudita parte, en virtud que el referido artículo de la Ley Orgánica de Corte Suprema de Justicia, no contemplaba procedimiento de audiencia, ni forma alguna de contradictorio una vez concedida la suspensión de la ejecución.

Así las cosas, en virtud del mandato de simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites que se deben realizar en el proceso para alcanzar la Justicia, establecido en el artículo 257 de la Constitución de 1999, la jurisprudencia se ha encargado de unificar los trámites para la concesión y sustanciación de la pretensión cautelar. Es así como se precisó, que cuando se pretendía la suspensión de la ejecución de un acto administrativo individual con fundamento en el derogado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, posterior artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en ausencia de una regulación expresa de un procedimiento para su tramitación, una vez decretada

de la sentencia de 21 de mayo de 1996, que declaró su inconstitucionalidad), *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1997, pp. 259-291; FARKASS, Janette, El amparo cautelar frente a los actos administrativos particulares y su tratamiento jurisprudencial, después de la declaración de nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 247-268.

la medida cautelar de suspensión inaudita parte, se debía notificar y ejecutar la decisión cautelar, para que la autoridad administrativa procediese a realizar la oposición a la medida cautelar, conforme al procedimiento previsto en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión expresa que realizaba el artículo 19, párrafo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³³⁷.

En lo concerniente a la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, se estableció que era “preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares”, en virtud de lo cual una vez admitida la pretensión de anulación, se debía emitir el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar de amparo y con prescindencia de cualquier otro aspecto, en caso de existir la presunción de buen derecho, es decir, la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, debía dársele cumplimiento al mandato constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida de manera expedita³³⁸. En caso de concederse la protección cautelar de amparo, la parte contra quien obrase la medida podía ejercer su derecho a la defensa y oponerse a la medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Como resultaba obvio, en el caso que en un proceso administrativo se formulase una pretensión de medidas cautelares nominadas o innominadas conforme a la regulación del Código de

³³⁷ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 1852, de 21 de diciembre de 2000. Esta sentencia recoge la tesis que sostuve en la ponencia presentada en el Auditorio de la sede de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, el 23 de abril de 1999, con motivo de las “II Jornadas de Derecho Procesal Administrativo. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” y que posteriormente fue publicada bajo el título Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho Procesal Administrativo, *Revista Fundación Procuraduría* N° 22, Caracas, 1999, pp. 34-36.

³³⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 402, de 15 de marzo de 2001. Cfr. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, Balance y Perspectivas de la justicia administrativa. (Año y medio de la Constitución de 1999), *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 460-461.

Procedimiento Civil, siempre que se cumplieren los presupuestos legales, éstas se debía conceder inaudita parte y luego se produciría el contradictorio, según lo dispuesto en los artículos 602 al 606 del referido texto legal.

Antes de finalizar este subepígrafe con la referencia a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, resulta insoslayable hacer referencia al intento de inserción en el proceso administrativo de las medidas cautelares provisionales. La expresión “provisionales” es producto de la construcción realizada por el Tribunal Supremo de España en sus autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 y respecto a los cuales dio cuenta, un sector de la doctrina científica española con severas críticas³³⁹. No es esta la ocasión para traer a colación el debate que generaron estos autos, pero se debe destacar, que con independencia de la corrección de la solución dada en ella, la misma es producto de una búsqueda de acoplamiento al artículo 24.1 de la Constitución, del preconstitucional sistema procesal administrativo contemplado en la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, que sujetaba la concesión de la suspensión de la ejecución, a la tramitación de una incidencia con audiencia previa de la Administración Pública.

Es por ello que el intento de introducir las medidas cautelares provisionales en Venezuela ha fracasado estrepitosamente³⁴⁰,

³³⁹ CALONGE VELÁSQUEZ, Antonio, Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares “provisionales”. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos, *Poder Judicial* N° 33, Madrid, 1994, p. 469; SANZ GANDASEGUI, Francisco, ¿Medidas provisionales en el proceso contencioso-administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993), *Revista de Administración Pública*. N° 138, 1995, pp. 183-201.

³⁴⁰ La primera oportunidad en que se mencionaron las medidas cautelares provisionales, aun cuando se negó su procedencia en el caso concreto, lo hizo la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 1307, de 26 de octubre de 1999, pero posteriormente se produjo un nuevo intento, por demás frustrado de introducir estas medidas cautelares en el orden jurisdiccional administrativo, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 488, de 16 de marzo de 2000; sentencia 788, de 10 de abril de 2000 y en sentencia 1173, de 23 de mayo de 2000, calificándola en esta última, de medida “cautelar especial”. Sin embargo, la misma Sala reaccionó corrigiendo su tesis en la sentencia 1219,

porque justamente una de las grandes diferencias con el proceso administrativo español, es la posibilidad de concesión de las medidas cautelares inaudita parte.

Por tanto, en la actualidad, debiendo concederse todas las medidas cautelares inaudita parte y habiéndose unificado el procedimiento para su tramitación, puede afirmarse que en el estado actual del Derecho procesal administrativo, las medidas cautelares provisionales resultan total y manifiestamente innecesarias e improcedentes³⁴¹.

Tal como se había adelantado, es preciso mencionar que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, se ha reconocido que el órgano jurisdiccional goza de las más amplias potestades cautelares y que debe decidir respecto a la pretensión que se le formule al respecto, dentro de los 5 días de despacho siguientes a su recepción, dándole prioridad sobre cualquier otro asunto³⁴².

Tal como se puede apreciarse, la legislación vigente ratifica que las medidas cautelares se deben conceder inaudita parte y será una vez que se notifique o ejecute, que las partes interesadas podrán oponerse con sujeción a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil³⁴³, pues de lo contrario la jurisprudencia ha considerado que la oposición es extemporánea por anticipada³⁴⁴.

de 26 de junio de 2001. La doble razón para este fracaso es muy sencilla, hablar de medidas cautelares provisionales en Venezuela constituye un desconocimiento tanto de las razones que llevaron a su aparición en el ordenamiento jurídico español como de la realidad en que se aplicaron y de las críticas que se generaron por ello, pero además y más grave aún, supone un total y absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico venezolano, donde se pretenden implantar.

³⁴¹ Véase al respecto HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar, *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1244-1250.

³⁴² Artículos 4 y 105 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³⁴³ Artículo 106 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 238, de 16 de febrero de 2011, ratificada en sentencia 767, de 8 de junio de 2011 y en sentencia 1375, de 22 de noviembre de 2012.

IV. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación

El legislador no ha guardado uniformidad en el establecimiento de los requisitos de las medidas cautelares en el proceso administrativo, lo que se ve reflejado en la manera dispersa e incluso diversa como los ha regulado. Tal situación ha llevado a plantear en algunos momentos, la existencia de diferentes presupuestos para la concesión de las medidas cautelares, pero tal como se demostrará ésta constituye una distinción más formal que real, que ha sido unificada por la reciente tendencia jurisprudencial en la materia.

Es por ello que vamos a analizar, ¿cuál ha sido el tratamiento que le otorga el ordenamiento jurídico a las medidas cautelares en el proceso administrativo? Como se mencionó antes, la medida cautelar por excelencia en el proceso administrativo, producto de la construcción jurisprudencial fue la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo. Es así como el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que regulaba de manera parcial y transitoriamente el orden jurisdiccional administrativo estableció que:

“A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio”.

Esta norma señalaba los requisitos de procedencia de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales,

de manera similar a como lo hizo el artículo 21, párrafo 21 de la vigente entonces Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: a) que sea solicitada por la parte interesada; b) que se trate de un acto administrativo individual; c) que así lo permita la Ley; y, d) que sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

La doctrina científica oportunamente advirtió que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa había desarrollado paulatinamente las características de la suspensión de la ejecución, entre las cuales destacaba que: a) constituye una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos; b) tiene carácter provisional o temporal; c) no prejuzga sobre el debate de fondo en el proceso; d) es una garantía en beneficio del justiciable; e) es una medida revocable y no produce cosa juzgada; f) se puede solicitar en cualquier estado y grado del proceso; g) es potestativo del juez acordarla; y, h) es una medida cautelar de carácter extraordinario³⁴⁵.

A partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se inicia la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional en el proceso administrativo o en el proceso de inconstitucionalidad de actos normativos, sean éstos administrativos o legales, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 434, de 10 de agosto de 1991. En tales casos se exigía como presupuesto para la concesión de la medida cautelar la presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales cuya tutela estaba siendo reclamada cautelarmente.

³⁴⁵ CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina, Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 120-122.

En cambio, si la medida cautelar se pretendía con basamento en el Código de Procedimiento Civil, entonces debían alegarse y probarse los extremos tradicionales, es decir, la existencia del riesgo manifiesto de que quedase ilusoria la ejecución de la sentencia que en el proceso recayere y la demostración de la presunción grave del derecho que se reclama, exigidos por los artículos 585 y 588 de dicho texto legal.

Esto permitía considerar que habían diferentes requisitos para la obtención de las medidas cautelares como lo serían los daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva –peligro en la mora- (artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional cuya tutela judicial se reclamaba –apariencia de buen derecho- (artículos 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) o la exigencia de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil).

En realidad tal distinción entre los requisitos nunca ha existido, porque el hecho que la regulación legal pusiera el énfasis para otorgar la medida cautelar en la presencia de uno de los requisitos que deben concurrir en toda pretensión cautelar, no excluía la presencia del otro. Tal situación ha sido precisada por la jurisprudencia reciente al exigir que la concesión de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución, del amparo constitucional cautelar o las medidas innominadas deban estar presentes los dos requisitos tradicionales: la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora³⁴⁶.

³⁴⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 726, de 13 de noviembre de 1997; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 156, de 24 de marzo de 2000; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 402, de 15 de marzo de 2001; ratificado por la propia Sala en la sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005 y más reciente en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005.

Esta precisión es producto del diálogo entre la doctrina científica y la jurisprudencia, que han contribuido a establecer los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo, en cualesquiera de las distintas modalidades que contempla el ordenamiento jurídico, valga decir, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, las medidas cautelares innominadas o la pretensión cautelar de amparo constitucional.

Es así como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, además de contemplar la regulación de la suspensión de los actos administrativos individuales de contenido positivo en el artículo 21, párrafo 21, incluyó una norma que señalaba expresamente los presupuestos procesales para conceder las restantes medidas cautelares, también denominadas atípicas o innominadas. Al respecto, el artículo 19, párrafo 10, estableció que:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”³⁴⁷⁻³⁴⁸.

Esto permitió sostener que los presupuestos procesales para la pretensión de las medidas cautelares por el interesado y la eventual concesión por el órgano jurisdiccional eran esencialmente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la mora.

³⁴⁷ Por primera vez, se establece en un texto legal, la potestad cautelar de oficio del órgano jurisdiccional, aunque hay que reconocer que ya lo había hecho sin texto legal expreso, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias que se mencionarán más adelante.

³⁴⁸ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencia 698, de 18 de junio de 2008, ha sostenido que el análisis por el órgano jurisdiccional, de los alegatos formulados por el solicitante de una medida cautelar, no implica necesariamente el adelanto de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborado a requerimiento de la Asamblea Nacional, señalaba en el artículo 129 lo siguiente³⁴⁹:

“El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva”.

Esto podría llevar a concluir, que los presupuestos procesales de las medidas cautelares establecidos en la legislación, -aplicables en el proceso administrativo-, son los universalmente admitidos por la doctrina científica reconocida y por la jurisprudencia.

No obstante, debe advertirse la existencia de unas disposiciones legales que dan al traste con esta conclusión. Se trata de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República³⁵⁰, que regula al órgano constitucionalmente encargado de defender los derechos e intereses de la República, que en Venezuela, es el sujeto de derecho que ostenta la personificación jurídica del Estado, nacional e internacionalmente. Este texto legal en la Sección Tercera, del Capítulo II, del Título IV, intitulado “De las medidas cautelares” reconoce que la Procuraduría puede solicitar las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la tutela de los derechos, bienes e intereses de la República y además le impone al órgano jurisdiccional la obligación de limitar dichas medidas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio (artículos 104 y 106). Esto no constituye mayor novedad con respecto a lo expuesto precedentemente, pero donde sí se aprecia una total diferencia es en la exigencia de los presupuestos procesales

³⁴⁹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *Revista de Derecho* N° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, p. 333.

³⁵⁰ Gaceta Oficial N° 6.220, de 15 de marzo de 2016.

de las medidas cautelares, tal como lo regula el artículo 104 que se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, *bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.*

Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

Como se puede observar, la norma emplea la conjunción disyuntiva “o” para expresar que el presupuesto del *peligro en la mora* es alternativo del presupuesto de la *apariencia de buen derecho*, lo que termina de corroborarse al señalar que bastará para que proceda la medida cautelar, “*la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados*”. Esta fórmula legal rompe con la exigencia concurrente de ambos presupuestos procesales y desconoce de manera abierta –la doctrina científica reconocida– la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia³⁵¹, que ha establecido reiteradamente que corresponde al órgano jurisdiccional constatar la presencia de ambos presupuestos para conceder la medida cautelar pretendida y que la ausencia de uno de los requisitos, hace inoficioso el análisis de otro, toda vez que para conceder las

³⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 492, de 22 de marzo de 2007.

medidas cautelares se requiere la presencia de manera concurrente, de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora.

Sin embargo, separándose de la tradicional jurisprudencia el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, al encontrarse con la invocación del artículo 104 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ha señalado que éste no exige de manera concurrente, los requisitos de la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, que sólo basta la verificación de uno de los presupuestos enunciados para que el órgano jurisdiccional acuerde la medida cautelar solicitada, razón por la cual ha procedido a conceder medidas cautelares a favor de los órganos de la Administración Pública, aun cuando no se encontraban cumplidos de manera concurrente los presupuestos necesarios para la concesión de tales medidas cautelares³⁵².

Si ello es así, cabe preguntarse qué sentido tiene la concesión de las medidas cautelares cuando existen fundadas probabilidades que la sentencia definitiva reconozca el derecho que se reclama, si

³⁵² El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 5970, de 19 de octubre de 2005, señaló que "A fin de establecer la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, observa la Sala que de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República citado *supra*, los requisitos de procedencia de las cautelares solicitadas, a saber, *periculum in mora* y *fumus boni iuris* **no son exigidos de manera concurrente**, sino que en casos como el presente, en los que es la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República de Venezuela, quien solicita las medidas cautelares, **basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada**. En ese sentido corresponde a la Sala precisar la existencia de cuando menos uno de los requisitos antes esbozados para lo cual observa lo siguiente: ... omissis ... Precisado lo anterior y toda vez que tal como fue asentado *supra*, de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, **sólo es necesaria la verificación de uno de los dos requisitos allí previstos para la procedencia de las medidas cautelares solicitadas** por la República de Venezuela, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el requisito denominado *periculum in mora* y decreta medida preventiva de embargo sobre bienes muebles y prohibición de enajenar y gravar sobre bienes de la sociedad mercantil Seguros Banvalor, C.A. hasta por el doble de las cantidades demandadas en el presente proceso a dicha empresa y de las costas procesales estimadas en un treinta por ciento (30%) de la suma requerida, ...". Este criterio ha sido ratificado por la propia Sala Político Administrativa en la sentencia 6453, de 1° de diciembre de 2005; en la sentencia 1009, de 26 de abril de 2006 y más recientemente en la sentencia 2953, de 20 de diciembre de 2006.

no existe temor alguno que el transcurso del tiempo que se debe esperar mientras se decide el proceso, pueda frustrar el reconocimiento de dicho derecho, o expuesto de otra manera, qué sentido tiene conceder medidas cautelares basadas en una apariencia de buen derecho, si no existe peligro alguno de que la sentencia no pueda ejecutarse en los términos que ella disponga.

Igualmente cabe preguntarse, qué razón justifica la concesión de las medidas cautelares si no existen fundadas razones que conduzcan a la convicción del juzgador *prima facie* que el derecho reclamado no puede ser tutelado en la sentencia que resuelva la controversia, pues en tal caso no existe riesgo en la demora de la tramitación del proceso, es decir, no puede admitirse que el transcurso del tiempo que se debe esperar para obtener una sentencia, constituya válidamente el presupuesto suficiente para conceder las medidas cautelares, que pretenden garantizar la ejecución de una sentencia que jamás se va a producir. Dicho más llanamente, no puede existir peligro en la mora de un derecho que no tiene fundadas probabilidades de éxito, pues en tal caso no existe temor de que se vea frustrada una tutela judicial de un derecho que por inexistente, jamás se va a reconocer.

Es por ello que en estricto Derecho resulta contrario a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 26 de la Constitución, la redacción otorgada al artículo 104 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues con ello se ha agregado un nuevo e inconstitucional privilegio a la República, que se suma a los tradicionalmente existentes³⁵³, uno más destinado a entorpecer, defraudar o pervertir la efectividad de la tutela jurisdiccional.

³⁵³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, había denunciado hace algo más de treinta años atrás, que ni los artículos 24.1, 103.1 y 117.3 de la Constitución española de 1978, que de manera respectiva equivalen a los artículos 26, 141 y 253 de la Constitución venezolana de 1999 permiten sostener la subsistencia del histórico *privilegium fisci*, que calificó de "asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio". Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso administrativas. *Documentación Administrativa* N° 209, Instituto

Esta situación no puede ser más alarmante si se considera que ha sido el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, quien luego de reconocer inicialmente la validez constitucional de la protección cautelar establecida en la Disposición final décima quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que admite la posibilidad de suspensión automática de la ejecución de la sanción de multa, mientras se tramitaba el proceso administrativo, en caso de plantearse una pretensión de nulidad contra el acto administrativo sancionador dictado por el ente regulador de las telecomunicaciones³⁵⁴, ha abandonado su posición inicial por considerar que la misma contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución, lo que condujo a que desaplicase dicha disposición por vía de control difuso de la constitucionalidad y se dispusiese que para obtener la tutela cautelar, los interesados debían alegar y probar los presupuestos exigidos para todas las medidas cautelares³⁵⁵.

La aparición de estas sentencias –todas en 2005- con criterios tan radicalmente opuestos, sólo permite una conclusión: La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha

Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 13; también puede consultarse en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XXI. Homenaje a Fernando Garrido Falla*, Vol. 2, Ed. Complutense, Madrid, 1992, p. 1048; y en *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 159.

³⁵⁴ Véanse los comentarios a la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4, San José, 2004, pp. 173-175.

³⁵⁵ El cambio de criterio respecto a la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, lo produjo la propia Sala Político Administrativa, en la sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, ratificada luego en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005; en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y posteriormente por la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de este asunto, en virtud de la competencia de revisión de sentencia definitivamente firme que en ejercicio del control difuso de constitucionalidad desaplicó una norma previa, según lo previsto en el artículo 25.12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006, ratificadas por la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

asumido una posición complaciente en materia de medidas cautelares con quienes invocan la defensa de los derechos e intereses de la Administración Pública y una posición totalmente severa con quienes pretenden la obtención de medidas cautelares en defensa de sus derechos e intereses como particulares. Tal actuación de la Sala Político Administrativa resulta censurable por constituir una violación del derecho a la igualdad jurídica en la aplicación de la ley que reconoce el artículo 21.1 de la Constitución y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los órganos que ejercen el Poder Público, que debería ser corregida en el futuro, para evitar que se siga evaluando la pretensión de las medidas cautelares en el proceso administrativo con estándares de medición distintos, según quien sea el sujeto que solicita la protección cautelar.

No se le hace ningún favor a la Justicia, cuando se concede una tutela judicial cautelar *ligera* ante una pretensión formulada por los abogados del Estado y una tutela judicial cautelar *dura* ante una pretensión cautelar planteada por los particulares, pues justamente la tutela judicial en el orden jurisdiccional administrativo constituye una garantía para la protección de los derechos de los particulares y no de los privilegios del Estado.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 2010, se reconocen como presupuestos de las medidas cautelares en el proceso administrativo -la ley acertadamente no distingue entre la suspensión de la ejecución y otras medidas cautelares³⁵⁶-, los presupuestos de apariencia de buen derecho, peligro en la mora y la ponderación de los intereses en presencia; no obstante la redacción de la norma resultó muy

³⁵⁶ CANÓNICO SARABIA, Alejandro, Nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo, *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros mecanismos de control del Poder público*, CAJO-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 585.

desafortunada³⁵⁷ y su lectura puede generar confusión en los operadores jurídicos, por lo que se impone una interpretación conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como parece haberse orientado la jurisprudencia, al analizar la ausencia de referencia expresa a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos³⁵⁸.

V. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares según la doctrina científica

El proceso constituye una garantía para la eficacia del derecho y el instrumento para lograr su reconocimiento, pero dada la complejidad del proceso, éste requiere la realización de una serie de actos coordinados, que van a concluir con la expresión del órgano jurisdiccional que reconoce el derecho. Es por ello, que el proceso *per se* puede llevar a que tal reconocimiento se produzca con tardanza y que en consecuencia, cuando se produzca dicho reconocimiento del derecho, éste no pueda ser ejercido plena y eficazmente por su titular.

³⁵⁷ El artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que "A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar los resultados del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante".

³⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, sentencia 1289, de 9 de diciembre de 2010, ratificada en la sentencia 841, de 29 de junio de 2011, señaló que "...la medida preventiva de suspensión de efectos procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable; significa entonces, que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar; el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama, a lo cual hay que agregar, conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la adecuada ponderación de los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego".

En efecto, quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva, acude al proceso con una doble finalidad: en primer lugar, que se le reconozca su derecho y en segundo lugar, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, dado que la lentitud natural del proceso, para reconocer la existencia del derecho, hace temer que cuando llegue la decisión judicial ésta carezca de sentido, ha llevado a la doctrina científica más autorizada a señalar que “las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien o del mal a las reposadas formas del proceso ordinario”³⁵⁹.

La justificación de las medidas cautelares en el proceso, nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento la existencia del derecho, (atribuido en la norma jurídica), con el reconocimiento del mismo, (que realiza el órgano jurisdiccional).

Es así como, las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo.

Por ello, la tutela judicial cautelar busca lograr, que el tiempo que debe transcurrir entre la existencia del derecho y el reconocimiento del derecho, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil, la función de control jurisdiccional.

³⁵⁹ CALAMANDREI, Piero, *Providencias Cautelares*, (Trad. Santiago Sentis Melendo), Depalma, Buenos Aires, 1984.

En tales términos, la doctrina científica mayoritaria ha reconocido que los presupuestos procesales que debe analizar el órgano jurisdiccional, para conceder las medidas cautelares son la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora, sin olvidar los intereses presentes contrapuestos.

5.1. La apariencia de buen derecho

En la valoración de los presupuestos procesales para la concesión de la tutela judicial cautelar, el primer obstáculo al cual se enfrenta el órgano jurisdiccional, cuando es sometido a su control la ejecutoriedad del acto administrativo, es la presunción de legalidad que históricamente ha revestido a los actos jurídicos unilaterales de la Administración Pública.

Ahora bien, esta presunción de legalidad, en realidad supone una presunción de conformidad a Derecho, de carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario y en consecuencia, el recurrente tiene la carga de argumentar y probar que esta presunción puede ser destruida dentro del proceso, razón por la cual, solicita se le otorgue la protección cautelar.

No obstante, el control de la legalidad, no se limita con exclusividad a determinar, la conformidad a Derecho de la actividad administrativa unilateral de los órganos que ejercen el Poder Público, sino que también comprende la actividad bilateral, la inactividad tanto formal como material, así como las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho, en razón de lo cual, independientemente de la existencia o no de una actuación formal de los órganos que ejercen el Poder Público, al encontrarse ambas -actividad e inactividad- sometidas al control jurisdiccional, en consecuencia, pueden ser sometidas al control cautelar previo.

Tal situación lleva a valorar, la apariencia o no de contravención del ordenamiento jurídico, que puede justificar la concesión de la

tutela cautelar o su negativa, teniendo presente la mayor o menor apariencia de legalidad de la actividad o inactividad controvertida.

Esta apariencia supone que el derecho cuya tutela se pretende, tenga fundadas probabilidades de ser reconocido en la sentencia definitiva, posea probabilidades de éxito, que su protección aparenta tener cobertura constitucional y legal, no siendo en consecuencia manifiestamente contrario a Derecho, lo que conduce al órgano jurisdiccional a presumir que la pretensión procesal puede prosperar³⁶⁰.

Ello le plantea al órgano jurisdiccional la necesidad de efectuar una doble valoración, en primer lugar, respecto al titular del derecho cuya protección invoca la tutela cautelar, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que él es el titular del derecho; y en segundo término, para determinar si la actividad o inactividad administrativa que presuntamente desconoce la existencia del derecho controvertido, es contraria al ordenamiento jurídico, razón por la cual, debe adoptar la tutela cautelar, para evitar la producción de un daño grave e irreparable

³⁶⁰ CALAMANDREI, Piero, Ob. cit.; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales, *Revista de Administración Pública* N° 131, Madrid, 1991, pp. 167-189; GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, pp. 1167-1171; AGUADO I CUDOLA, Viçenc, La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, p. 1707; JINESTA LOBO, Ernesto, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, pp. 138-147; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2ª ed., 1998, pp. 28-29, posteriormente en El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar, *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1253-1254, y en La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* N° 4, San José, 2004, pp. 161-162; ROJAS FRANCO, Enrique, *La suspensión del acto administrativo en vía administrativa y judicial*, 4ª ed., San José, 1999, pp. 94-96; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

o de difícil reparación por la sentencia que finalmente reconozca el derecho.

Esta apreciación del órgano jurisdiccional si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido, pues éste actuará en base a una presunción, una apariencia, realizando una valoración de probabilidad o verosimilitud que estima favorable al derecho que se reclama y que le produce la impresión, incluso podría decirse que la expectativa, de que el derecho controvertido será reconocido por el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Tal apreciación no prejuzga sobre el objeto del proceso, pues durante el mismo se otorgan las debidas garantías jurídicas para desvirtuar la presunción, el humo de buen derecho, es decir, se garantiza que se pueda llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que la actividad o inactividad sometida a control jurisdiccional es conforme a Derecho.

5.2. El peligro en la mora

En lo que concierne al peligro en la mora, cabe observar que tal principio se manifiesta en el apotegma según el cual, el tener que acudir al proceso para obtener la razón, no puede perjudicar a quien tiene la razón, mientras se encuentra a la espera que se le reconozca la misma³⁶¹.

El peligro en la mora se concreta en el hecho, de que la situación jurídica cuya tutela judicial se reclama, se pueda ver afectada de forma grave e irreparable, por el transcurso del tiempo que necesariamente debe esperarse, para tramitar el proceso que en la sentencia definitiva reconocerá tal situación jurídica³⁶².

³⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. I, Napoli, 1933.

³⁶² CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 42; JINESTA LOBO, Ernesto, La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, pp. 127-137; ROJAS FRANCO, Enrique, *La suspensión del acto administrativo en vía administrativa y judicial*, 4ª ed.,

Este presupuesto del peligro en la mora, es un principio, configurado por dos elementos o componentes: Uno, el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho; y el otro, la necesaria e inevitable lentitud del proceso, en el cual las partes en conflicto, ejercerán todas las garantías fundamentales en defensa de sus pretensiones. Esta lentitud produce un retraso o tardanza en la decisión jurisdiccional definitiva, que reconocerá o no la existencia del derecho y que genera un peligro de insatisfacción del mismo o de satisfacción tardía, peligro que el órgano jurisdiccional constitucionalmente está llamado a conjurar, por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el órgano jurisdiccional debe realizar una apreciación real y objetiva, sobre la posibilidad o imposibilidad de que una u otra de las partes experimente un perjuicio efectivo, mientras espera el reconocimiento definitivo del derecho o perciba que, por la espera de la decisión definitiva que resuelva la controversia, se pueda producir una inminente inexecución de la sentencia.

Dada la confusión generada por algunos autores, -que incluso se ha admitido en algunas sentencias aisladas-, respecto al peligro en la mora en el caso de las medidas cautelares atípicas e innominadas, debe señalarse que su configuración o contenido no resulta unísono, sino que este peligro en la mora, puede requerir de un *plus*, de una circunstancia agravada que permita su determinación, a los fines de conceder la tutela cautelar.

Es así como, en las medidas cautelares innominadas, la doctrina científica ha reconocido la existencia de un peligro en la mora

San José, 1999, pp. 88-94; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2ª ed., 1998, pp. 28-29, en El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar, *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1254-1255 y también en La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. N° 4, San José, 2004, pp. 173-175.

agravado, que consiste en que mientras se tramita el proceso, una de las partes se pretenda aprovechar de esta situación, para causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho que reclama la otra, es decir, que el órgano jurisdiccional deberá considerar las actuaciones realizadas por la parte accionada, antes de la instauración del proceso y una vez iniciado éste, mientras no se haya emitido pronunciamiento sobre la tutela cautelar, con la finalidad de determinar el potencial daño o lesión que tal conducta puede producir, sobre el derecho del accionante y en consecuencia, conceder la tutela cautelar necesaria para hacer cesar la lesión o el daño, valga decir, no es el mero riesgo de que se haga infructuosa la ejecución de la sentencia, de precaver que pueda cumplirse una sentencia condenatoria, sino además, de cesar una aptitud desatendida, ilegal, ilegítima o ilícita de una parte que perjudica el derecho de la otra³⁶³.

5.3. La ponderación de los intereses en presencia

Teniendo en cuenta que la actividad administrativa de los órganos que ejercen el Poder Público, debe ajustarse al principio de legalidad y debe perseguir la satisfacción del interés general, en la doctrina científica algunos han sostenido sin que les falte razón, que cuando se plantea una pretensión cautelar, el órgano jurisdiccional debe realizar una ponderación de los intereses en presencia, valga decir, del interés general que tutela la Administración Pública y del interés individual del particular, que se puede ver afectado por la actividad o inactividad administrativa.

Según esto, se debe hacer una ponderación de los intereses concurrentes en el proceso, pero antagónicos en sus posiciones, para determinar si la concesión de la pretensión cautelar, en

³⁶³ ZOPPI, Pedro Alí, *Providencias Cautelares*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1988, p. 38.

beneficio de un interés individual, no va a afectar irracionalmente el interés general.

En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva³⁶⁴. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés individual, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino que debe hacerse valorando cada caso en concreto.

En tanto, otro sector de la doctrina científica, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el individual, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; en tanto, que si fallan o son débiles algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar³⁶⁵.

Es así como cabe hablar de la procedencia de la tutela cautelar, cuando se alegan y prueban, de manera ostensible, palmaria,

³⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

³⁶⁵ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, p. 1170; AGUADO I CUDOLA, Viçenc, La reciente evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, pp. 1694-1696.

patente, los presupuestos procesales de toda medida cautelar, en razón que ningún interés general puede ser manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y es éste el que reconoce y garantiza los derechos individuales o colectivos; en tanto, que será imposible conceder la tutela cautelar, cuando no se encuentran presentes de manera concurrente los mencionados presupuestos, pues ningún interés individual puede prevalecer sobre el general, sin exhibir una razonable apariencia de conformidad a Derecho y por ende de éxito en el proceso³⁶⁶.

VI. La evolución jurisprudencial de las medidas cautelares en el proceso administrativo

En el Derecho procesal administrativo venezolano, cada época ha tenido un tema que ocupa la atención de los operadores jurídicos y que la doctrina científica ha destacado a través de apasionantes trabajos que constituyen el testimonio de su tiempo. En esos escenarios, sin duda alguna que las medidas cautelares han ocupado un momento importante en la historia del proceso administrativo y en la década del noventa a finales del siglo XX, se produjo una feliz concurrencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica que condujo a que la misma se constituyese en la década de las medidas cautelares.

A ello contribuyeron una generación emergente de profesores que a través de la cátedra, conferencias, simposios, congresos, artículos y estudios libraron *la batalla por las medidas cautelares* -tomando prestado el conocido y afortunado título de la obra de García de Enterría- y lograron sensibilizar a los operadores jurídicos en general, sobre la necesidad del establecimiento de un adecuado sistema

³⁶⁶ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, 2ª ed., Caracas, 1998, pp. 28-29 y en *La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo*, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* N° 4, San José, 2004, pp. 162-163.

de medidas cautelares en el proceso administrativo que garantizase una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional. Sin duda alguna, que sin su colaboración no hubiese sido posible el giro copernicano que dio la jurisprudencia en materia de medidas cautelares³⁶⁷.

Las medidas cautelares se pueden plantear en los procesos administrativos que pretenden un pronunciamiento jurisdiccional declarativo, constitutivo o de condena en contra de la Administración Pública, lo que lleva a tener presente que más allá de las denominaciones jurídicas, lo fundamental es la posibilidad de exigir y obtener siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico, las medidas adecuadas, idóneas y necesarias para garantizar la protección de los derechos. Es la gestación de esta evolución jurisprudencial la que ocupará la penúltima parte de este trabajo.

Partiendo de las normas jurídicas analizadas anteriormente, los órganos jurisdiccionales han concedido las siguientes medidas cautelares:

1. Las medidas cautelares de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo (artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁶⁸. Ésta surgió como la medida cautelar por antonomasia en el proceso administrativo

³⁶⁷ En la generación de profesores que aparecieron en la década de los noventa del siglo XX –sumándose a los reconocidos catedráticos que les precedían en la materia de Derecho procesal administrativo como Allan R. BREWER-CARÍAS, Luís Henrique FARÍAS MATA, José ARAUJO JUÁREZ, Josefina CALCAÑO DE TELMELTAS, Cecilia SOSA GÓMEZ, Román José DUQUE CORREDOR, José Luis VILLEGAS MORENO- e influyeron en el desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela, se encuentran Luís ORTIZ, tanto con su trabajo *La protección cautelar en el Contencioso Administrativo*, Sherwood, Caracas, 1999, como con su propia revista (él fue su director-fundador), la *Revista de Derecho Administrativo* que se inició en 1997 y finalizó en 2005, la cual podría ser calificada como la revista de las medidas cautelares en el proceso administrativo y la responsabilidad del Estado, al estar relacionados la mayoría de los trabajos publicados con estas materias; junto a él, destacan entre otros, los profesores Rafael CHAVERO, Antonio CANOVA y María Elena TORO, todos de reconocida y estudiada obra jurídica en Venezuela.

³⁶⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 4 de diciembre de 1967.

y ha sido concedida en un sin número de casos a partir de 1967, habiendo sido analizada en los epígrafes anteriores del presente trabajo.

2. Las medidas cautelares de prohibición de enajenar y gravar dictadas contra la Administración Pública (artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁶⁹. Esta medida ha sido de capital importancia en los casos en los cuales los órganos y entes de la Administración Pública han procedido sin respetar las garantías procesales, al rescate de bienes inmuebles que habían vendido a particulares y que luego de efectuar la recuperación administrativa de la propiedad, han pretendido venderlos a terceras personas.
3. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos individuales de contenido negativo (artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). La decisión administrativa que rechaza la solicitud de otorgamiento de la pensión de retiro es un acto administrativo individual de contenido negativo, que no altera la situación anterior del solicitante, razón por la cual carece de sentido su suspensión, no obstante, habiéndose comprobado el cumplimiento de los presupuestos de las medidas cautelares el órgano jurisdiccional ha concedido de oficio, una medida cautelar positiva, de anticipo cautelar a los fines que se le pague mensualmente el monto de la pensión previsto en la ley, hasta que se resuelva el proceso administrativo. Sin embargo, deja a salvo el derecho de repetición de lo pagado indebidamente, en caso de que

³⁶⁹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 388, de 5 de agosto de 1993; sentencia 675, de 4 de agosto de 1994; sentencia 466, de 11 de julio de 1996; sentencia 48, de 22 de enero de 1998 y más recientemente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 18, de 10 de enero de 2007.

se declare la improcedencia de la pretensión de nulidad del acto denegatorio³⁷⁰. También se han dictado medidas cautelares positivas mediante las cuales se han regulado conductas, ordenándose la realización de una actuación determinada, como el cambio de las expresiones contenidas en las etiquetas que se colocaban en las botellas de una bebida alcohólica³⁷¹.

4. Las medidas cautelares suspensivas de ejecución contra los actos administrativos generales (artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷². Hace más de cincuenta años, cuando se concedió la primera medida cautelar de suspensión de la ejecución, ésta recayó sobre un acto administrativo individual y desde entonces se fue desarrollando la tutela cautelar frente a tales actuaciones administrativas, dejándose fuera de la protección cautelar los actos administrativos generales, lo que se traducía en la insusceptibilidad de la ejecución de éstos y en consecuencia, en su exclusión de la tutela judicial cautelar. Fue el desarrollo de ésta, lo que condujo a la aceptación de la pretensión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales.

³⁷⁰ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 567, de 12 de noviembre de 1992. Esta decisión pone de manifiesto como en Venezuela, la concesión de las medidas cautelares de pago anticipado de deudas surgió aproximadamente cuatro años y medio antes que el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas produjese el auto Antonissen, mediante el cual dispuso el pago anticipado de cantidades de dinero. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (*référé provision*). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997. (asunto Antonissen), *Revista de Administración Pública* N° 142, Madrid, 1997. pp. 225-246; y posteriormente, La justicia administrativa en el cambio de Siglo. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica, *Revista de Estudios de Derecho Público*. N° 1, Querétaro, 2002, pp. 171-174.

³⁷¹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 795, de 7 de noviembre de 1995.

³⁷² Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 92, de 12 de mayo de 1992; sentencia 124, de 2 de abril de 1997.

5. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos generales (artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷³. Una vez admitida en un primer momento la concesión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales, se había llegado a solo un paso para la concesión de medidas cautelares positivas contra dichos actos. Ello se produjo mediante la concesión de medidas cautelares de regulación de un proceso electoral, -a las cuales se hará referencia más adelante-, o de la prohibición de la designación de los cargos ocupados por jueces provisorios, mientras se discutía si la convocatoria del concurso de oposición era conforme a Derecho.
6. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷⁴. Con fundamento en esta disposición, el órgano jurisdiccional administrativo ha resuelto conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo individual de la Comisión Nacional de Valores que había calificado como acciones en tesorería, un grupo de acciones poseídas por varias empresas relacionadas con una institución bancaria, estableciendo en consecuencia “la prohibición de formar parte del quórum en las asambleas de accionistas de

³⁷³ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 35, de 15 de febrero de 1993; sentencia 803, de 15 de noviembre de 1995; sentencia 819, de 21 de noviembre de 1995; sentencia 978, de 15 de diciembre de 1995 y sentencia 223, de 28 de marzo de 1996.

³⁷⁴ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 2, de 20 de enero de 2000; sentencia 156, de 24 de marzo de 2000.

dicha institución bancaria y a la votación en las mismas asambleas”, a las empresas titulares de dichas acciones. La razón que justifica la concesión de la medida cautelar suspensiva de amparo constitucional es proteger la presunta violación del derecho de propiedad sobre las acciones de los recurrentes.

7. Las medidas cautelares positivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷⁵. El órgano jurisdiccional administrativo ha reinterpretedado la redacción literal de la norma, en pro del derecho a la tutela judicial efectiva y conforme a ello con la finalidad de proteger derechos fundamentales ha otorgado medidas cautelares de anticipo cautelar ordenando el pago de sumas de dinero, que habían sido negadas por los actos administrativos de la Administración Pública, que han sido considerados *prima facie* presuntamente contrarios al ordenamiento jurídico.
8. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷⁶.

³⁷⁵ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 439, de 6 de octubre de 1992; sentencia 507, de 15 de octubre de 1992; sentencia 569, de 19 de noviembre de 1992; sentencia 102, de 11 de marzo de 1993; sentencia 123, de 25 de marzo de 1993.

³⁷⁶ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991.

9. Las medidas cautelares positivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷⁷. Conforme a esta norma el órgano jurisdiccional administrativo ha des-aplicado por considerar presuntamente inconstitucional el estatuto de personal del Banco Central de Venezuela y ha dictado una medida cautelar positiva, a través de la cual dispuso efectuar el cómputo de los años trabajados por la recurrente en los distintos órganos de la Administración Pública y que se procediese a calcular y pagar las sumas de dinero reclamadas por concepto de prestaciones, como consecuencia de la finalización de la relación funcional. Ello sin perjuicio del derecho a repetición de lo pagado indebidamente, en caso que la pretensión de nulidad fuese rechazada en la sentencia definitiva.
10. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza funcional (artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷⁸. Quizás uno de los aportes más novedosos de la jurisprudencia fue la concesión de las denominadas medidas cautelares calificadas en su momento de innominadas, en los procesos donde se formulaban pretensiones de reclamación de derechos de los funcionarios públicos. Es así como frente al criterio tradicional respecto a la improcedencia de las medidas cautelares en estos procesos porque ello impli-

³⁷⁷ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 737, de 19 de octubre de 1995.

³⁷⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 400, de 20 de junio de 1996.

caría conceder cautelarmente lo que era objeto de debate de fondo, surgieron un conjunto de decisiones favorables a la concesión de medidas cautelares en los procesos funcionariales. Uno de esos casos condujo a conceder una medida cautelar positiva de regulación, en virtud de la cual se le ordenó a la Administración Pública que actuase de una manera determinada, mediante la designación en un cargo de igual o similar rango a aquél que le correspondía a la recurrente en la carrera diplomática, dentro del plazo de 8 días siguientes a la publicación de la sentencia.

11. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral (artículos 185 y 187 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)³⁷⁹. En aplicación y ejecución de estas medidas cautelares, también se ha ordenado la suspensión de la convocatoria y realización de procedimientos administrativos electorales.
12. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral (artículos 185 y 187 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)³⁸⁰. En estos procesos se concedieron por primera vez medidas cautelares contra actos administrativos generales, de oficio, disponiendo la suspensión de la convocatoria de elecciones de gobernadores en dos estados, lo que en sí mismo constituyó una auténtica novedad en el Derecho procesal administrativo. Además también se concedió por primera vez, una medida cautelar de regulación, en virtud de la cual

³⁷⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral, sentencia 155, de 29 de octubre de 2001; sentencia 62, de 14 de junio de 2005; sentencia 147, de 11 de noviembre de 2009.

³⁸⁰ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 35, de 15 de febrero de 1993.

se dispuso que reasumieran los cargos de gobernadores, quienes los habían ejercido con anterioridad -lo que suponía actuar en funciones, por mandato cautelar-, hasta tanto se resolviese respecto a la procedencia o no la pretensión de nulidad de la convocatoria de elecciones.

13. Las medidas cautelares en los procesos administrativos en los cuales se encuentran presentes derechos e intereses colectivos y difusos, -similares a las conocidas en el derecho comparado como *class actions*- (artículo 163 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)³⁸¹. Entre las particularidades del sistema procesal en Venezuela, se ha creado una categoría de proceso por audiencias para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos contra los órganos que ejercen el Poder Público, que se tramita en única instancia, ante el Tribunal Supremo de Justicia³⁸². Es conforme a este proceso que el órgano jurisdiccional ha concedido las medidas cautelares para ordenar el cese de “las vías de hecho, actuaciones materiales, medidas de fuerza, perturbaciones y amenazas que han venido realizando, así como la paralización de cualquier obra o proyecto que se pretenda realizar... (omissis) ...”. Además ha ordenado que la Administración Pública se abstenga “de dictar cualquier acto administrativo que de manera directa o indirecta lleve implícito la alteración del equilibrio ambiental y ecológico de la referida zona...”.
14. Las medidas cautelares suspensivas en materia de libre competencia (artículos 38 y 54 de la Ley para la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia³⁸³).

³⁸¹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 536, de 14 de abril de 2005.

³⁸² Artículos 146 al 166 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

³⁸³ Este texto fue derogado por el Decreto-Ley Antimonopolio, de 13 de noviembre de 2014.

Corresponde advertir que en materia de libre competencia existían dos categorías de procedimientos administrativos: Los autorizatorios, en los cuales se producían actos administrativos cuya protección cautelar en sede jurisdiccional siempre estuvo sometida al cumplimiento de las exigencias de todas las medidas cautelares; y los de prácticas prohibidas, cuya decisión podía ser objeto de la fijación del monto por la autoridad administrativa, para que luego el interesado procediese al otorgamiento de una caución en sede judicial, con el objeto de permitir la suspensión “automática” de la ejecución del acto administrativo³⁸⁴. Sin embargo, luego de la impugnación de las disposiciones legales correspondientes (artículos 38 y 54 de la Ley citada) por considerar que habilitaban a la autoridad administrativa a inmiscuirse en el ejercicio de la potestad cautelar, que es exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional e insita a la de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado, se cambió la manera de aplicar tales disposiciones porque el Tribunal Supremo de Justicia señaló, que el establecimiento del monto de la caución realizado por la autoridad administrativa constituye una mera referencia o parámetro de carácter técnico, no vinculante para el órgano jurisdiccional, pero que puede servir para obtener la suspensión de la ejecución, sin tener que alegar y probar los presupuestos de todas las medidas cautelares, siempre que el interesado opte por constituir la caución. No obstante, el órgano jurisdiccional no se encuentra limitado en su potestad jurisdiccional, pues puede apartarse de tal referencia técnica y proceder el mismo a

³⁸⁴ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de mayo de 1997.

establecer el monto que considere proporcional y adecuado al objeto del proceso administrativo³⁸⁵.

15. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de telecomunicaciones (Disposición final décima quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)³⁸⁶. Aquí se ha pasado de la suspensión automática de la ejecución de los actos administrativos sancionatorios que imponían multas, -no así el resto de los actos administrativos sancionatorios-, hacia la tesis según la cual todos los actos administrativos que dictasen las autoridades administrativas del sector de las telecomunicaciones con independencia que sean sancionatorios o no, únicamente serían amparados por la protección cautelar si se alegan y prueban los extremos exigidos para todas las medidas cautelares en el proceso administrativo, para concluir finalmente volviendo a la suspensión automática de la ejecución, únicamente de los actos administrativos sancionatorios que imponen multas.

³⁸⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002; ratificada por la Sala en la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

³⁸⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad la Disposición final décima quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al considerar que contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución y en su lugar dispuso que en la pretensión cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia Sala en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005; en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y más recientemente en la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006, abandonando así la posición asumida en la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de este asunto, en virtud de la competencia de revisión de sentencias definitivamente firmes en que se haya aplicado el control difuso de constitucionalidad de una norma, previsto en el artículo 25.12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006 y en consecuencia ha reconocido que los particulares que recurran los actos administrativos sancionatorios que imponen multas pueden obtener la suspensión de la ejecución, simplemente con efectuar la pretensión de suspensión, al momento de interponer su recurso contencioso administrativo de anulación contra la misma. Esta última posición ha sido ratificada por la propia Sala Constitucional en la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

16. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de protección del consumidor y el usuario³⁸⁷ (artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario³⁸⁸). En esta materia que la autoridad administrativa tiene un amplio catálogo de sanciones que puede imponer al infractor, únicamente se excluye de la posibilidad de ejecución inmediata la sanción de multa, siempre que hubiese sido recurrida, momento a partir del cual no se puede exigir su cumplimiento hasta que no se produzca la decisión sobre la pretensión de impugnación formulada. Se trata de una variante de suspensión “automática”, porque no se requiere de solicitud cautelar alguna al órgano jurisdiccional y tampoco se requiere que éste emita pronunciamiento alguno, la suspensión de la ejecución de la multa opera de pleno derecho, por la simple interposición de la pretensión.
17. Las medidas cautelares positivas y negativas adoptadas para proteger la inamovilidad por fuero maternal³⁸⁹ o fuero paternal³⁹⁰ de los funcionarios públicos (artículos 103 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Esta protección comprende el período que va desde el inicio del embarazo, hasta los dos años después del parto. En ambos casos se concedió la medida cautelar, haciendo cesar las actuaciones constitutivas de violación de los derechos fundamentales y reponiendo a los afectados

³⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 368, de 18 de marzo de 2009.

³⁸⁸ Esta Ley se encuentra derogada y actualmente la materia se regula por el Decreto-Ley Orgánica de Precios Justos, de 12 de noviembre de 2015.

³⁸⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 708, de 26 de mayo de 2011.

³⁹⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 323, de 18 de abril de 2012.

en sus respectivos cargos, mientras se produce la sentencia definitiva.

18. Por último, se tiene la ejecución judicial forzosa de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución ordinaria³⁹¹ o de suspensiones formuladas a través de la pretensión de amparo cautelar³⁹², en el proceso administrativo contra los actos administrativos individuales de contenido positivo, así como de pretensión de las medidas cautelares³⁹³, en el proceso contra los actos administrativos generales de contenido positivo (artículos 26, 131 y 253 de la Constitución). Este escenario ha servido para la construcción de la teoría de la reedición, repetición o reproducción del acto administrativo que ha sido objeto de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional dentro del proceso administrativo y que estando pendiente de decisión, es reproducido o reeditado por la misma autoridad administrativa, teniendo como sujetos destinatarios a las mismas personas y que guardando identidad de contenido, aun cuando cambiando los datos formales de identificación como el número de secuencia en la emisión, la fecha de emisión, persigue dejar sin efecto la decisión cautelar recaída sobre el acto administrativo original.

En tales casos, la jurisprudencia siguiendo la experiencia del derecho comparado, ha reconocido la existencia del acto administrativo reeditado, reproducido o repetido, señalando que el mismo se produce cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que el acto administrativo reproducido contenga en esencia la

³⁹¹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 629, de 22 de noviembre de 1990, ejecutada mediante sentencia 57 de marzo de 1993.

³⁹² Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 206, de 8 de febrero de 2002, ejecutada mediante sentencia 368, de 27 de febrero de 2002.

³⁹³ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 256, de 16 de marzo de 2005, ejecutada mediante sentencia 1058, de 2 de junio de 2005.

disposición o disposiciones originalmente suspendidas; b) Que no hubieren desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión; c) Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma autoridad administrativa que dictó el acto cautelarmente suspendido; d) Que quien solicite la suspensión del acto repetido sea parte en el proceso pendiente; e) Que en el proceso en el cual se concedió la medida cautelar de suspensión, no se hubiese dictado sentencia definitiva.

Una vez que el órgano jurisdiccional administrativo verifica tales circunstancias, ha procedido a reconocer una desviación de poder a través de la reedición del acto administrativo y a concluir que la pretensión procesal inicialmente planteada contra el acto originalmente recurrido, también se dirige contra el acto administrativo repetido, aún cuando éste haya sido reproducido con posterioridad, así como que la concesión de la medida cautelar contra el acto original, se extiende hasta el acto reeditado por la autoridad administrativa.

En esencia, éstos constituyen los grandes avances de la jurisprudencia en materia de medidas cautelares, toca ahora establecer cuáles son los retos y desafíos que deben enfrentar los operadores jurídicos en la progresiva construcción de la institución cautelar en el proceso administrativo.

Consideraciones Finales

En los cincuenta años de historia que tienen las medidas cautelares se han efectuado importantes avances, que van desde la inexistencia de la posibilidad de pretender la concesión de medidas cautelares en el proceso administrativo, pasando por la conquista de la suspensión de la ejecución en un primer momento, hasta llegar a la concesión de toda clase de medidas cautelares idóneas y necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

Estando sentados desde la propia Constitución los cimientos del proceso administrativo³⁹⁴ y teniendo pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico el derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos es la tutela judicial cautelar, en la hora actual del Derecho procesal administrativo en Venezuela, el debate académico debe orientarse a precisar los cuatro supuestos de responsabilidad que pueden surgir con motivo de la pretensión de tutela cautelar:

1. La responsabilidad del solicitante que abusando de su derecho, plantea la pretensión de medidas cautelares: Ésta se produce cuando se efectúa una pretensión conforme al ordenamiento jurídico, pero el interesado lo realiza actuando con falta de probidad y ética procesal o con mala fe, para lograr una situación ventajosa en el proceso, más allá de la búsqueda del reconocimiento del derecho que reclama y que espera le sea reconocido en la sentencia que resuelva el mérito del proceso.
2. La responsabilidad del funcionario que obstaculiza la ejecución de las medidas cautelares: No es infrecuente que los funcionarios administrativos, dilaten el cumplimiento de las medidas cautelares, se valgan de tecnicismos, produzcan actos cuyo objeto sea dejar sin efecto ilegalmente las medidas que obran en contra de la Administración Pública o simplemente ignoren los mandamientos cautelares, lo que constituye una flagrante y censurable violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que genera la responsabilidad personal del funcionario que así actúa. Tal responsabilidad podrá ser de carácter civil (por ocasionar daños

³⁹⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo, *El Derecho Público a los cien primeros números de la Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 905-930; también publicada en *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp. 265-298.

y perjuicios al beneficiario de la medida y frustrar la tutela judicial efectiva), penal (por el delito de desacato de las decisiones judiciales), administrativa (por los daños patrimoniales que su actuación le produzca a la Administración Pública donde desempeña sus funciones) y disciplinaria (que pueden conllevar incluso a la sanción de destitución e inhabilitación del ejercicio de la función pública).

3. La responsabilidad del juez que concede o niega indebidamente las medidas cautelares: La responsabilidad personal de los jueces puede surgir producto de un error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de normas procesales, por denegación de justicia, por parcialidad en la función jurisdiccional, por delitos de cohecho o prevaricación en que puedan incurrir al momento de resolver una pretensión cautelar. Esta responsabilidad podrá manifestarse de manera similar que con los funcionarios públicos administrativos.
4. La responsabilidad del Estado: Se menciona de última, pero no por ello menos importante, la responsabilidad del Estado, que se puede derivar de la función jurisdiccional o de la función administrativa. En el primer caso, surge la responsabilidad cuando por actuación u omisión de los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando como consecuencia de un error judicial, un retardo en el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar o una omisión injustificada, una de las partes experimenta un daño en su esfera jurídica que deberá ser reparado o restablecido. En el segundo caso, la responsabilidad será consecuencia de todas aquellas actuaciones u omisiones en que incurra la Administración Pública llamada a cumplir las medidas cautelares o incluso otra autoridad administrativa que de

alguna manera colabore, coopere o intervenga para eludir el cumplimiento de la decisión cautelar, mediante simple omisiones, a través de actuaciones materiales o mediante actos administrativos expresos.

De allí que este breve recuento histórico constituya apenas un punto de partida hacia los nuevos senderos que deben transitar las medidas cautelares, teniendo presente lo que se tiene, lo que ha costado lograrlo, lo que se debe hacer para conservarlo y lo que hay que realizar para mejorarlo.

Las medidas cautelares han contribuido notablemente a que los justiciables tengan fe en lograr la Justicia, a pesar del naturalmente lento proceso administrativo, pero el reto que corresponde a los operadores jurídicos para mantener viva dicha fe, consiste en el necesario perfeccionamiento del sistema cautelar en la futura reforma del orden jurisdiccional administrativo, el cual debe avivar en éstos la esperanza que la formulación de las pretensiones cautelares y su concesión por los órganos jurisdiccionales, constituyen la garantía de alcanzar una auténtica Justicia material en el proceso administrativo.

Este trabajo pretende constituir un testimonio académico de lo ocurrido en medio siglo de medidas cautelares en el proceso administrativo, para que cuando se recupere la democracia y se restablezca el Estado Constitucional, los operadores jurídicos que deban contribuir a la reconstrucción institucional, puedan contar con un punto de partida al conocer los progresos alcanzados en el derecho procesal administrativo venezolano.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

RAFAEL BADELL MADRID

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Monteávila.

Sumario:

La justicia constitucional es consecuencia del establecimiento del estado constitucional de derecho. Tiene como fin hacer prevalecer los principios, valores y normas de la Constitución ante las amenazas y violaciones de los actos estatales, incluyendo las leyes. Su misión es la de garantizar el derecho ciudadano a la supremacía constitucional. Esta justicia constitucional tiene su punto de partida en la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: *Marbury vs Madison*, (1803) y luego en la formulación teórica de Kelsen (1928). Una noción más amplia del tema se estudia con la denominación “derecho procesal constitucional” para significar esta disciplina científica integrada por jurisdicción constitucional, procesos constitucionales y magistratura constitucional. Dentro de la materia, los poderes de juez son de especial significación.

Abstract:

Constitutional Justice is the consequence of the establishment of the rule of law. Constitutional Justice is an expression of the assurance and protection of constitutional supremacy. Its purpose is to have the principles, values, and rules of the Constitution prevail over threats and violations through Acts of State, including laws.

This Constitutional justice begins with the U.S. Supreme Court's decision in *Marbury vs Madison*, (1803), and continues with Kelsen's theory (1928). A broader notion of the matter is studied under the name of "Constitutional Procedural Law" meaning that this scientific discipline encompasses constitutional jurisdiction, constitutional procedures, and constitutional judges and courts. Within the subject, the powers of the Judge are especially significant.

Palabras clave: Justicia constitucional, supremacía constitucional, estado de derecho, garantía constitucional, derecho procesal constitucional, separación de poderes, límites a la actuación del juez constitucional.

Key words: Constitutional justice, constitutional supremacy, rule of law, constitutional procedural Law, separation of powers, limits to the powers of the Judge.

1. Justicia constitucional

El origen y desarrollo de este tema "Justicia Constitucional" es relativamente reciente en las ciencias jurídicas. La justicia constitucional encuentra su explicación en la idea de un ordenamiento jurídico superior -higher law- que está por encima de los otros. Podemos decir que tiene su punto de partida en la muy conocida decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: *Marbury vs Madison*, del Juez Marshall de 1803, que reconoce que los jueces son defensores de la supremacía constitucional y los lleva a reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a los intentos que en otro sentido lleva a cabo el Congreso³⁹⁵.

³⁹⁵ Ello, con fundamento en las ideas de Hamilton plasmadas en el famoso periódico *The Federalist*, dado que la Constitución limita a los poderes del Estado, y en especial, a la autoridad legislativa, esas limitaciones deben ser preservadas por los Tribunales de Justicia, los cuales tienen el deber de declarar la nulidad de todos los actos que sean contrarios a la Constitución. "De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares, equivaldrían a nada". V., *The Federalist* (Cambridge, ed. B.F. Wright, 1961), 491-493. Cit. en Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XII, *Justicia*

En concreto la expresión “Justicia Constitucional” nació de la formulación teórica de Kelsen a principios del siglo XX, quien en 1928 publicó su ensayo denominado “*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution*” (*La justice constitutionnelle*), y quien se refirió a la concentración en un solo tribunal de la jurisdicción de control de la constitucionalidad, para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y para ser el máximo y último intérprete de la Constitución, a modo de velar por su uniforme interpretación y aplicación. La expresión fue adoptada por los países Europeos, identificándose desde entonces como el sistema europeo de justicia constitucional.

La justicia constitucional es posible cuando existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, y además: cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema³⁹⁶.

Esta justicia constitucional, definida por Brewer-Carías como la posibilidad de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, deriva de la idea de la Constitución como norma fundamental y suprema, la cual debe prevalecer sobre toda otra norma o acto estatal³⁹⁷, y tuvo su fundamento, por una parte,

constitucional y jurisdicción constitucional, (Caracas: Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017), 32.

³⁹⁶ *Ibíd.*, 27-28.

³⁹⁷ *Ibíd.*, 24.

en el principio de la supremacía constitucional; y por la otra, en la garantía judicial de dicha supremacía³⁹⁸. La justicia constitucional responde a la necesidad de convertir a la Constitución en garantía a los ciudadanos, derecho a la Constitución, que sólo puede serlo si se articula un sistema (justicia constitucional) para su protección y para asegurar que tanto ciudadanos como los órganos del poder público ajustarán el ejercicio de sus derechos y atribuciones al contenido de esas normas supremas. Es decir que existe una verdadera tutela de la supremacía constitucional desde que los ciudadanos tienen derecho a esa supremacía constitucional.

Esa consideración ha hecho que la justicia constitucional haya tenido un desarrollo enorme y se haya convertido, sin duda, junto con la separación de poderes y el régimen de libertades civiles, sociales, políticas y económicas, en un rasgo identificador del régimen democrático y del estado de derecho.

La expresión “justicia constitucional” se refiere a un aspecto material y a uno formal. La justicia constitucional, en su doble vertiente, supone el deber-poder de los jueces o de ciertos órganos, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, de controlar la constitucionalidad de todos actos estatales, mediante su declaratoria de nulidad cuando sean contrarios a la Constitución.

En su consideración material o sustantiva, justicia constitucional alude al control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales en obsequio del derecho ciudadano de supremacía constitucional. La justicia constitucional atañe a la aplicación judicial de la Constitución que hacen todos los jueces y tribunales,

³⁹⁸ “Y efectivamente, la supremacía de la Constitución sería imperfecta e inoperante desde el punto de vista jurídico, si no se establecieran las necesarias garantías que la protejan frente a los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier ruptura del ordenamiento constitucional, es decir, los medios para protegerla tanto en su parte orgánica, incluyendo los procesos y procedimientos constitucionales; como en la dogmática que se refiere a los derechos fundamentales” Cfr. Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XII, 55.

consecuencia de considerar a la Constitución como norma fundamental y suprema, con carácter normativo y no programático. Es la denominada tutela de la supremacía constitucional.

En este mismo aspecto material o sustantivo se incluye el estudio de los medios procesales -medios de impugnación o contenciosos procesales- establecidos o tasados en la Constitución y que permiten el control de la constitucionalidad de las leyes y, en general, la defensa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución. Cada uno de esos procesos, típicos o atípicos, tiene su regulación y pretensión específica.

En su aspecto formal, la justicia constitucional incluye la “jurisdicción constitucional”, es decir el órgano específico, ubicado dentro o no del poder judicial, pero sí, y de forma indispensable, autónomo e independiente, que actuando sometido a derecho y en instancia única, tiene en forma exclusiva y monopólica la potestad de anular, por razones de inconstitucionalidad, las leyes y demás actos con rango de ley o que se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución que sea contrarios a ella.

Sobre este interesante tema -así como sobre tantos otros del derecho constitucional y del derecho público- el Dr. Allan Brewer-Carías, a quien rendimos justo y merecido homenaje en estas Jornadas, ha realizado un valioso y extenso desarrollo doctrinario que ha resultado compilado y sistematizado, con el orden, claridad y profundidad que caracteriza a Brewer-Carías, en su extraordinario “Tratado de Derecho Constitucional”, que en dieciséis tomos se refiere a la vida constitucional de Venezuela, y que incluye la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional -tomo XII-, la práctica y distorsión de la justicia constitucional -tomo XIII-, y el juez legislador y la patología de la justicia constitucional -tomo XIV-.

2. Derecho procesal constitucional

La expresión “justicia constitucional” ha sido complementada, producto del desarrollo doctrinario, por una que parece adecuarse más a su real contenido: “derecho procesal constitucional”. Ha habido intensos debates en cuanto a su denominación (justicia constitucional, jurisdicción constitucional, control de la constitucionalidad, defensa de la Constitución, etc.), sin embargo existe una tendencia, que se ha venido acrecentando en los últimos años, en denominarla derecho procesal constitucional³⁹⁹.

En Iberoamérica se estudia el tema bajo esta denominación: “derecho procesal constitucional”⁴⁰⁰, en gran medida en virtud de los aportes de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo (1944), Couture (1946-1948), Piero Calamandrei (1950-1956), Mauro Cappelletti (1955) y Héctor Fix-Zamudio (1955-1956), quienes otorgaron configuración científica a este “derecho procesal constitucional”⁴⁰¹. Todo esto muy bien difundido por Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

³⁹⁹ María M. Elizondo Gasperín, “Derecho procesal constitucional”, en *Cuadernos procesales*, (año 4, N° 8) 2008.

⁴⁰⁰ Eduardo, Ferrer Mac-Gregor, “El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006). En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/8.pdf>

⁴⁰¹ Ferrer Mac-Gregor divide en cuatro etapas el desarrollo sistemático del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma procesal: “1) Precursora (1928-1942). Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio KELSEN publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaco y norteamericano (1942) que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica. 2) Descubrimiento procesal (1944-1947). El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina, al titular su obra *Estudios de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)* en 1944; y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del Derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945). Y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, en 1947. 3) Desarrollo dogmático

En efecto, la expresión es empleada por primera vez por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁴⁰² en sus clásicas obras “Ensayos de Derecho Procesal Civil Penal y Constitucional” (1944) y “Proceso, Autocomposición y Autodefensa” (1947), para sistematizar las instituciones y principios jurídicos procesales relacionados con las garantías de la Constitución⁴⁰³.

Luego fueron estudiadas y expuestas las garantías constitucionales del proceso por Couture (en los años 1946 y 1948), así como la jurisdicción constitucional y los instrumentos procesales

procesal (1946-1955). Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955). COUTURE inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión «garantía» como sinónimo de Derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. CALAMANDREI estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. CAPPELLETTI agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina «jurisdicción constitucional de la libertad», que con el paso del tiempo se ha aceptado, y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal. 4) Definición conceptual y sistemática (1955 - 1956). El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956)”. Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de la nación, México, 2003.

⁴⁰² Niceto Alcalá Zamora y Castillo, “El insigne jurista español nació el 2 de octubre de 1906. Hijo de Niceto Alcalá-Zamora y Torres, intelectual, jurista y último presidente de la II República española. Durante el largo exilio político de Alcalá-Zamora y Castillo, primero en Argentina (1942-1946) y luego en México (1946- 1976) se convierte en uno de los principales procesalistas iberoamericanos”. Entre sus más destacadas obras se mencionan: “Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)”, publicada en Buenos Aires en el año 1944; “Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)”, en 1947; y “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, Madrid, 1975. Vid. en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Prólogo a la Edición Mexicana de *La prueba en los procesos constitucionales*, por Ana Giacomette Ferrer (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2014), 51-52.

⁴⁰³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El Derecho Procesal Constitucional*, 84.

de control por Piero Calamandrei y por Mauro Cappelletti (en 1955)⁴⁰⁴. Estos dos últimos autores analizaron por una parte (Calamandrei) el fenómeno de la jurisdicción constitucional desde el procesalismo científico, clasificando y caracterizando los sistemas de justicia constitucional y los efectos de las sentencias constitucionales; y por la otra, (Cappelletti) agrupando el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina “jurisdicción constitucional de la libertad”, y además desarrollando su teoría en el ámbito supranacional⁴⁰⁵.

Con posterioridad, la noción de derecho procesal constitucional comenzó a adquirir el carácter de verdadera disciplina científica, a partir de la publicación de los primeros ensayos de Héctor Fix-Zamudio en 1956, que partieron de “los principios del procesalismo científico, a la luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la Constitución”⁴⁰⁶. Los aportes teóricos de Fix-Zamudio se basaron en el análisis del juicio de amparo mexicano bajo una perspectiva procesal, destacando que se trataba de una institución de naturaleza y estructura esencialmente procesal; y en ese sentido, como un auténtico proceso jurisdiccional y no sólo como una figura exclusivamente constitucional⁴⁰⁷.

Dadas sus innovadoras consideraciones, se reconoce en Fix Zamudio la reivindicación procesal del juicio de amparo, al introducir en su estudio los conceptos y los principios fundamentales que ofrece la ciencia procesal contemporánea, así como al estudio sistemático de las demás garantías constitucionales, es

⁴⁰⁴ *Ibíd.*

⁴⁰⁵ *Ibíd.*

⁴⁰⁶ Eduardo, Ferrer Mac-Gregor, “El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma”, 124.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*

decir, los instrumentos predominantemente procesales para la defensa de la Constitución⁴⁰⁸.

El derecho procesal constitucional, como disciplina científica, tiene su propia doctrina, legislación y jurisprudencia, y está integrado por tres componentes: la jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional.

Podemos concretar nuestra definición del derecho procesal constitucional como el conjunto de principios y normas, sustantivas y adjetivas, necesarias para dar eficacia real a la supremacía constitucional, cuando surja un conflicto por la violación de la Constitución. Comprende el estudio de las instituciones, los medios de impugnación, los procesos y los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con objeto de reparar las violaciones constitucionales.

No vamos a confundir “derecho procesal constitucional”, que corresponde a una rama autónoma del derecho procesal, referida al estudio de los órganos jurisdiccionales y de los medios de impugnación establecidos en la Constitución para hacer efectiva su vigencia con el “derecho constitucional procesal”, cuyo estudio se encuentra en el ámbito del derecho constitucional, y comprende los principios, valores y preceptos que, consagrados en la Constitución, rigen todos los procesos llevados ante los órganos judiciales, en materia civil, penal, administrativa, laboral, entre otros⁴⁰⁹.

En efecto, el derecho constitucional procesal examina las instituciones procesales previstas en la Constitución: jurisdicción, garantías judiciales y garantías de las partes. Sabemos que

⁴⁰⁸ *Ibídem.*

⁴⁰⁹ El derecho constitucional procesal, examina las instituciones procesales previstas en la Constitución: jurisdicción, garantías judiciales y garantías de las partes. Esto debido a que las Constituciones modernas han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a las instituciones de derecho procesal.

las constituciones modernas han elevado a la jerarquía de normas fundamentales las instituciones del derecho procesal. En el caso de Venezuela, la Constitución consagra en sus artículos 26, 27, 49, 257, 258, 259, 260, 261, entre otros, los principios y garantías irrenunciables de todos los procesos y procedimientos.

En primer lugar, el artículo 26 establece el derecho general de acceder a los órganos de administración de justicia con el fin de hacer valer los derechos e intereses, tanto particulares como los colectivos o difusos, a lograr su tutela de forma efectiva y a obtener de manera rápida y adecuada la decisión solicitada a los tribunales.

Igualmente el mismo artículo 26 dispone los principios que el Estado venezolano debe garantizar: una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

El artículo 27 Constitucional se refiere al derecho al amparo, que si bien forma parte del derecho procesal constitucional por ser un mecanismo de control de la constitucionalidad, se incluye igualmente en el derecho constitucional procesal, desde que la propia Constitución determina un procedimiento que puede ser interpuesto ante cualquier tribunal de cualquier jurisdicción (civil, penal, administrativa, laboral, entre otras), y que además exige que sea oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, con el fin de garantizar la protección del goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

De otra parte, uno de los artículos más importantes, por lo que se refiere al derecho constitucional procesal, es el artículo 49 de la Constitución que establece principios fundamentales a observar en todo procedimiento o proceso de todas las actuaciones judiciales o administrativas, tales como el principio de legalidad penal y administrativo, el derecho inviolable a la defensa y la asistencia jurídica,

la libertad de acceso a la prueba, el principio de doble instancia, el principio de presunción de inocencia, el derecho al juez natural, principio de cosa juzgada, el principio de responsabilidad por error judicial, retardo u omisión injustificada, entre otros.

El artículo 257 de la Constitución determina el proceso judicial como el instrumento fundamental para la realización de la justicia y así mismo establece que las leyes que lo rigen deberán por ello tender a la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. Establece por último el artículo 257 el principio según el cual no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

El artículo 258 de la Constitución se refiere a la justicia de paz, como parte integrante de la jurisdicción, junto con los medios alternativos de resolución de conflictos (el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios que se correspondan con dicho calificativo) y el artículo 259 consagra la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por su último, el artículo 261 de la Constitución regula lo fundamental de la jurisdicción penal militar como parte integrante del Poder Judicial, al determinar que su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. Asimismo delimita la competencia de los tribunales militares a los delitos de naturaleza militar, excluyendo los delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, los cuales -determina el propio artículo 261 de la Constitución- sólo podrán ser juzgados por los tribunales ordinarios.

3. Control de constitucionalidad en la Constitución de 1999

En Venezuela existe un sistema mixto de control de la constitucionalidad, ejercido tanto por la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia (creada por la Constitución de 1999), la cual monopoliza el poder de anulación de normas (control concentrado), como por cualquier tribunal de la República con facultad para desaplicar dichas normas para el caso concreto que conozca (control difuso). En consecuencia, en el modelo venezolano, todos los jueces pueden desaplicar (como en el modelo difuso), pero a la vez existe un órgano (la Sala Constitucional) competente para anular normas por vía de acción directa y abstracta (como en el modelo concentrado)⁴¹⁰.

Además el ordenamiento constitucional y legal venezolano otorga a la Sala Constitucional, como órgano de la jurisdicción constitucional, la competencia para conocer de otras modalidades, medios atípicos, del control de la constitucionalidad dirigidos a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y su uniforme interpretación y aplicación, estos son:

- a) El control previo sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y de la constitucionalidad y el carácter orgánico de las leyes antes de su promulgación, establecido en el artículo 336, numeral 5 de la Constitución, artículos 214 y 203 *eiusdem*, respectivamente; y en el artículo 25, numerales 5, 15 y 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)⁴¹¹.

⁴¹⁰ En la Europa continental la mayoría de los países optaron por un modelo de control concentrado, contando con un tribunal -por lo general llamado Tribunal Constitucional- que tiene el monopolio de la anulación de las normas; por ello, se impide no sólo la anulación sino la mera desaplicación de normas por el resto de los jueces. Es decir, el juez no puede declarar, ni siquiera para desaplicar, la inconstitucionalidad de la norma; tan sólo puede considerar que esa inconstitucionalidad existe (caso alemán), tener duda al respecto (caso español) o estimar que la inconstitucionalidad planteada en el juicio no está desprovista de posible fundamento (caso italiano); de ser así el asunto pasa a manos del único órgano que puede pronunciarse: el Tribunal Constitucional. Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 12 de abril de 2004.

⁴¹¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 del 29 de julio de 2010, y reimpressa en la Gaceta Oficial N° 39.483 del 09 de agosto de 2010 y posteriormente en la Gaceta Oficial N° 39.522 del 1 de octubre de 2010.

- b) La resolución de conflictos de leyes y la solución de conflictos entre los órganos del poder público, establecido en los numerales 8 y 9, respectivamente, del artículo 336 de la Constitución y en el artículo 25 de la LOTSJ.
- c) El control sobre las omisiones legislativas del poder legislativo municipal, el de los Estados y el nacional, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección, establecido en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución y en el artículo 25, numeral 7, de la LOTSJ.
- d) El control, mediante revisión constitucional, de las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, establecido en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución y artículo 25, numeral 12 de la LOTSJ⁴¹².
- e) El recurso autónomo de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional, no consagrado en el texto constitucional, sino establecido indebidamente en el artículo 25, numeral 17 de la LOTSJ, después que fue creado jurisprudencial por la propia Sala Constitucional.

⁴¹² Este recurso de revisión constitucional, cabe destacar, fue ampliado expresamente por el artículo 25 de la LOTSJ, el cual establece con amplitud, además, la facultad extraordinaria de la Sala Constitucional de revisar: (a) las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales (artículo 25.10 LOTSJ); (b) las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales (artículo 25.11 LOTSJ); y, (c) las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República (artículo 25.12 LOTSJ).

- f) El avocamiento en las causas en las que se presume violación al orden público constitucional, tanto respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme; dispuesto por el artículo 25, numeral 16 de la LOTSJ, pero sin consagración constitucional.

4. Control difuso

4.1. Origen del control difuso

El denominado sistema de control difuso corresponde al que se originó en los Estados Unidos en 1803 como consecuencia de la conocida y celebre decisión del juez Marshall en el caso “Marbury vs Madison”, y conforme al cual corresponde a todos los jueces, cuando la ley cuya aplicación se solicita colidiere con una norma constitucional, aplicar esta última con preferencia.

En efecto, en ese año 1803, la Corte Suprema de Estados Unidos desaplicó una ley por ampliar la jurisdicción ordinaria más allá de las situaciones enumeradas en la Constitución. La Corte sostuvo que a pesar de que la *Judiciary Act* de 1789 autorizaba la jurisdicción, esta norma era inconstitucional porque el Congreso no podía ampliar la jurisdicción ordinaria más allá de las situaciones que la Constitución establecía expresamente.

Así, el juez Marshall declaró que la misión de los órganos jurisdiccionales había de consistir en decir qué es ley y qué no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación consiste en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso.

En Estados Unidos, el sistema de precedentes y el principio del “stare decisis”, lleva a los tribunales inferiores a estar vinculados con las decisiones de los superiores, con lo que se consigue el efecto similar al de la anulación.

Esta doctrina de la supremacía constitucional ha marcado una huella imborrable en la historia constitucional de América y ha servido de punto de partida para afirmar el criterio de que a quien corresponde velar por la integridad constitucional es al órgano judicial, que tiene la autoridad de revisar la constitucionalidad de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo.

4.2. El control difuso en Venezuela

El artículo 334 de la Constitución, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil⁴¹³ y el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal⁴¹⁴ establecen el control difuso, que ordena a todos los jueces del país, independientemente de su jerarquía, asegurar la integridad de la Constitución, es decir, hacer respetar su preeminencia sobre los demás actos del poder público, especialmente respecto de las disposiciones legislativas, pudiendo decidir sobre la constitucionalidad de las mismas al inaplicarlas para casos concretos, y con efecto inter partes.

De esta forma, dispone el artículo 334 de la Constitución: Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

⁴¹³ Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

⁴¹⁴ Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

En el mismo sentido, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil dispone que “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia”; y el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que en el control de la constitucionalidad “Corresponde a los jueces y juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”⁴¹⁵.

Para llevar adelante este control difuso no se precisa de la intervención previa de la Sala Constitucional. Cualquier tribunal puede desaplicar la norma legal o reglamentaria sin consulta. La decisión estará sometida al control ordinario por los jueces que sean superiores, los cuales en caso de apelación o consulta obligatoria si la hubiere podrán confirmarla o revocarla.

⁴¹⁵ En Venezuela, el control constitucional existe desde muy temprano y de manera muy amplia. Este control en las primeras constituciones era de carácter político, lo cual significa que le correspondía al Congreso examinar la regularidad de la ley frente al texto constitucional, y es a partir de la Constitución de 1858 que reviste naturaleza judicial. Ahora bien, el control difuso, como mecanismo de control de la constitucionalidad, tiene en Venezuela origen legal. En el Código de Procedimiento Civil del 14 de marzo de 1897 se estableció por primera vez el control difuso al otorgar la potestad a los jueces, de cualquier nivel y ubicación territorial, de inaplicar en un juicio entre particulares sometidos a su jurisdicción, una norma legal que considere inconstitucional, en estos términos: “Artículo 10.- Cuando la ley vigente cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia.” Esta redacción se mantuvo invariable en los Códigos procesales de 1904, 1916 y el vigente de 1986 en su artículo 20. Sin embargo, parte de la doctrina nacional sostiene que el primer antecedente del control difuso se encuentra en la Constitución de Venezuela de 1811, cuyo artículo 227 estableció una cláusula de supremacía análoga a la acogida en la Constitución norteamericana de 1787. Esta cláusula no sólo establecía la garantía de la supremacía constitucional, sino su consecuencia inmediata, esto es, la nulidad de toda ley que contradijera las determinaciones constitucionales. En efecto, dispuso el artículo 227 lo siguiente: “La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los Tratados que se concluyan bajo la autoridad del gobierno de la Unión serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción”.

Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Constitucional (sentencia de fecha 19 de octubre de 2000), las sentencias definitivamente firmes en las cuales se aplica el control difuso, en atención a la incidencia en el ordenamiento jurídico, deberán ser remitidas por el Tribunal o Sala que hubiere realizado la desaplicación, a la Sala Constitucional, anexando copia de los autos, con el fin de someterlo a la revisión correspondiente.

La razón que justifica esta remisión es la necesidad de lograr “mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a la Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República”, pues de esa manera se obtendrá “una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional” (sentencia de fecha 12 de mayo del año 2001 de la Sala Constitucional).

4.3. Características del control difuso

Del control difuso pueden predicarse las siguientes características:

- a) Tiene rango constitucional. Artículo 334 de la Constitución de 1999.
- b) Es un mecanismo de control de la constitucionalidad, en virtud del cual se le otorga a todos los jueces de la República, sin importar su jerarquía, la facultad de desaplicar la norma que colidiere con el texto constitucional.
- c) Tiene efectos inter partes y no erga omnes, es decir, el juez que ejerce el control difuso no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla

en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución. El criterio que lleva al juez a considerar como inconstitucional determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto, por lo cual, esa consideración no ocasiona consecuencias inmediatas más allá de la contienda en la que el control difuso se produce, habida consideración de que el juez no se estaría pronunciado sobre la validez de la norma en cuestión con carácter *erga omnes*.

- d) Puede ser ejercido de oficio. Esta característica es particular del sistema venezolano e implica que el juez no tenga que esperar la solicitud por las partes para la desaplicación de una norma inconstitucional.
- e) Es un control incidental y especial puesto que se parte del supuesto de que las normas no son inconstitucionales y por lo tanto no coliden con la Constitución. Esta forma de control constitucional no tiene un cauce procesal determinado.
- f) No afecta la vigencia de la ley, lo cual es consecuencia de la extensión de los efectos de la desaplicación de la norma inconstitucional entre las partes y no *erga omnes*.
- g) La extensión de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no es hacia el pasado, esto es, producir efectos *ab initio* del acto impugnado o con efectos *ex tunc*. Sus efectos son hacia el futuro (*ex nunc*) en virtud de que el juez no anula la ley al ejercer el control difuso, sino que sólo declara una inconstitucionalidad preexistente y deja de la aplicar la norma al caso concreto.

5. Control concentrado

5.1. Origen del control concentrado

En Europa debido al consolidado principio de supremacía de la ley, influencia de la elaboración de Rousseau, y también por la desconfianza en los jueces, heredada de los franceses, se demoró la aparición de una forma de control de la constitucionalidad, distinta al control político. Sería necesario el esfuerzo que llevó adelante Kelsen, a inicios del siglo XX, para que apareciera la figura del Tribunal Constitucional, órgano especializado en la justicia constitucional. Esquematizando su pensamiento podemos decir que se basa en la idea de creación de un órgano judicial especializado -corte o tribunal constitucional- para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, quien será el máximo y último intérprete de la Constitución y quien velará por su uniforme interpretación y aplicación. Para Kelsen la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.

Kelsen introdujo un cambio básico como lo es el concentrar en un solo tribunal la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes, a diferencia del sistema americano de control judicial de la constitucionalidad, que es llevado a cabo por todos los tribunales.

La tradición jurídica continental europea a partir de la primera guerra mundial fue estableciendo tribunales especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes, pues se había impuesto el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no podían conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad, derivado de la predominante influencia de Rousseau, quien postuló la supremacía legislativa como representante de la voluntad general, y de Montesquieu, que consideraba al juez como un aplicador mecánico de la ley.

La característica principal de este modelo de control de la constitucionalidad es estar concentrado en un órgano constitucional, cuya composición es mixta, refleja criterios jurídicos y políticos, es independiente de los poderes políticos y, generalmente, está separado del poder judicial. El control que llevan adelante estos tribunales constitucionales puede ser concreto o abstracto y puede ser preventivo o remedial.

La historia de las Cortes Constitucionales europeas comenzó con las Constituciones de Checoslovaquia y de Austria en 1920, continuó con el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución Española Republicana, promulgada en 1931; y luego de la segunda gran guerra se expandió con las Cortes Italiana en 1948 y Alemana en 1949; asimismo se establecieron en las leyes fundamentales de Turquía (1961); la antigua Yugoslavia (1963) y las más modernas, la portuguesa de 1976; la española de 1978; y la polaca de 1982, entre otras⁴¹⁶.

La posición de Kelsen fue adversada por Carl Schmitt, es conocida la célebre polémica entre ellos. Schmitt señaló 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 en una contradicción en los términos”.

González Pérez mantuvo una posición pesimista sobre esta justicia constitucional y señaló que estos temores de Schmitt se habían hecho realidad⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Ana Giacomette Ferrer, *La prueba en los procesos constitucionales*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2014), 107.

⁴¹⁷ Cit. en Jesús González Pérez, “Las sombras de la jurisdicción constitucional”, en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo, *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, (Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2011), 544.

5.2. El control concentrado en Venezuela

En el ordenamiento jurídico venezolano se consagra el control concentrado de la constitucionalidad en los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución y 25 de la LOTSJ, como aquel ejercido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano constitucional especializado que concentra la jurisdicción constitucional, y que supone la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sublegal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos erga omnes⁴¹⁸.

El control concentrado se encuentra establecido en el artículo 336 de la Constitución, numerales 1, 2, 3 y 4; y el artículo 25, numerales 1, 2, 3 y 4, de la LOTSJ, en los siguientes términos:

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. 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

⁴¹⁸ La Constitución de 1858 estableció por primera vez, en forma expresa, el control judicial concentrado de la constitucionalidad, a través del instrumento procesal de la acción popular, atribuyendo a la Corte Suprema competencia para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales cuando fueren contrarios a la Constitución. En efecto, dispuso el artículo 113 de la Constitución de 1858, lo siguiente: "Artículo 113. — Son atribuciones de la Corte Suprema:(...)8ª Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución". A pesar de ello, es en la Constitución de 1893 (artículo 123) en la cual se establecen definitivamente las bases del control concentrado de la constitucionalidad sobre las leyes nacionales o estatales y otros actos de los órganos del poder público en cabeza de la Corte Federal. Así pues, el artículo 123 de la Constitución de 1893 establecía el control concentrado en los siguientes términos: "Artículo 123. Todo acto de las Cámaras Legislativas o del Ejecutivo Nacional, que viole los derechos garantizados a los Estados o ataque su autonomía, deberá ser declarado nulo por la Alta Corte Federal, aunque la declaratoria de nulidad haya sido pedida por una sola de las Asambleas Legislativas de los Estados".

Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

De esta forma, la Sala Constitucional tiene la competencia de ejercer el control concentrado para declarar la nulidad por inconstitucionalidad, de forma total o parcial, de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional; las constituciones y leyes estatales, ordenanzas municipales, y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; los actos con rango de ley que sean dictados por el Ejecutivo Nacional; y los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

5.3. Características del control concentrado

El control concentrado de la constitucionalidad en Venezuela presenta las siguientes características:

- a) Es de rango constitucional. Artículo 336 de la Constitución.
- b) Tiene carácter universal. El control concentrado de la constitucionalidad incluye todos los actos del Poder Público, por lo que ninguno está exento de dicho control. No hay, ni podría haber, actos o actuaciones de los órganos del poder público excluidos o inmunes del examen de constitucionalidad. Al

respecto téngase en cuenta sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en la que se señaló:

- c) Si la regla general constitucionalmente establecida es la del pleno ejercicio del control constitucional de todos los actos del Poder Público, cualquier excepción a dicha regla tendría que emanar, necesariamente, de la propia Constitución. Ni siquiera una disposición legal podría sustraer alguno de aquellos actos al control antes dicho; y menos aún pueden autorizarlo los órganos jurisdiccionales como intérpretes fieles que deben ser del contenido de aquella norma. A todo evento, y, ante la duda que pudiera surgir acerca de si algún acto emanado del Poder Público es o no susceptible de revisión constitucional por acción directa, debe optarse, en obsequio a aquel amplio y fundamental principio constitucional, por admitir su examen por parte de este Alto Tribunal⁴¹⁹.
- d) Objetivo. La acción de inconstitucionalidad no se interpone contra el órgano del Estado que hubiese adoptado o promulgado la ley o acto cuestionado de inconstitucionalidad. En realidad, esta acción se dirige contra un acto de cualesquiera de los órganos del poder público. Su objeto es la constatación de la adecuación de la ley o acto con la disposición constitucional. Por consiguiente, en el proceso de inconstitucionalidad no hay “partes” propiamente dichas, ni demandantes ni demandados en el sentido estricto del término.
- e) Acción Popular. La acción de inconstitucionalidad puede ser requerida por cualquier persona natural o jurídica

⁴¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 15-03-1962, en Gaceta Oficial, N° 760, extraordinaria de 22-3-62, cit. en Allan R. Brewer-Carías, “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, *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, (Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2011), 83.

plenamente capaz. Por consiguiente, el sistema concentrado de justicia constitucional en Venezuela siempre está concebido como un proceso de carácter principal que se desarrolla ante la Sala Constitucional, cuando se introduce una acción popular. Dicha acción popular, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en 1971, está abierta “a cualquiera del pueblo (de ahí su denominación)”, siendo su objetivo “la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien, por esta sola razón, no requiere estar investido de un interés jurídico diferenciado legítimo”.

- f) No tiene lapso de caducidad. La acción popular para demandar la inconstitucionalidad del acto cuestionado no tiene lapso de caducidad y, en consecuencia, puede ser interpuesta en cualquier momento.
- g) Efectos *erga omnes*. La decisión que deriva del proceso constitucional de revisión del acto impugnado tiene efectos *erga omnes*, es decir, es oponible frente a todos y no solamente para aquellos que intentaron la acción.
- h) Se concentra en un solo órgano. El control concentrado de la constitucionalidad sólo puede ser ejercido por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo establecido en los artículos 335 y 336 de la Constitución.
- i) La decisión tiene carácter de cosa juzgada. Una vez que recae la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o acto emanado de cualquier órgano del poder público, la misma no puede ser objeto de una revisión, ni modificada ni por el órgano encargado de dictar dichas sentencias.
- j) Jurisprudencial. En virtud de la ausencia de una ley que regule la Jurisdicción Constitucional, exhortada por la

Constitución, a través de pronunciamientos judiciales se ha venido afianzando y perfilando el sistema autónomo y objetivo del control concentrado de la constitucionalidad. Precisamente, el juez constitucional ha determinado, muchas veces en exceso del propio texto constitucional, los caracteres de este sistema de control.

- k) Regulación provisional. Aunque debería tener su regulación legal propia mediante una Ley de Jurisdicción Constitucional, (Véase disposición transitoria sexta de la Constitución: “*Sexta. La Asamblea Nacional, en un lapso de dos años, legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución*”, en concordancia con el numeral 11 del artículo 336 *eiusdem*: “*Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 11. Las demás que establezcan la Constitución y la ley*”), este sistema está regulado provisionalmente en la LOTSJ, cuyo artículo 128 establece expresamente que “*Hasta tanto se dicte la ley que regula la Competencia Constitucional, las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo que dispone este capítulo*”, refiriéndose dicha norma, al Capítulo II, titulado “De los Procesos ante la Sala Constitucional”, que contiene los artículos que regulan desde los requisitos de la demanda hasta la conclusión del debate procedimental (artículos 128 al 145) que permite a los Magistrados dictar la decisión oportuna en los procesos constitucionales ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

6. Amparo constitucional

6.1. Origen del amparo constitucional

Otro de los medios de protección constitucional es el amparo constitucional -tutela, habeas corpus, habeas data- que se originó

en México a partir de la Constitución Yucateca de 1841, en un ordenamiento local, y luego se consagró en el ámbito federal en el acta de Reformas de 1847 y en la Constitución Federal mexicana de 1857. Actualmente el amparo constitucional se encuentra regulado constitucionalmente en muchos países.

De esta manera, el amparo –además de ser hoy un derecho- se convierte en una garantía de la Constitución y aunque persigue directamente la protección de los derechos o los intereses individuales o particulares, el proceso termina por ser una tutela de la Constitución. En ese sentido, el amparo no es una simple defensa del individuo, sino que se convierte en una función de naturaleza pública, que por último busca preservar el régimen constitucional⁴²⁰.

6.2. Amparo constitucional en Venezuela

Dispone la Constitución en Venezuela en su artículo 27, como mecanismo de protección de sus preceptos, la vía del amparo constitucional, conforme al cual toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De acuerdo al mencionado artículo 27, la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación

⁴²⁰ En Venezuela, siguiendo la orientación del constitucionalismo moderno latinoamericano, la acción de amparo constitucional fue regulada por primera vez en la Constitución de 1961 cuyo artículo 49 establecía la obligación para todos los Tribunales de la República de amparar a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, de conformidad con la ley; es decir, la garantía judicial específica de los derechos y garantías constitucionales. En efecto, dispuso el artículo 49 de la Constitución lo siguiente: “Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella (artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo⁴²¹).

Por medio del amparo constitucional, el juez puede controlar leyes, actos, sentencias y resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de las autoridades o particulares que violen o amenacen violar un derecho constitucional (artículo 27 de la Constitución en concordancia con las normas de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

En Venezuela, en el ámbito legal, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 regula la materia de amparo constitucional, sin embargo, a partir de la creación de la Sala Constitucional, conforme a lo dispuesto en la Constitución de 1999, ha ido creándose un desarrollo jurisprudencial, involución jurisprudencial, que ha alterado su régimen legal, incluyendo el procedimiento para su tramitación y hoy prácticamente ha desaparecido, luego de haber tenido una etapa de intenso desarrollo y de haber sido un útil medio de control de la constitucionalidad. Queda como prueba de ello una abundante doctrina y jurisprudencia.

6.3. Características del amparo constitucional

Dentro de las características del amparo constitucional, podemos señalar las siguientes:

- a) Es un procedimiento sumario, breve, gratuito y no está sujeto a formalidad alguna.
- b) Es sumario: porque es un procedimiento simple, sencillo, despojado de incidencias y carente de formalidades complejas.

⁴²¹ Gaceta Oficial N° 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

- c) Es breve: porque todo el tiempo será hábil y el tribunal dará preferencia al trámite del amparo sobre cualquier otro asunto.
- d) Es gratuito: porque el Estado garantizará la gratuidad de la justicia en general, y en particular de este procedimiento, lo que en la práctica se traduce en la exención del pago, arancel o tributo alguno en la tramitación de dichas solicitudes.
- e) No está sujeto a formalidad alguna: porque se caracteriza por la simplificación de las formas procesales y su tramitación se desarrolla sin incidencias, formalismos ni reposiciones inútiles.
- f) El procedimiento de amparo es oral, el debate se lleva a cabo mediante la celebración de una audiencia oral y pública.
- g) La acción de amparo procede contra normas, contra actos administrativos de efectos generales y particulares, contra sentencias y resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales, contra actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de las autoridades o cualquier persona natural o jurídica que violen o amenacen violar un derecho constitucional, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional.
- h) Tiene carácter extraordinario, sólo protege cuando no existen otras vías para restablecer los derechos vulnerados. El recurso de amparo es un remedio subsidiario, puesto que ante la violación de los derechos fundamentales, los ciudadanos solo han de acudir a dicho amparo, si la jurisdicción ordinaria no está dispuesta a resarcir la lesión ocasionada a sus derechos.
- i) Protege al ciudadano en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, en los derechos inherentes

a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución y derechos humanos consagrados en declaraciones de organismos internacionales, tratados y pactos ratificados por la República.

- j) No es un medio de impugnación de las resoluciones de un órgano inferior, sino que es un auténtico proceso.
- k) No es una nueva instancia jurisdiccional, ni se configura como un recurso de casación, sino que es un instrumento procesal dotado de sustantividad propia.
- l) No es un proceso cautelar, puesto que el recurso de amparo sólo cabe contra lesiones de un derecho fundamental, pero se debe de tratar de lesiones actuales, no de lesiones futuras. El recurso de amparo no es una vía establecida para garantizar en abstracto la correcta aplicación de los preceptos de la Constitución que recogen y garantizan derechos fundamentales, sino sólo para reparar o, en su caso, prevenir lesiones concretas y actuales de tales derechos.
- m) Su estimación puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una ley que sea el origen de la violación de un derecho o una libertad.

7. Otras modalidades del control de la constitucionalidad en Venezuela

Como dijimos antes, además de los mecanismos típicos de control de la constitucionalidad el ordenamiento constitucional y legal venezolano otorga a la Sala Constitucional, competencia para conocer de otras modalidades, medios atípicos, del control de la constitucionalidad, estos son:

- a) Control previo sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y el carácter orgánico de las leyes antes de su promulgación.

- b) Resolución de conflictos de leyes y la solución de conflictos entre los órganos del poder público.
- c) Control sobre las omisiones legislativas del poder legislativo municipal, estatal o nacional.
- d) Revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República.
- e) Recurso autónomo de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.
- f) Avocamiento en las causas que cursen por ante otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o cualquier tribunal en las que se presuma violación al orden público constitucional.

8. Límites a los poderes del juez constitucional

De conformidad con lo expuesto previamente, el juez constitucional tiene atribuida una variedad de poderes, a efecto de garantizar la supremacía de la Constitución, proteger los derechos fundamentales y, en tal virtud, garantizar el Estado de Derecho. Esos poderes que la Constitución, la jurisprudencia o la ley, le da a esta categoría especial de jueces han de ser limitados y bien definidos, pues de lo contrario existiría el peligro de que estos jueces constitucionales, en violación al bloque de la constitucionalidad, principalmente al principio de separación de poderes y de los principios democráticos, se conviertan 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.

La delimitación de los poderes del juez constitucional y el estudio de la tensión que existe entre el principio de la supremacía constitucional y, de otra parte, el principio democrático que reside en

en el órgano deliberante -parlamento, cortes, asambleas, congreso- la labor muy principal de elaborar la ley, corresponde al derecho procesal constitucional⁴²². Efectivamente, la necesidad de imponer límites a la actividad de los jueces constitucionales es un capítulo muy importante dentro del derecho procesal constitucional, a modo de evitar que los garantes del gobierno de las leyes se conviertan en los hombres que gobiernan; y que actúen, ya no en garantía de la Constitución sino de una ideología, de forma militante y política, configurando lo que Brewer-Carías ha denominado la “patología de la justicia constitucional”, es decir, La afección que (...) ocurre precisamente cuando los tribunales constitucionales asumen las funciones del legislador, o proceden a mutar la Constitución en forma ilegítima y fraudulenta, configurando un completo cuadro de “in” justicia constitucional. En una situación como esa, sin duda, todas las ventajas de la justicia constitucional como garantía de la supremacía de la Constitución se desvanecen, y la justicia constitucional pasa a convertirse en el instrumento político más letal para la violación impune de la Constitución, la destrucción del Estado de derecho y el desmantelamiento de la democracia⁴²³.

Cómo no limitar los poderes del juez constitucional si “vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”⁴²⁴. El contenido, alcance e inteligencia de las disposiciones y principios constitucionales son definidos, delimitados o extendidos por la labor del juez, quien se dice su guardián.

⁴²² Vid. Rafael Badell Madrid, “Poderes del juez constitucional”, Conferencia dictada en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao*. Universidad Monteávil. Caracas: 11 de noviembre de 2016. En: <http://badellgrau.com/?pag=37&ct=2145>

⁴²³ Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, 1031.

⁴²⁴ Cit. en Jesús M. Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, segunda edición ampliada, (Caracas: Edit. Universidad Católica Andrés Bello, 2004), 279.

Qué pasa cuando los jueces Constitucionales no son fieles al contenido de la norma Constitucional. Qué sucede, si como lo que advertía el presidente Jefferson, a pesar de que se benefició de la sentencia del juez Marshall, la Constitución se convierte en un “objeto de cera que los jueces pudieran modelar a su gusto”⁴²⁵.

Qué ocurre cuando los llamados guardianes de la Constitución, como se denominó a sí mismo, en 1952, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, no tienen la prudencia requerida en la interpretación y aplicación de los principios y normas constitucionales. Prudencia que debería evitar que el juez constitucional se convierta en un activista, y por el contrario, demanda la reflexión exhaustiva de la cuestión sometida a su conocimiento y además, un detenido análisis de las consecuencias políticas y sociales de su decisión”, de modo que se excluya la dictadura judicial, regida por criterios subjetivos -más que objetivos- para determinar qué es lo permitido de acuerdo con la Constitución.

El poder de los jueces constitucionales debe definirse y limitarse nítidamente, a modo de lograr el delicado equilibrio entre la necesidad de preservar la supremacía de la Constitución, por una parte, y honrar los principios democráticos, por la otra. Es necesario el equilibrio institucional entre las exigencias de la Constitución y los requerimientos de la democracia. Exigencias estas que se distinguen claramente en función de las competencias básicas de los distintos poderes del Estado:

La tarea legislativa es una competencia propia del parlamento como cuerpo representativo y deliberante, (...), pues la libertad de configuración normativa que aquel ostenta, la cual es expresión de su facultad de valoración y elección política, le permite dictar las normas más convenientes para la consecución

⁴²⁵ José J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, segunda edición, (Madrid: Editorial Tecnos, 2007), 26.

del bien colectivo en las diversas esferas del quehacer social y económico. Mientras que el órgano rector de la jurisdicción constitucional, que carece de iniciativa para la configuración política, ejerce una revisión ulterior del acto legislativo, bajo parámetros jurídicos y sin poder sustituir la decisión legislativa por sus criterios o inclinaciones subjetivas⁴²⁶.

Si bien la justicia constitucional ha sido concebida como la posibilidad para articular de forma legítima la defensa de los intereses generales así como una garantía primordial de la supremacía constitucional, existe una “sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al gobierno de los jueces, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones, ante ningún poder público”⁴²⁷.

La soberanía y la cualidad democrática del Estado se fundan en la idea esencial de que el gobierno reside en los ciudadanos y, por lo tanto, “que el último poder de decisión sobre las cuestiones fundamentales”⁴²⁸ esté en sus manos.

Denunciamos que en Venezuela, lamentablemente, desde que se creó la Sala Constitucional, en 1999, comenzó una desenfadada e inconstitucional actuación de estos jueces constitucionales. Nuestra experiencia ha sido muy negativa, regresiva y decepcionante. La dictadura de Venezuela se ha sostenido fundamentalmente por el soporte de apariencia de constitucionalidad que le ha dado el juez constitucional. Jueces constitucionales comprometidos políticamente y destinados a garantizar la permanencia del gobierno en el poder.

⁴²⁶ Jesús M. Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, 286.

⁴²⁷ Cesar Landa, “Justicia Política en Perú”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Justicia y Política en América Latina*, (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Editorial Temis, Editorial Nomos S.A., 2018), 217.

⁴²⁸ Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 272.

En Venezuela el derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de los órganos del poder público está secuestrado por la propia Sala Constitucional encargada de garantizarlo y, en consecuencia, no existe el derecho de la supremacía constitucional.

Si bien la complicidad del juez constitucional comenzó desde 1999, su actuación ha tenido mayor fuerza, despropósito y descaro desde diciembre de 2015, cuando ocurrió el triunfo de la oposición democrática, en la elección para la conformación de la Asamblea Nacional y desde cuándo se ha radicalizado la dictadura y la actuación delincencial del gobierno en Venezuela.

Desde entonces, y en abierta colusión con el poder ejecutivo, durante los años 2016, 2017 y 2018, la función principal de la Sala Constitucional ha sido la de desconocer la voluntad popular a través de la irracional e inadecuada utilización del control de la constitucionalidad para la demolición institucional del parlamento mediante el bloqueo total de su facultad legislativa; la disminución de sus facultades constitucionales de control e investigación; el asedio económico; el desconocimiento de la inmunidad parlamentaria y la violación de la sede del poder legislativo.

Ese Juez Constitucional permitió finalmente que se instalara en agosto de 2017 una Asamblea Nacional Constituyente que viene a usurpar las funciones de los demás órganos del poder público y que generaliza la actuación a través de las vías de hecho sobre el estado de derecho y ha permitido la total desaplicación de la Constitución y de todo el régimen de derecho en Venezuela, para convertir nuestro país en un estado forajido.

En Venezuela la Sala Constitucional se ha convertido en un juez sin límites y sin apego a los principios y reglas de la función jurisdiccional. Un juez que, antes que cumplir con el rol constitucional que le dio origen, es el peor enemigo de la estabilidad

constitucional y la funcionalidad de los principios democráticos y los que caracterizan a un Estado de derecho.

9. Principio de respeto y estricta sujeción al bloque de la constitucionalidad (artículo 7 de la Constitución)

9.1. Respeto al bloque de la constitucionalidad

En la tarea de controlar la sujeción de las actividades de los órganos del poder público a la Constitución, el primer parámetro de control que tiene el juez constitucional es, precisamente, la propia Constitución y todo el bloque de la constitucionalidad.

La doctrina del bloque de la constitucionalidad, de uso frecuente no sólo en Francia sino también en España, y originada de la idea del bloque de la legalidad, propia del derecho administrativo, obliga tener presente desde el contenido del preámbulo de la Constitución hasta la última de sus disposiciones, así como todos aquellos principios, valores y derechos no contenidos en su texto pero que, sin embargo, rigen la estructura constitucional del Estado, lo cual incluye también sus antecedentes y el proceso de formación de la Constitución.

En este sentido, el bloque de la constitucionalidad, por mandato del poder constituyente originario del pueblo soberano, será inalterable y por lo tanto comprenderá un límite a las actuaciones de los jueces constitucionales. El límite que impone el ordenamiento jurídico vigente a los jueces constitucionales comprende la total observancia de la Constitución y el respeto por las instituciones y órganos previstos por esta norma, impidiendo de esta forma a los jueces mutar los preceptos constitucionales con sus decisiones⁴²⁹.

⁴²⁹ Así pues, en Venezuela, por virtud del artículo 7, en concordancia con el artículo 333, la Constitución sólo cambia o desaparece, según el caso, por reforma, enmienda o una nueva Constitución, pero nunca por las decisiones de los jueces en ejercicio de la jurisdicción constitucional. En efecto, los jueces constitucionales no tienen la facultad del poder

Los jueces son órganos del Estado y como tales están sometidos en su actuación a las normas y principios constitucionales como en efecto lo dispone el artículo 7 de la Constitución, el cual establece que: “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Los jueces constitucionales en ejercicio del control de la constitucionalidad estarán regidos por todos los valores, principios y normas constitucionales, entre ellos los siguientes:

- a) El principio de la democracia y la soberanía popular (artículos 2 y 5);
- b) El pluralismo político (artículo 2);
- c) El ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3)
- d) El principio de organización democrática (preámbulo y artículo 4);
- e) El carácter democrático de las entidades políticas que componen el Estado (artículo 6);
- f) El principio de progresividad de los derechos (artículo 19);
- g) El principio de no taxatividad de los derechos inherentes a la persona (artículo 22);
- h) El respeto y prevalencia de los acuerdos y tratados internacionales relativos a derechos humanos (artículo 23);
- i) El principio de no retroactividad de la ley (artículo 24);
- j) El respeto a los derechos políticos (artículo 39);
- k) La participación libre en los asuntos públicos (artículo 62);
- l) El derecho al sufragio (artículo 63);

constituyente originario para cambiar las normas constitucionales, dado que éste sólo corresponde al pueblo.

- m) El principio de separación de poderes (artículo 136);
- n) El principio legalidad (artículo 137);
- o) El principio de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 140);
- p) Los principios y valores de nuestra historia republicana (artículo 350).

Asimismo, téngase en cuenta que el preámbulo de la Constitución que establece los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano es límite a la actuación del juez constitucional, quien siempre deberá en su labor interpretativa favorecer la vigencia de estos postulados.

En ese sentido, los valores de libertad, paz, solidaridad, bien común, convivencia, la igualdad y la garantía de los derechos humanos fundamentales, así como el carácter democrático de un Estado que se halle sometido a derecho y de allí y el imperio de la ley, impiden que una realidad política se imponga en decisiones judiciales no cónsonas con estas limitantes.

Cobra importancia el principio de proporcionalidad, denominado también principio de racionalidad, razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad (como ha sido definido constitucionalmente en España), el cual impone una actuación prudente por parte del juez constitucional, quien siempre deberá dar una solución justa que respete el peso reconocido a cada principio en un caso concreto⁴³⁰, orientando su actuación para "...la búsqueda de la justa medida cuando hay una colisión de principios, derechos o intereses la cual no puede ser resuelta por la mera exclusión de uno de los polos"⁴³¹.

⁴³⁰ Juan V. Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 632.

⁴³¹ *Ibidem*.

Los jueces constitucionales, en sus funciones de control de la constitucionalidad, están siempre subordinados a la Constitución, sin que les esté permitido invadir el campo competencial del órgano legislativo y menos aun el del poder constituyente, puesto que lo contrario constituiría un “totalitarismo judicial irresponsable”⁴³².

En Venezuela el juez constitucional ha desbordado todos los límites que gobiernan su actuación, y de los cuales se viene escribiendo para poder permitir la consolidación de un régimen autoritario y desprendido de toda sujeción a derecho. Se ha violado el bloque de la constitucionalidad de forma ya recurrente. Veamos algunos ejemplos:

La interpretación del artículo 164, numeral 10 de la Constitución⁴³³, por medio de la cual la Sala Constitucional arrebató competencias propias de los Estados para centralizarlas en el poder público nacional, en una ilegítima mutación de la Constitución. En esta ocasión, la Sala determinó, en contra de la organización federal del Estado venezolano y el reparto de las competencias entre los poderes ejecutivo nacional, estatal y municipal, establecidas por el poder constituyente, que la competencia en materia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales así como de puertos y aeropuertos de uso comercial expresa exclusivamente otorgadas por la Constitución a los estados, podía ser ejercida directamente por el presidente de la República “en ejercicio de la potestad de coordinación.”

Sentencia que resuelve el caso de la inconstitucional convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, por medio de la cual la Sala Constitucional decidió un recurso de interpretación constitucional sobre la procedencia de dicha convocatoria por el

⁴³² Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: un papel por definir*, (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002), cit. en Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, 77.

⁴³³ Sentencia N° 565 del 15 de abril de 2008.

Presidente de la República a través de un Decreto presidencial, sin la debida consulta previa al pueblo de Venezuela mediante referendo consultivo. En esta ocasión la Sala Constitucional, interpretando de forma distorsionada los artículos 347 y 348 de la Constitución, determinó que no era necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, aun cuando el artículo 347 de la Constitución expresamente lo establece.

La Sala Constitucional omitió por completo que la intención de *modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional* se trata de una materia de especial trascendencia nacional que debía ser sometida a referendo consultivo, y de este modo arrebató el derecho exclusivo del pueblo venezolano, como único titular del poder constituyente originario, de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, en completa violación del artículo 347 de la Constitución, justificándose para ello sobre supuestas “circunstancias objetivas sobrevenidas” en Venezuela, así como una “aguda situación de la crisis política”, para “poner de acuerdo al país en un nuevo Contrato Social”. Todo ello en violación de los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en la Constitución (artículos 2, 3, 5, 63, 70).

9.2. Principio de separación de poderes

El principio de separación de poderes -aunque morigerado hoy día para dar cabida a las funciones del juez constitucional en obsequio de la supremacía constitucional- implica no sólo la actuación judicial independiente y autónoma del juez constitucional, sino también el límite de la decisión fundada, basada en derecho, y sin invadir las competencias propias de otro órgano, ni siquiera aquél sujeto al control de la constitucionalidad de sus actos, todo ello

para el resguardo del principio de legalidad -referido a la distinción y subordinación de las funciones ejecutiva, judicial y legislativa-⁴³⁴, y por ende, del Estado de derecho.

De esa forma, 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. En efecto, 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”⁴³⁵, por lo que si la acción judicial conlleva la imposibilidad del ejercicio de las funciones propias de cualquiera de los otros poderes del Estado, en lugar de realizar su tarea de garantizar la supremacía constitucional, estaría distorsionando su efectividad real.

Ese es, precisamente, el caso de Venezuela, donde la Sala Constitucional, desde su creación, 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 sobre el gobierno y la administración pública nacional.

9.3. Usurpación de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional

El primer caso de ruptura del principio de separación de poderes por invasión de la Sala Constitucional en la esfera de competencias

⁴³⁴ Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional*, 89.

⁴³⁵ Manuel García Pelayo, “El Status del Tribunal constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1 (1981), 15. Cit. en Allan Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición, (Caracas/ New York, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016), 28-29.

legislativas de la Asamblea Nacional, ha sido, sin duda, el caso José Amando Mejía. En este la Sala Constitucional reformó la Ley Orgánica de Amparo y estableció un nuevo procedimiento para conocer de las acciones de amparo, por considerar que el establecido en la Ley Orgánica de Amparo no estaba conforme con el nuevo texto constitucional (sentencia de 1º de febrero de 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). De esa forma, la Sala Constitucional anuló, mediante interpretación constitucional, unas normas cuya nulidad no fue siquiera solicitada, por considerarlas incongruentes con la Constitución, y además creó un procedimiento no establecido en la ley para su tramitación.

Otro de los primeros ejemplos de la invasión de competencias del órgano legislativo por el Poder Judicial, que se observó en Venezuela a partir de la creación de la Sala Constitucional, fue el caso Servio Tulio León (sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000), 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.

Con la creación del recurso de interpretación constitucional, la Sala Constitucional se arrogó la facultad de establecer interpretaciones en abstracto de la Constitución con el fin de legislar y ejercer control incluso sobre el propio texto constitucional, con supuesto fundamento en el artículo 335 constitucional, el cual sólo otorga carácter vinculante a las interpretaciones que haga la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales, en el ejercicio de las atribuciones dispuestas en el artículo 336 (entre las cuales no figura el recurso de interpretación autónoma de la Constitución).

Otro caso: La Sala Constitucional ha desbordado el ejercicio de sus poderes respecto del principio de separación de poderes con la creación de potestades que no son reconocidas ni por el texto constitucional ni por la LOTSJ, en usurpación de las funciones legislativas de la Asamblea Nacional. En efecto, la Sala Constitucional creó una “acción innominada de control de la constitucionalidad” para buscar concretar pretensiones de control de constitucionalidad que escapan al ámbito de competencias del juez constitucional.

Eso ocurrió en el caso en el cual se cuestionaba la legitimidad del presidente de la República en virtud de su nacionalidad, por el hecho de no poseer la venezolana con carácter exclusivo. En este caso el presidente Maduro resolvió crear una acción a la medida argumentando que “al no existir disposición expresa que contemple la modalidad de control de la constitucionalidad aquí planteada, lo pertinente es ejercer la presente acción innominada de control de la constitucionalidad (...)”, y la Sala Constitucional decidió admitirla y declararse competente para conocer de una acción que no tiene vigencia ni consagración en el ordenamiento constitucional y legal venezolano y excedía del ámbito competencial de dicho órgano jurisdiccional, colocándose por encima de la Constitución, con el único fin de declarar que “El presidente constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, es, en efecto, ciudadano venezolano por nacimiento que no posee otra nacionalidad”.

Otro caso: Interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de marzo de 2017, la Sala Constitucional violó el principio de separación de poderes, desde que se auto atribuyó todas las competencias legislativas exclusivas de la Asamblea Nacional 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.

En efecto, en sentencia no. 156, mediante un recurso de interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Sala Constitucional asumió inconstitucionalmente el ejercicio de todas las competencias del parlamento, en los siguientes términos: mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho⁴³⁶.

En la misma sentencia N° 156, la Sala Constitucional le atribuyó la potestad de legislar al Poder Ejecutivo, en materias de la Ley de Hidrocarburos, propias de la reserva legal (artículos 156.16 y 187.1), disponiendo que: sobre la base del estado de excepción⁴³⁷, el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal (ver sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017).

La sentencia comentada pretendió otorgar al Presidente de la República toda clase de poderes, en violación del principio de

⁴³⁶ Como lo refiere el académico Brewer-Carías, “sin referencia alguna a la materia de hidrocarburos, la Sala Constitucional ratificó, irónicamente que “para velar por el Estado de Derecho” cuyos remanentes cimientos fueron pulverizados con la misma sentencia, que todas las competencias que la Constitución y las leyes atribuyen a la Asamblea Nacional, serán ejercidas directamente por la Sala Constitucional; y no sólo eso, también “por el órgano que ella disponga,” auto atribuyéndose un poder universal de delegar y disponer de las funciones legislativas de la Asamblea, y decidir a su arbitrio cuál órgano del Estado va a legislar en algún caso, o cuál órgano va a controlar, en otro” . Vid. Allan Brewer-Carías, “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia N° 156 de la Sala Constitucional)”, *Revista de Derecho Público*, No. 149-150, (enero-junio 2017), 299.

⁴³⁷ Decretado inconstitucionalmente por la propia Sala Constitucional en la sentencia citada N° 155 del día anterior, 28 de marzo de 2017.

separación de poderes y además, pretendió deshacer el sistema de controles y contrapesos establecidos en la Constitución⁴³⁸.

El asombro y rechazo, tanto a nivel nacional como internacional⁴³⁹ que produjo la publicación de dicha sentencia, ocasionó que el Consejo Nacional de la Defensa venezolano -en exceso de sus funciones consultivas en materia de defensa (artículo 323 de la Constitución)-, exhortara a los Magistrados de la Sala Constitucional a "revisar" su decisión (una medida que tampoco está respaldada en el ordenamiento jurídico venezolano), tras lo cual la Sala Constitucional acató⁴⁴⁰ dicho "exhorto" y dictó sentencia aclaratoria para "corregir los excesos cometidos en ella" (aunque sin enmendar los vicios estructurales que la afecta), en completa violación del principio de separación de poderes y del ordenamiento jurídico vigente⁴⁴¹.

⁴³⁸ Declaración de las Academias Nacionales ante las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional, de fecha 31 de marzo de 2017, Disponible en: www.acienpol.org.ve

⁴³⁹ El Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos también se pronunció con ocasión a las sentencias de la Sala Constitucional, en su Resolución 1078 del 3 de abril de 2017, declarando lo siguiente: "Las decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela de suspender los poderes de la Asamblea Nacional y de arrogárselos a sí mismo son incompatibles con la práctica democrática y constituyen una violación del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela [y que]. A pesar de la reciente revisión de algunos elementos de dichas decisiones, es esencial que el Gobierno de Venezuela asegure la plena restauración del orden democrático". Vid: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17

⁴⁴⁰ Como lo indica la Gaceta Oficial Nro. 41.127 de fecha 3 de abril de 2017, "El Tribunal Supremo de Justicia en consideración al exhorto efectuado por el Consejo de Defensa de la Nación ha procedido a revisar las decisiones 155 y 156, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, y en tal sentido, hoy son públicas y notorias sendas sentencias aclaratorias que permiten sumar en lo didáctico y expresar cabalmente el espíritu democrático constitucional que sirve de fundamento a las decisiones de este Máximo Tribunal".

⁴⁴¹ No es necesario enfatizar la violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil venezolano, el cual dispone que: "Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado...", y del artículo 3 de la LOTSJ, de acuerdo al cual las sentencias del máximo tribunal de la República no son susceptibles de ser revisadas ni modificadas.

Como es evidente la exhortación del Consejo Nacional de la Defensa hizo notoria la injerencia flagrante de las competencias del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial.

9.4. Usurpación de la función del control político, de mérito, de conveniencia de la Asamblea Nacional

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187.3 de la Constitución la Asamblea Nacional ejerce, además de la función legislativa, funciones de control sobre el gobierno y la administración pública nacional. Es el denominado control político, de oportunidad y de conveniencia que se ejerce sobre las actuaciones del órgano ejecutivo y es función exclusiva de la Asamblea Nacional⁴⁴², por lo cual es éste también un límite al poder de actuación del juez constitucional.

A modo de evitar el control sobre las actividades llevadas adelante por el poder ejecutivo, generalizadamente violatorias del marco legal, la Sala Constitucional ha impedido que la Asamblea

⁴⁴² De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 187, 222, 223, 226, 237, 238, 240, 246, y 265 de la Constitución. El Artículo 222 dispone: "La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley, y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad." El 223 prevé: "La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento. Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los y las particulares; a quienes se les respetarán los derechos y garantías que esta Constitución reconoce. Y el 265 lo siguiente: "Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca."

Nacional de Venezuela cumpla con esa importante función de control y lo ha tomado para sí.

En usurpación de las funciones del órgano legislativo, la Sala Constitucional ha liberado a los ministros de la obligación de comparecer ante la Asamblea Nacional, restringió las potestades de control político de la órgano parlamentario sobre el gobierno y la administración pública sometiéndolo al control del Vicepresidente Ejecutivo⁴⁴³.

La Sala Constitucional autorizó al Presidente de la República a rendir su mensaje anual, establecido en el artículo 237 de la Constitución, ante el Tribunal Supremo de Justicia y no ante la Asamblea Nacional⁴⁴⁴, como ordena la norma.

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 Asamblea Nacional, con ocasión de supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA)⁴⁴⁵.

Declaró incompetente e inconstitucional a la Asamblea Nacional para recibir las memorias razonadas y suficientes del Vicepresidente Ejecutivo y de los ministros del gabinete ejecutivo sobre la gestión de sus despachos⁴⁴⁶.

Aprobó la constitución de empresas mixtas (Empresa Mixta PETROSUR, S.A.), en los términos establecidos por el Presidente de la República, usurpando las funciones de la Asamblea Nacional⁴⁴⁷ previstas en la Ley Orgánica de los Hidrocarburos.

⁴⁴³ Sentencia N°9 del 1º de marzo de 2016.

⁴⁴⁴ Sentencia N°03 del 11 de enero de 2017.

⁴⁴⁵ Sentencia N° 88 del 24 de febrero de 2017.

⁴⁴⁶ Sentencia N° 90 del 24 de febrero de 2017.

⁴⁴⁷ Sentencia N°533 del 10 de julio de 2017.

De otra parte, la Sala Constitucional ha impedido que la Asamblea Nacional 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 Asamblea Nacional sobre el Decreto que declara el estado de excepción es político, no jurídico” (sentencia N° 07, del 11 de febrero de 2016)⁴⁴⁸.

De forma que desde enero del año 2016, la Sala Constitucional ha avalado la constitucionalidad de los Decretos de Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, mientras que la Asamblea Nacional lo ha improbadado (a pesar de que de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, tal improbación implicaba la extinción inmediata del Decreto)⁴⁴⁹.

10. El límite derivado de los medios de impugnación

Siendo como es que los límites del juez están en función de sus poderes de actuación, un aspecto que ha analizarse como elemento condicionante y de interdicción de la arbitrariedad del juez y límite

⁴⁴⁸ Ha sido con base en ese criterio que se han ignorado los efectos jurídicos de las decisiones de la Asamblea Nacional de (i) improbar la prórroga del Decreto N° 2.184 (prorrogado mediante Decreto N° 2.270, publicado en la Gaceta Oficial N° 6219 extraordinario de 11 de marzo de 2016, cuya constitucionalidad fue avada por sentencia de la Sala Constitucional N° 184/2016, de 17 de marzo), y de (ii) improbar el Decreto N° 2.323, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.227 de 13 de mayo de 2016, que declaró el estado de excepción y de emergencia económica. En este caso, el Decreto fue improbadado mediante Acuerdo de la Asamblea de 17 de mayo de 2016 (http://www.asamblea-nacional.gob.ve/uploads/actos_legislativos/doc_b26c86c_cf5e1c7ab16f698b3ef75493f7a871839.pdf, Consulta 16.06.16), y su constitucionalidad fue avalada posteriormente por la Sala, en sentencia N° 411/2016 de 19 de mayo. Tal sentencia no solo ignoró los efectos jurídicos del control ejercido por la Asamblea dos días antes, sino que además cuestionó la improbación, al considerar que la Asamblea debió pronunciarse, como máximo, el domingo 15 de mayo, a pesar de que la Gaceta Oficial en la cual fue publicado el Decreto N° 2.323, fue divulgada el 16. José Ignacio Hernández, “El Asedio a la Asamblea Nacional”, en Allan Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho...* Ob. cit. 68.

⁴⁴⁹ Entre ellas las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nos. 4/2016 de 20-1-16; 7/2016 de 11-2-2016; 184/2016 de 17-3-2016; 411 del 19-05-16; 615 del 19-07-2016; 810 del 21-10-2016; 952 del 21-11-2016; 04 del 19-01-17.

de su actuación es, precisamente, el que deriva de los medios de impugnación, es decir del tipo de acción o recurso de que se trata.

Como sabemos entre los medios de impugnación existe el control difuso, el control concentrado, el amparo constitucional, el control previo sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y el carácter orgánico de la ley o la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación⁴⁵⁰, la solución de colisión de leyes, solución de controversias entre órganos del poder público, el recurso de omisión legislativa, de revisión constitucional y de interpretación constitucional.

Todo sistema procesal está indisolublemente conectado con el derecho sustantivo y a la inversa, usando las palabras del maestro Moles Caubet: “Cada derecho sustantivo genera su propio derecho adjetivo” y el derecho constitucional ha generado el derecho procesal constitucional para definir, entre otros, los cauces a través de los cuales se concreta la tutela constitucional, evitando la inseguridad, la inequidad y la desigualdad que generaría sujetar la clave de acceso a la justicia constitucional al criterio variante del magistrado. Este es el sentido de los medios de impugnación que define el órgano legislativo y da contenido al derecho de acción de los justiciables.

De manera que el poder del juez constitucional estará circunscrito a (i) La desaplicación de una norma, en el caso del control difuso de la constitucionalidad; (ii) La anulación en caso de inconstitucionalidad de los actos sujetos al recurso de nulidad por inconstitucionalidad; (iii) El restablecimiento de los

⁴⁵⁰ El artículo 214 de la Constitución que contempla el derecho a veto del Presidente dispone: “(...) Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.”

derechos y garantías constitucionales violados, en el caso del amparo constitucional; (iv) La verificación de la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación; (v) La determinación, antes de su promulgación, de la constitucionalidad del carácter orgánico que la Asamblea Nacional haya concedido a determinada ley; (vi) La determinación sobre la constitucionalidad de la ley pronta ser promulgada, a solicitud del Presidente de la República; (vii) La resolución de colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declaración de cual debe proceder; (viii) La resolución de controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público; (ix) La declaratoria de la omisión legislativa del poder legislativo municipal, estatal o nacional, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección; (x) La revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República; (xi) La interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.

La existencia de mecanismos de control constitucional representa un claro avance en la protección y verdadero respeto a la supremacía constitucional, pero la alteración de estos cauces ha conducido a una situación de inestabilidad contraria a la seguridad jurídica que el ordenamiento constitucional ha de brindar.

Esta alteración se produce cuando se desnaturaliza el medio de impugnación y se anula una ley a través de un recurso de interpretación, o se interpreta una norma constitucional o legal como resultado de una acción de anulación, o se inadmite una revisión constitucional pero de paso se anula una norma, todos estos supuestos recurrentes en la jurisdicción constitucional venezolana de los últimos años.

10.1. Control concentrado

Un caso emblemático del exceso de la Sala Constitucional es la decisión que resolvió el recurso de nulidad contra el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional del año 2016⁴⁵¹, mediante el cual la Sala anuló distintos artículos de dicho Reglamento y, en exceso de los límites del medio de impugnación del control concentrado, dictó nuevas normas respecto del régimen de las sesiones de la Asamblea y el procedimiento de formación de las leyes (incluso creando la necesidad de conciliar con el Poder Ejecutivo la viabilidad económica de los Proyectos de Ley).

De este modo, la Sala Constitucional no sólo 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.

Ciertamente, el juez constitucional ha trasgredido el límite derivado de los medios de impugnación, al dictar sentencias que modifican expresamente el texto de la norma impugnada, en algunos casos desaplicando una parte de la norma y sustituyéndola por la previsión que el juez determine, y en otros supuestos añadiendo nuevo texto normativo a la norma impugnada⁴⁵²; ejerciendo en ambos casos la jurisdicción normativa.

Otro ejemplo del exceso del poder de la Sala Constitucional respecto del control concentrado fue el caso de nulidad del Acuerdo

⁴⁵¹ Sentencia N° 269 de 21 de abril del 2016.

⁴⁵² Como "fue el caso, por ejemplo, de la nueva redacción que la Sala Constitucional incluyó en el artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en el cual añadió la exigencia de que las operaciones de crédito público relacionadas con contratos de interés público requieren de la autorización de la Asamblea Nacional" Sentencia del 24 de septiembre de 2002, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Andrés Velásquez y otros. Vid. en Margarita Escudero, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, (Caracas:Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004), 111.

de la Asamblea Nacional sobre la Reactivación del Proceso de Aplicación de la Carta Interamericana de la OEA⁴⁵³, en el cual la Sala Constitucional no se limitó a declarar la nulidad absoluta de un acto parlamentario de la Asamblea Nacional dictado en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente atribuidas, sino que le otorgó al Poder Ejecutivo Nacional funciones propias del Legislativo (artículo 187 de la Constitución), en materias de exclusiva reserva legal, como la materia penal (artículo 156, numeral 2 de la Constitución); determinó el Acuerdo de la Asamblea Nacional como un acto de “*traición a la patria*”, y además ordenó iniciar de oficio un proceso de “*control innominado de la constitucionalidad*”, desconociendo por completo la inmunidad parlamentaria (artículo 200 de la Constitución), violando claramente el derecho a la defensa y al debido proceso (artículo 49 de la Constitución), así como los límites del medio de impugnación que comprende el control concentrado de la constitucionalidad.

10.2. Amparo constitucional

Otro caso emblemático de la violación evidente del límite que impone los medios de impugnación, en el supuesto del mecanismo de control de amparo constitucional, ha sido el denominado caso Scarano⁴⁵⁴, en el cual la Sala Constitucional, usurpando las

⁴⁵³ Sentencia N° 155 de 27 de marzo de 2017.

⁴⁵⁴ Sentencia Nro. 138 de fecha 17 de marzo de 2014. “Luego de que un conjunto de asociaciones y cooperativas de comerciantes interpusieron una denominada demanda “por derechos e intereses colectivos o difusos” conjuntamente con una petición de medida cautelar innominada contra el Alcalde y el Director de la Policía Municipal de un Municipio del Estado Carabobo (San Diego), para que removieran supuestas obstrucciones en las vías públicas del Municipio que se habían producido por protestas populares contra las políticas del Gobierno, la Sala Constitucional, mediante sentencia No. 136 de 12 de marzo de 2014, que les “fue notificada vía telefónica” a dichos funcionarios, acordó el amparo constitucional cautelar solicitado, y en líneas generales ordenó a los Alcaldes, entre múltiples actividades de tipo administrativo que son propias de la autoridad municipal como velar por la ordenación de la circulación, la protección del ambiente, el saneamiento ambiental, la prevención y control del delito, y en particular que debían realizar acciones y utilizar los recursos materiales y humanos necesarios: “a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan, perjudiquen o alteren el libre

competencias de la jurisdicción penal, ejerció la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo (establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo y garantías constitucionales), rebasando de esta forma los límites constitucionales y legales que impone el ejercicio de sus facultades en la decisión de amparo constitucional.

En este caso, la Sala Constitucional “violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal, el cual es el instrumento fundamental para la realización de la justicia” (art. 257 de la Constitución), en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución), “verificando”, en sustitución del juez penal, el desacato a un mandamiento de amparo (sentencia Nro. 136 de fecha 12 de marzo de 2014) impuso la sanción conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y remitió la decisión para su ejecución a un juez de primera instancia en lo penal en funciones de ejecución del Circuito Judicial Penal correspondiente⁴⁵⁵.

tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos que hayan sido colocados en esas vías, y se mantengan las rutas y zonas adyacentes a éstas libres de basura, residuos y escombros, así como de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana y, en fin, se evite la obstrucción de las vías públicas del referido municipio”. Vid. en Allan Brewer-Carías, *La condena y el encarcelamiento de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal, mediante un procedimiento sumario contrario a la Constitución, para despojarlos de su investidura electiva*. (New York 21 de marzo, 2014), 6-7. En <http://allanbrewercarias.com/documentos/la-condena-y-el-encarcelamiento-de-alcaldes-por-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-usurpando-competencias-de-la-jurisdiccion-penal-mediante-un-procedimiento-%C2%93sumario%C2%94-contrario-a/>

⁴⁵⁵ Como señala Brewer-Carías, “la Sala Constitucional resolvió usurpar la competencia de la Jurisdicción Penal y anunció que verificaría la comisión del delito de desacato, identificando a los autores que habían incumplido el mandamiento de amparo constitucional que había dictado, por lo que les impondría directamente la pena de

Es de resaltar que, tal como lo dispone el artículo 27 de la Constitución, en el procedimiento de amparo constitucional el juez debe limitarse a restablecer la situación jurídica infringida (en caso de que se compruebe su existencia) o la situación que más se asemeje a ella, con el objeto de amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, cualquier decisión que exceda a dicha potestad, como la imposición de penas, es una violación de este medio de impugnación.

10.3. Control previo sobre las leyes antes su promulgación

Como hemos señalado, especialmente a partir de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre del año 2015, y, con ocasión de que la Asamblea Nacional electa contara ahora con una mayoría opositora, comenzó una nueva etapa caracterizada por la utilización sistemática del Tribunal Supremo de Justicia, para, a través de decisiones políticas y contrarias a la Constitución, limitar, cercenar y suprimir las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional⁴⁵⁶.

Así pues, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado, durante los años 2016, 2017 y 2018, un gran número de sentencias enteramente inconstitucionales, todas dirigidas a limitar las competencias de legislación de Asamblea Nacional.

prisión de seis (6) a quince (15) meses, que es la sanción penal prevista en el mencionado artículo 31 de la Ley Orgánica. Ni más ni menos, el Juez Constitucional se erigió en el perseguidor de los funcionarios públicos electos responsables de los gobiernos municipales en los municipios donde la oposición había tenido un voto mayoritario". Cfr. Allan Brewer-Carías, *op. cit.*, 6.

⁴⁵⁶ Como lo advierte el propio Secretario de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su Informe sobre Venezuela, es evidente que "se ha disparado el activismo del Tribunal Supremo desde febrero a marzo de 2016, comparado con el 2015, al pasar de dos casos a 252. Entre el 5 de enero y el 24 de mayo se registraron nueve apelaciones. Todas las decisiones se han dispuesto a favor del poder ejecutivo". Vid. Asdrúbal Aguiar, "La ruptura de la democracia", en Allan Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho*, 44.

En efecto, la Sala Constitucional, en colusión con el Presidente de la República en ejercicio abusivo del artículo 214 de la Constitución que contempla en derecho a veto y le permite a este órgano solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, ha anulado todas⁴⁵⁷ las leyes que ha sancionado la Asamblea Nacional en ejercicio de las competencias constitucionalmente y naturalmente atribuidas por el artículo 187, entre ellas las siguientes:

- a) Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela⁴⁵⁸. 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).
- b) Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional⁴⁵⁹. La Sala Constitucional 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 mérito.
- c) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁶⁰.
- d) Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ 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" sentencia N° 327 de 28 de abril del 2016).

⁴⁵⁸ Sentencia N° 259 del 31 de marzo de 2016.

⁴⁵⁹ Sentencia N° 264 del 11 de abril de 2016

⁴⁶⁰ Sentencia N° 341 del 5 de mayo de 2016.

⁴⁶¹ Sentencia N° 343 del 6 de mayo de 2016.

- e) Ley especial para atender la crisis nacional de salud⁴⁶².
- f) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁴⁶³.
- g) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴⁶⁴.
- h) 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 Municipal⁴⁶⁵.
- i) Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena⁴⁶⁶.
- j) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, por desacato de decisiones judiciales⁴⁶⁷.
- k) Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Ambiente⁴⁶⁸.
- l) Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Policiales correspondiente al 21 de febrero de 2017⁴⁶⁹.

Téngase en cuenta que respecto de la jurisdicción constitucional, “existe un ámbito en que puede y debe apreciar y censurar sin dificultad los actos de los poderes públicos que sean contrarios a la Constitución”, pero también existe “una zona gris o de penumbra” en la cual “ha de proceder con cautela, para que el proceso político no sea privado de asuntos que la Constitución misma le entregó,

⁴⁶² Sentencia N° 460, del 9 de junio de 2016.

⁴⁶³ Sentencia n° 938 del 04 de noviembre de 2016.

⁴⁶⁴ Sentencia n°939 del 04 de noviembre de 2016.

⁴⁶⁵ Sentencia n° 1012 del 25 de noviembre de 2016.

⁴⁶⁶ Sentencia n°1013 del 25 de noviembre de 2016.

⁴⁶⁷ Sentencia n° 1014 del 25 de noviembre de 2016.

⁴⁶⁸ Sentencia n°1, del 6 de enero de 2017.

⁴⁶⁹ Sentencia 383, del 31 de mayo de 2017.

y para evitar que sus decisiones generen innecesariamente males mayores a los que se pretenden censurar⁴⁷⁰.

10.4. Recurso de omisión legislativa

El recurso de omisión legislativa es un mecanismo del control de la constitucionalidad por medio del cual la Sala Constitucional controla las omisiones del órgano legislativo cuando ellas originan una situación contraria a la Constitución. Es la acción mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de la conducta del órgano legislativo que, por un tiempo prolongado e indefinido, permanece inactivo en el cumplimiento de su obligación concreta de dictar leyes que ejecuten preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo, de manera que dichos preceptos o uno de ellos, se hace ineficaz, con lo cual se produce la vulneración a la Constitución.

Para decidir el recurso por omisión legislativa el juez constitucional tiene la obligación no sólo de hacer eficaz el precepto constitucional que ha exhortado el desarrollo legislativo que se omite, sino también de reparar la inconstitucional omisión sin violar el principio de división de poderes.

No está entonces previsto que el tribunal dicte las normas omitidas, porque nunca se aceptaría en un Estado democrático de derecho que un cuerpo distinto al parlamento, que es el representante de la voluntad general, sea el que dicte las leyes, “es la esencia de la soberanía popular”⁴⁷¹.

De esta forma, el juez constitucional tiene prohibido ejercer la función legislativa, como competencia propia de la Asamblea

⁴⁷⁰ Jesús M. Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, 56.

⁴⁷¹ María Amparo Grau, “La omisión legislativa no es un instrumento político”, *El Nacional*, 8 de octubre de 2014. En: http://www.el-nacional.com/maria_amparo_grau/omision-legislativa-instrumento-politico_0_496750460.html

Nacional. Aunque la realidad en Venezuela demuestra que la Sala Constitucional ha ejercido en reiteradas oportunidades la llamada jurisdicción normativa (como la declaración de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre una materia o lo haga de acuerdo a los valores, principios y normas constitucionales⁴⁷²).

Que los jueces constitucionales carecen de facultades para legislar, por ser esta una función inherente del poder legislativo fue establecido en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 12 de septiembre de 1969, al señalar que:

Investido como está el Congreso de la potestad de legislar, a él corresponde escoger las vías más apropiadas para expresar su voluntad y decidir respecto de las ventajas o inconvenientes del contenido de una ley. Establecer si una o más normas deben o no incluirse en determinada ley o si los medios escogidos por el legislador son o no los mejores para lograr los fines previstos en la Constitución son cuestiones que escapan al control jurisdiccional de la Corte sobre los actos de los cuerpos legislativos nacionales, a menos que se viole una disposición expresa de la Constitución.

Al respecto téngase en cuenta que “los jueces constitucionales pueden ayudar al Legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base

⁴⁷² Este criterio de la Sala Constitucional “ha sido aplicado con ocasión de diversos procesos constitucionales en orden a “ajustar” normas legales a los principios y normas constitucionales, procediendo en algunos casos a establecer nuevas redacciones de las leyes objeto del examen constitucional. Es preciso señalar que la Sala ha advertido sobre el efecto provisorio de sus decisiones con efecto normativo, tanto cuando ha establecido el desarrollo de un precepto constitucional como en los casos en que, dejando sin efecto normas –a su juicio- inconstitucionales, las sustituye por interpretaciones de cómo debía actuarse o ajustando su redacción a los preceptos constitucionales”, Juan A Berríos Ortigoza, “Bases para la comprensión de la politización de la justicia constitucional en Venezuela (2000-2010): Ensayo de aproximación”, en Jesús M. Casal, *Defender la Constitución*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2011), 85.

política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no puedan ser deducidas de la Constitución misma⁴⁷³. En efecto, es posible afirmar como principio general, que los jueces constitucionales aún siguen siendo considerados –como Hans Kelsen solía decir: “Legisladores Negativos;” por oposición a ser “Legisladores Positivos” en el sentido de que, como lo afirman Richard Kay y Laurence Claus, los mismos no pueden elaborar ni crear leyes *ex novo* que sean producto “de su propia concepción,” ni adoptar “reformas” respecto de leyes que han sido concebidas por otros actores legislativos⁴⁷⁴.

Sin embargo, dado que en la actualidad se ha constatado que los jueces constitucionales en muchas oportunidades, al controlar la ausencia de leyes, crean normas que usualmente derivan de la Constitución, “en algunos casos, sustituyendo al propio Legislador, asumiendo un papel abierto de “Legislador Positivo” al expedir “reglas temporales y provisionales para ser aplicadas en asuntos específicos que aún no han sido objeto de regulación legislativa”, lo que se busca es controlar esa función de modo que no desborde en una violación del principio de separación de poderes y la usurpación del poder legislativo.

Brewer-Carías ha identificado que los jueces constitucionales, como “Legisladores positivos”, tienden a intervenir en las funciones del órgano legislativo de las siguientes formas:

(...), el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la legislación existente, asumiendo la tarea de auxiliares del Legislador, complementando disposiciones legales, agregando nuevas disposiciones a las existentes y también determinando los efectos temporales de la leyes;

⁴⁷³ Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, 77

⁴⁷⁴ *Ibidem*,

(...), el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la ausencia de legislación, por las omisiones absolutas o relativas del legislador, actuando en algunos casos como “Legisladores Provisionales”; y

(...), el papel de los jueces constitucionales como Legisladores en materias relativas al propio control de constitucionalidad de las leyes, en decir, en materia de justicia constitucional⁴⁷⁵.

Conforme a esta innegable realidad del ejercicio de los jueces constitucionales de sus funciones como “legisladores positivos”, se ha planteado ya no el completo rechazo de estas “actividades legislativas” por parte de los jueces constitucionales, sino la determinación del alcance y los límites de sus decisiones y el grado de interferencia permitido en relación con las funciones legislativas⁴⁷⁶. En efecto, como ha señalado Francisco Fernández Segado, el objetivo es evitar “convertir al guardián de la Constitución en soberano”⁴⁷⁷.

En el sentido anterior, téngase en cuenta cómo el Tribunal Constitucional federal Alemán desde finales de los años setenta del siglo pasado ha impuesto límites a la decisión de los recursos de omisión legislativa, disponiendo que para remediar la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales se debe tener en cuenta, en primer lugar, un claro mensaje constitucional incumplido; en segundo lugar, el transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera, y, por último, la posibilidad

⁴⁷⁵ *Ibidem*, 78.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, 78.

⁴⁷⁷ Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 161. Cit. en Allan Brewer-Carías, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV, 79.

de que el Poder Judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador⁴⁷⁸.

De esta forma señalamos entonces que la potestad configurativa del legislador es un principio conocido e importante, pero que, sin embargo, está limitada a lo que disponga la Constitución y no es inmune al control por el órgano correspondiente de justicia constitucional⁴⁷⁹.

En efecto, la razonabilidad en el ejercicio de aquella libertad es una de las piezas cruciales del engranaje que mueve las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia en cuestión. Si bien estos últimos órganos deben conducirse con deferencia prudente y reflexiva respecto del margen de apreciación del legislador, este no puede ignorar ad eternum las demandas de actuación concreta que la Constitución le fija⁴⁸⁰.

Lo anterior quiere significar que ni el juez constitucional puede convertirse en legislador, a pesar de que sus pronunciamientos constitucionales repercutan en el ordenamiento jurídico; ni el legislador puede escudarse en su libertad configurativa para eludir o posponer ilimitadamente el mandato constitucional que le impone materializar las determinaciones normativas contenidas en la Constitución⁴⁸¹.

10.5. Recurso de interpretación constitucional

Como hemos señalado previamente, el recurso de interpretación constitucional no está consagrado en la Constitución

⁴⁷⁸ Véase Néstor Pedro Sagüés, "La Corte Constitucional como legislador suplente y precario", en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo, *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, (Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2011), 103.

⁴⁷⁹ Víctor Bazán, "Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina", 23.

⁴⁸⁰ *Ibídem.* 23.

⁴⁸¹ *Ibídem.* 25.

como atribución de la Sala Constitucional, por el contrario, fue creado vía jurisprudencia de este órgano, el cual se auto atribuyó la competencia de decidir, de forma abstracta y autónoma, qué debe entenderse de los principios y normas presentes en la Constitución. Con posterioridad a su creación mediante la jurisdicción normativa de la Sala Constitucional, la interpretación constitucional, como recurso autónomo y competencia exclusiva de la Sala Constitucional fue indebidamente establecido en el numeral 17 del artículo 25 de la LOTSJ.

La interpretación constitucional se corresponde con el proceso lógico mediante el cual el juez constitucional busca el esclarecimiento de una norma constitucional cuyo contenido resulta confuso, ambivalente, indeterminado, general, con el objeto de aclararlo, concretarlo, darle virtualidad práctica y ajustarlo a las circunstancias históricas, y que tiene como finalidad la preservación de la Constitución así como facilitar su aplicación a situaciones concretas.

En el sentido anterior, la interpretación de una norma constitucional no es un medio para cambiar la Constitución, tampoco para darle un sentido aislado al del resto del sistema o bloque de la constitucionalidad, es para ajustar y determinar su alcance en un caso concreto, de acuerdo con el contenido, los principios, valores y normas de todo el conglomerado constitucional.

Sin embargo, el recurso de interpretación constitucional se ha convertido en un instrumento autónomo que ha desbocado al juez constitucional poniéndose en muchos casos por encima de la propia intención constituyente al establecer verdaderas normas generales con carácter vinculante más que criterios de aplicación.

Un ejemplo de la extralimitación del juez constitucional en abuso del medio de impugnación es la sentencia N° 07 de fecha 11 de febrero de 2016 de la Sala Constitucional, por medio de la cual no sólo se pronunció sobre la interpretación constitucional

solicitada del artículo 339 de la Constitución relativa al control parlamentario sobre los decretos de estado de excepción dictados por el presidente de la República en Consejo de Ministros⁴⁸²; sino que además, sin instancia de parte, de oficio, declaró la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 22 de enero de 2016 mediante el cual se desaprobó el Decreto No. 2.184 de emergencia económica del 14 de enero de 2016, y además, ratificó la “*legitimidad, validez, vigencia y eficacia*” de éste⁴⁸³ y desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 33 de la Ley Orgánica Sobre los Estados de Excepción.

Insistimos, el recurso de interpretación no puede concluir en la anulación de preceptos legales o actos parlamentarios, antes y por el contrario se concreta en verificar el contenido y alcance de una norma constitucional. Por ende, al desaplicar normas o actos que no fueron objeto de acción, incurrió la Sala en extralimitación.

Asimismo, el juez constitucional está impedido de ejercer por control difuso, mediante la decisión de un recurso de interpretación autónomo, la desaplicación de normas legales cuya nulidad y aplicación no se está solicitando. Esto ocurrió cuando la Sala Constitucional decidió sobre la interpretación autónoma de los artículos 136, 222, 223 y 265 constitucionales, y terminó realizando, en extralimitación al decidir fuera del mecanismo procesal ejercido, la revisión del contenido e incluso desaplicación por control difuso de ciertos artículos de la Ley sobre el Régimen para la

⁴⁸² Vid. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la decisión de la Sala Constitucional relativa al control parlamentario de los decretos de estado de excepción, de fecha 25 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20ACPS%20sobre%20sentencia%20No.%207%20de%20la%20Sala%20Constitucional%20del> pdf

⁴⁸³ Ello, a pesar de que de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, tal improbación implicaba la extinción inmediata del Decreto, la Sala Constitucional.

Comparecencia de los Funcionarios y Funcionarias Públicos y los Particulares ante la Asamblea.

Inclusive, aun cuando no ha sido siquiera solicitada la interpretación abstracta de un artículo de la Constitución, la Sala Constitucional, en exceso del medio de impugnación y en conocimiento de otros recursos distintos al de interpretación autónoma de la Constitución, ha decidido ejercer dicha facultad de oficio.

En el caso María Corina Machado del año 2014 la Sala Constitucional declaró inadmisibles “por falta de cualidad de los accionantes” una acción por intereses colectivos y difusos interpuesta contra el entonces presidente de la Asamblea Nacional. Pero, además, terminó interpretando de oficio (sin solicitud de parte) el artículo 191 de la Constitución, para revocar “de pleno derecho” la investidura de Machado como diputada de la Asamblea Nacional, por considerar que esta había aceptado una representación alterna de un país ante la Organización de Estados Venezolanos (OEA).

En efecto, la Sala Constitucional, consideró que la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 191 constitucional -cuál es la pérdida de la investidura de diputado-, que interpretó en esa ocasión -repetimos, de oficio-, resultaba ajustada al caso planteado (que nunca le fue planteado), señalando lo siguiente: al operar de pleno derecho, ante la aceptación de una representación alterna de un país, indistintamente a su tiempo de duración, ante un órgano internacional por parte de la ciudadana María Corina Machado, quien estaba desempeñando su cargo de Diputada a la Asamblea Nacional, lo cual constituye una actividad a todas luces incompatible durante la vigencia de su función legislativa en el período para el cual fue electa, pues esa función diplomática no solo va en desmedro de la función legislativa para la cual fue previamente electo o electa, sino en franca contradicción con los deberes como venezolana (artículo 130 constitucional)

y como Diputada a la Asamblea Nacional (artículo 201 *eiusdem*). Así se declara⁴⁸⁴.

Este caso y todos los mencionados son ejemplos del uso y abuso que se le ha dado al recurso autónomo de la interpretación constitucional, en la anticipación y justificación de las medidas de orden estrictamente político emanadas del poder gubernamental.

Bibliografía

Academia de Ciencias Políticas y Sociales. “Pronunciamiento sobre la decisión de la Sala Constitucional relativa al control parlamentario de los decretos de estado de excepción”, 25 de febrero de 2016. En: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACPS%20sobre%20sentencia%20No.%207%20de%20la%20Sala%20Constitucional%20del.pdf>

Academias Nacionales. “Declaración ante las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional”, 31 de marzo de 2017. En: www.acienpol.org.ve

Academia de Ciencias Políticas y Sociales. “Declaración sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” 4 de abril de 2017. En: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%201.pdf>

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*,

⁴⁸⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 207 de 31 de marzo de 2017.

Segunda edición. Caracas / New York, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016.

Almagro Nosete, José. *Justicia Constitucional: Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. 2da Edición. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.

Asamblea Nacional. “Acuerdo en apoyo de la Aplicación del artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela”, aprobado por la Asamblea Nacional en fecha 21 de marzo de 2017. En: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e2ec6cee39175e9e9_32f6c4b1ced4813999e3e01.pdf

Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

Badell Madrid, Rafael. “Poderes del juez constitucional”, Conferencia dictada en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao*. Universidad Monteávila. Caracas: 11 de noviembre de 2016. En: <http://badellgrau.com/?pag=37&ct=2145>

Berrios Ortigoza, Juan A. “Bases para la comprensión de la politización de la justicia constitucional en Venezuela 2000-2010: Ensayo de aproximación”, en Jesús M. Casal, *Defender la Constitución*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2011.

Brewer-Carías, Allan. *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1995.

Brewer-Carías, Allan. “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, *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2011.
- Brewer-Carías, Allan. *La condena y el encarcelamiento de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal, mediante un procedimiento sumario contrario a la Constitución, para despojarlos de su investidura electiva*. New York, 21 de marzo 2014. En: <http://allanbrewercarias.com/documentos/la-condena-y-el-encarcelamiento-de-alcaldes-por-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-usurpando-competencias-de-la-jurisdiccion-penal-mediante-un-procedimiento-sumario-contrario-a/>
- Brewer-Carías, Allan. *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición. Caracas / New York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2016.
- Brewer-Carías, Allan. *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XII. Caracas: Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017.
- Brewer-Carías, Allan, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo XIV. Caracas: Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017.
- Brewer-Carías, Allan. “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. Sentencia N° 156 de la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, No. 149-150, enero-junio 2017.
- Brewer-Carías, Allan. “La consolidación de la dictadura judicial: La Sala Constitucional, en un juicio sin proceso usurpó todos los

- poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria, Sentencia N° 155 de la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público* N° 149-150, enero – junio 2017. En: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>
- Casal, Jesús M. *Constitución y Justicia Constitucional*, Segunda edición ampliada. Caracas: Edit. Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- Casal, Jesús M. “Justicia y política: el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs Editores académicos, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Justicia y Política en América Latina*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Editorial Temis, Editorial Nomos S.A., 2018.
- Castrillón Y Luna, Víctor M. *El control constitucional en el derecho comparado*, en Luis Díaz Müller, *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2897/5.pdf>
- Celoto, Alfonso. “Formas y Modelos de Justicia Constitucional. Un Vistazo General”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández, *Justicia constitucional local*, Queretaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.
- Elizondo Gasperín, María M. “Derecho procesal constitucional”, en *Cuadernos procesales*, año 4, N° 8 2008.
- Escudero, Margarita. *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004.
- Fernández Rodríguez, José J. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

- Fernández Segado, Francisco. “El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales”, *Revista PUCP*, Núm. 52 – 1999.
- Fernández Segado, Francisco, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *El Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de la nación, 2003.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/8.pdf>
- Figuroa Mejía, Giovanni A. *La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano*, en César Astudillo y Jorge Carpizo, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*. Ciudad de México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- García Pelayo, Manuel. “El Status del Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, 1981, 15.
- González Pérez, Jesús, “Las sombras de la jurisdicción constitucional”, en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo, *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2011.

- Gozaíni, Osvaldo. *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I. Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999.
- Grau, María A. *La omisión legislativa no es un instrumento político*, El Nacional, 8 de octubre de 2014. En: http://www.elnacional.com/maria_amparo_grau/omision-legislativa-instrumentopolitico_0_496750460.html
- La Roche, Humberto. “Jurisdicción Constitucional y Contencioso Administrativo” en *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, Tomo I. Barquisimeto, Editores S.R.L., 1993.
- Landa, Cesar. “Justicia Política en Perú”, en Bazán, Víctor y Fuchs, Marie-Christine. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Justicia y Política en América Latina*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Editorial Temis, Editorial Nomos S.A., 2018.
- Molina Galicia, René. *Reflexiones sobre una Visión Constitucional del Proceso, y su Tendencia Jurisprudencial. ¿Hacia un Gobierno Judicial?*. Caracas: Ediciones Paredes, 2002.
- Morelli, Sandra. *La Corte Constitucional: un papel por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002.
- Pastor Badilla, Claudia & Hernández Sánchez, Eduardo, “La omisión legislativa en la protección de los derechos políticos”, *Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 2, 2008.
- Rueda, Aníbal J. “Derecho Procesal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 5, 2009.
- Sagüés, Néstor, “La Corte Constitucional como legislador suplente y precario”, en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo, *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2011.

Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Sola, Juan V. *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

Tolosa Tribiño, Cesar. “El valor probatorio del expediente administrativo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*. n° 23 enero 2011. I., *The Federalist* Cambridge, ed. B.F. Wright, 1961.

JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

RAFAEL VÁSQUEZ GOICO

Licenciado en Derecho, *Magna Cum Laude*, de la Universidad Eugenio María de Hostos. Magíster en Derecho Procesal Civil y en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Magíster en Derechos y Libertades Fundamentales de la Universidad Castilla-La Mancha, España. Profesor de Derecho del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derechos Fundamentales, Derecho Administrativo, Derecho de Amparo, Teoría del Derecho y Teoría de la Justicia en la Escuela Nacional de la Judicatura y en varias universidades nacionales. Es juez de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

Introducción

Antes que nada quiero agradecer a los organizadores de esta IX Jornada de Derecho Administrativo, Dr. Allan Randolph Brewer-Carías nuestra escogencia para la presente participación como ponente. Sinceramente es un privilegio poder aportar ideas en un evento de tanto prestigio en el mundo del Derecho Administrativo.

Lo anterior se potencializa por el tema que nos fuera encomendado: “Justicia Administrativa y Tutela Judicial Efectiva”, materia ésta que guarda una estrechísima relación con la idea central o “hilo unificador” de este evento referido a “La Administración Pública en el Estado Social de Derecho”. Decimos esto debido a dos razones básicas: la primera es que frente a la vigencia de la vetusta ley 1494 del año 1947, con más de 70 años de permanencia en nuestro ordenamiento jurídico y a los esfuerzos para la aprobación

en el Congreso de una nueva ley sobre el control jurisdiccional de la actividad de la administración pública resulta muy interesante abordar específicamente algunas ideas sobre Tutela Judicial Efectiva y Justicia Administrativa; y b) Escoger el concepto “Justicia Administrativa” en lugar de Jurisdicción Contencioso Administrativo o Proceso Contencioso Administrativo si quiere algo con lo que estamos totalmente de acuerdo, en el sentido de que la Tutela Judicial Efectiva es un derecho tan vigoroso y expansivo que aplica en cualquier modelo de control de la actividad del Estado, ya sea al francés administrativista o al judicialista con una jurisdicción especializada en la materia. En ambos casos rige entonces el Derecho Fundamental a una Tutela Judicial Efectiva.

Debido al tema propuesto, nuestra ponencia debe girar en torno a dos ejes centrales. El primero tiene que ver con la implicación mutua o relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la justicia administrativa y en el segundo comentaremos algunos aspectos que consideramos “pilares” para la realización del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en lo que se refiere específicamente para el Proceso Contencioso Administrativo Dominicano.

1. ¿Qué relación tienen la Tutela Judicial Efectiva y el proceso contencioso-administrativo dominicano?

Sostenemos aquí que para el ordenamiento constitucional dominicano el control pleno y universal de la actividad de la administración pública es un Derecho Fundamental derivado de diversas disposiciones, pero perfectamente configurado. Esta afirmación redimensiona el control de los actos de la administración al potencializar e intensificar su fuerza y jerarquía normativa.

En efecto, nuestra Constitución no solo crea en su artículo 164, dentro de las jurisdicciones especializadas, a la contenciosa administrativa para el conocimiento de los “recursos” contra los actos

de la administración, de lo cual se empezaría a inferir este derecho que apuntamos, sino que además: a) El artículo 69 Constitucional establece el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva aplicable a todo tipo de proceso, dentro del cual se encuentra obviamente el contencioso administrativo; b) Los artículos 139 y 164 establecen que ese control de la administración es pleno y universal, es decir, aplica para todos “...los actos, actuaciones y disposiciones de las autoridades administrativas” y c) hay que recordar que en la República Dominicana el catálogo de Derechos Fundamentales previsto en los artículos 37 y siguientes de nuestra Carta Magna no es restrictivo ni limitativo, sino simplemente enunciativo, por lo que será un derecho fundamental cualquier beneficio que se parezca a los derechos de dicho catálogo. Así las cosas, sin duda alguna que este control pleno y universal por los ciudadanos de los actos de la administración es un beneficio similar a los del catálogo, por lo que es un derecho fundamental en virtud de la disposición del artículo 74.1 de la Constitución.

Si el control pleno y universal de la actividad de la administración pública por parte de los ciudadanos es un derecho fundamental, ello implica que aplican los beneficios normativos y garantías previsto por la constitución para ese tipo de derecho, así como que ese tipo de normativización hace que dicho beneficio o derecho deba ser tenido en serio, por utilizar una frase del conocido teórico del Derecho estadounidense, recién desaparecido, Ronald Dworkin.

2. Algunos aspectos indispensables y especiales para la realización de la Tutela Judicial Efectiva en el proceso contencioso administrativo dominicano

Como redimensión del complejo de sub-derechos establecidos en el artículo 69 de la Constitución Dominicana, el cual trata de

las garantías mínimas procesales por ante todo tribunal del orden judicial o para el dictado de la actuación de la administración pública, abordaremos aquí algunos aspectos especiales de la Tutela Judicial Efectiva que guardan relación especial con un concepto constitucionalmente adecuado de la justicia administrativa, ello teniendo en cuenta que para el caso dominicano se trata de una Constitución enclavada en el Estado social y democrático de derecho.

2.1 Control Pleno y Universal de los actos de la Administración Pública.

2.1.1 Universalidad del Control

Uno de los problemas más importantes del sistema francés y posteriormente europeo fue esa posición hegemónica que se otorgó a la ley en detrimento de la Constitución. En efecto, la ley era considerada como emanada del pueblo mismo, razón por la que devino en incontrolable por ningún otro poder público. Es que los asambleístas de la Revolución Francesa tenían tanto miedo que otro monarca absoluto arribara al poder –lo cual no era un asunto descabellado debido a la herencia cultural e histórica que tenía la Europa continental de ese entonces- que prefirieron otorgar el Poder del Pueblo (soberanía popular) al parlamento (soberanía parlamentaria). Ello a diferencia de lo que ocurrió en las colonias inglesas de América del Norte en la formación de la nación que hoy se conoce como Estados Unidos de Norteamérica, donde el poder del pueblo no fue pasado al Poder Legislativo, sino que quedó en el pueblo mismo, es decir, en su Constitución, teniendo los jueces el deber de reivindicarla, incluso frente a la misma ley.

Así las cosas, un primer problema que se planteó fue si el control de legalidad se refería solo a la ley “*stricto sensu*”, es decir, al acto por antonomasia del Poder Legislativo, o por el contrario también implicaba la concordancia de la actividad de la administración con

la Constitución. Hemos dicho que en Europa Continental en un primer momento fue de esa manera (respeto únicamente a la ley escrita), pero luego ocurrió lo que se conoce como “constitucionalización de la legalidad” en la que los Principios y Derechos de las personas consagradas por la Constitución pasaron a ser un control del accionar de los Poderes Públicos. Es el caso del ordenamiento jurídico dominicano que ha seguido, desde sus orígenes en ese aspecto, al sistema norteamericano que consagra la primacía de la Constitución por ante todos los jueces del sistema judicial.

Otra derivación constitutiva de control de legalidad de los Poderes Públicos es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo contenido está en las Convenciones y Tratados suscritos y ratificados por los Poderes Internos Dominicanos, ello en vista de que la nueva dogmática del Derecho Constitucional establece que estas normas forman parte del Derecho Interno Dominicano, incluso con rango idéntico al de la Constitución. En efecto, el artículo 74.3 reza de la manera siguiente: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”*.

Lo anterior podríamos considerarlo con una extensión del principio de legalidad “hacia arriba” respecto a un concepto estricto de la ley; pero también sucedió una extensión “hacia abajo”, la cual se verificó con la insuficiencia de la ley “*stricto sensu*” para regular todas las situaciones ocurridas con el devenir de los tiempos en diversas circunstancias sociales, económicas y tecnológicas, lo cual provocó que la función reglamentaria que realizaba el Poder Ejecutivo fuera más allá de una simple aplicación de normas, enfrascándose en funciones normativas delegadas, incluyendo atribuciones excepcionales en casos de urgencia o calamidad pública que en otrora era función únicamente del Poder Legislativo. Este proceso ha llegado a que en algunos ordenamientos constitucionales se

ha creado: a) una función normativa residual para que el poder ejecutivo reglamente materias que no están reguladas por la ley; y b) una zona reglamentaria independiente (por materia) a favor del reglamento. Adicionalmente el monopolio de la ley se ha visto “desafiado” en muchos países por la creación de normas por entidades no estatales de derecho público (colegios profesionales, convenciones colectivas de trabajo, etc.).

Podría decirse, sin temor a equivocarnos, que nuestra Constitución vigente abraza este proceso que hemos designado como de extensión “hacia arriba” y “hacia abajo” del concepto “*stricto sensu*” del concepto de ley, al momento en que el artículo Núm. 165 de la Constitución establece como competencia del Tribunal Superior Administrativo lo siguiente: *“Artículo 165.- Atribuciones. Son atribuciones de los tribunales superiores administrativos, sin perjuicio de las demás dispuestas por la ley, las siguientes: 1) Conocer de los recursos contra las decisiones en asuntos administrativos, tributarios, financieros y municipales de cualquier tribunal contencioso administrativo de primera instancia, o que en esencia tenga ese carácter; 2) Conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares, si éstos no son conocidos por los tribunales contencioso administrativos de primera instancia; 3) Conocer y resolver en primera instancia o en apelación, de conformidad con la ley, las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles; 4) Las demás atribuciones conferidas por la ley”*.

Estimamos muy significativo que este texto, disponiendo a propósito de la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en general y del Tribunal Superior Administrativo en particular, reconozca que podrá interponerse un recurso contencioso contra los actos y actuaciones “contrarios a derecho”. Sin duda alguna que este es un reconocimiento casi expreso de que el control de la legalidad de los poderes públicos no se circunscribe

a la ley “*stricto sensu*”, sino que abarca la concepción del Derecho⁴⁸⁵ que esté más acorde con la teoría constitucional vigente.

Sobre este particular el Tribunal Constitucional Dominicano dictó una decisión, la TC/0021/13, que es cónsona con todo lo antes dicho y cuya motivación en ese aspecto dice lo siguiente:

“La acción directa en inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución y 36 de la referida Ley No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas); es decir, aquellos actos emanados de los poderes públicos con carácter normativo y alcance general.

9.2. La Orden General No. 017-2009, de la Jefatura de la Policía Nacional, de fecha treinta y uno (31) de marzo de dos mil nueve (2009), objeto de la acción directa de inconstitucionalidad que nos ocupa, no constituye una norma de alcance general.

9.3. Conforme a lo dispuesto por el artículo 165.2 de la Constitución, incumbe a los tribunales superiores administrativos: “Conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares, si éstos no son conocidos por los tribunales contencioso administrativos de primera instancia”.

9.4. La Orden General No. 017-2009, de la Jefatura de la Policía Nacional, es una actuación derivada de las relaciones de los particulares involucrados en la misma y un órgano de la

⁴⁸⁵ Utilizamos aquí el concepto derecho como ordenación objetiva de una comunidad, no como beneficio subjetivo.

Administración del Estado. Por tanto, para el apoderamiento de un recurso contra dicha Orden General, en el que se aleguen actuaciones contrarias al derecho incurridas en su expedición y ejecución, deberán observarse las prescripciones del indicado artículo 165.2 de la Constitución de la República.

9.5. En el caso ocurrente, conforme se comprueba por certificación expedida por la Secretaria General de la Procuraduría General de la República, Kenia A. Peña Rodoli, del cinco (5) de junio de dos mil doce (2012), que reposa en el expediente, existe un recurso contencioso administrativo interpuesto por Melvin Rafael Velásquez Then contra la Orden General No. 017-2009.

9.6. En consecuencia, en la instrucción de dicho recurso, en cumplimiento de la prescripción del artículo 165.2 de la Constitución, la jurisdicción contenciosa administrativa podrá examinar todas las actuaciones contrarias al derecho alegadas contra dicha Orden General, incluyendo, por la vía difusa, las cuestiones de inconstitucionalidad. En este caso, este Tribunal Constitucional pudiere garantizar la supremacía constitucional, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, conforme al artículo 185.1 de la Constitución, mediante el recurso de revisión que pudiere interponerse contra la sentencia definitiva e irrevocable que se dicte como culminación del referido recurso contencioso administrativo”.

2.1.2 Plenitud del control

Esto indica que si el acto es violatorio a las fuentes del Derecho existentes⁴⁸⁶: acto administrativo, reglamento, ley, cons-

⁴⁸⁶ Tal y como se infiere del artículo 165.2 de la Constitución cuando establece como competencia del Tribunal Superior Administrativo la de conocer del control de las actuaciones “contrarias a derecho”.

titución o tratado internacional, será sancionado con el control correspondiente que proceda según considere el Tribunal. Se trata de una situación de tipo objetivo para la que no es necesario una manifestación material del acto enjuiciado, tal y como se verifica de la tradición francesa del Contencioso objetivo y pleno de anulación, que es en definitiva el antecedente principal de la materia que estamos tratando.

2.2 ¿La jurisdicción administrativa es el único Tribunal que puede controlar la administración pública?

Este es un punto que ciertamente debe interesar a la Tutela de los Derechos en el Derecho Administrativo. Lo que se intentará aquí es reflexionar sobre si tiene cobertura constitucional la afirmación de si corresponde de manera exclusiva al Tribunal Superior Administrativo el control de los actos dictados por la administración pública, es decir, si dicha competencia o facultad es un monopolio creado por la Constitución vigente a favor de dicha jurisdicción.

Antes que nada, debemos partir de dos presupuestos básicos: a) una afirmación como esta, atribuyendo competencia exclusiva a la jurisdicción administrativa para conocer del control en derecho de los actos de la administración pública, solo tendría sentido si se tiene en cuenta el bien jurídico de la especialidad del tribunal como garantía de una óptima justicia material de los fallos (Tutela Judicial Efectiva); y b) debemos tener en cuenta que cualquier interpretación atributiva de monopolio a cargo de la jurisdicción administrativa podría tener como sustento que la Constitución estructura una jurisdicción administrativa de dos (2) grados, pero que en la actualidad solo existe el Tribunal Superior Administrativo que es un órgano concebido normativamente como de apelación, el cual es, por el asunto de la especialidad

antes comentado, la única jurisdicción puramente administrativa, ya que las demás que podrían conocer asuntos administrativos no exhiben dicha condición.

Dicha reflexión es muy importante ya que, en caso de ser verdad, ello implicaría la no conformidad de las leyes que otorgan potestad a otras jurisdicciones diferentes a la administrativa para controlar la legalidad de ciertos tipos de administraciones públicas. La razón por la que una ley haría esto (otorgar competencia a otras jurisdicciones diferentes a la administrativa) es evidente, ya que en muchos casos la competencia de atribución de una jurisdicción en particular es más afín con la naturaleza de las situaciones que deben ser decididas por algunas administraciones especializadas, lo que las hace más idóneas para realizar las apreciaciones y valoraciones de lugar a los fines de tomar decisiones más justas.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia parece opinar lo contrario cuando en su sentencia de fecha 27 de mayo del año 2015, dictada por la Tercera Sala, B.J. Núm. 1254, sentencia Núm. 48, estableció lo siguiente:

“Considerando, que en el desarrollo de su único medio de casación la recurrente alega en síntesis, que el Tribunal Superior Administrativo antes de conocer el alegato de incompetencia que le fuera planteado por la parte recurrida, debió, en atención a las disposiciones del artículo 31 de la Ley No. 1494 de 1947, sobreseer el caso y luego someter la cuestión ante la Suprema Corte de Justicia, para que sea ésta la que decida sobre la referida excepción de incompetencia; que en virtud del artículo 1ro. de la Ley 1494/47 y 165 de la Constitución, el Tribunal Superior Administrativo está investido para intervenir, de manera exclusiva, en un proceso de naturaleza administrativa, es decir, entre la administración y un particular, sea como jurisdicción de segundo

grado para conocer de los recursos contra los actos jurisdiccionales de los tribunales contencioso administrativos de primera instancia o que en esencia tengan ese carácter, o bien como tribunal de primer grado para conocer de los recursos contra los actos administrativos del Estado en su relación con los particulares y que no competen en primer término a otro tribunal contencioso administrativo; que en el presente caso se está frente a una Resolución del Director General de la Onapi en sus funciones puramente administrativas y cuyo conocimiento en primer término, de manera contenciosa, no compete a ningún otro órgano más que al Tribunal Superior Administrativo;

Considerando, que para fundamentar su decisión el tribunal a-quo sostuvo que: “del análisis del expediente, este Tribunal ha podido comprobar que de conformidad con lo establecido en el artículo 157 numeral 2 de la Ley 20-00 sobre Propiedad Intelectual, se le atribuye la competencia exclusiva a las Cortes de Apelación de los Departamentos Judiciales correspondientes al lugar donde esté ubicada la Oficina Nacional de Propiedad Industrial, en sus atribuciones civiles y comerciales, y en el caso de la especie y en consonancia con lo expresado por la parte recurrida y el Procurador General Administrativo, es procedente declarar la incompetencia de este tribunal y en consecuencia declinar el presente expediente por ante la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento Judicial del Distrito Nacional, por su conocimiento y fallo;

Considerando, que del estudio de la sentencia impugnada y de la documentación a la que ella se refiere, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha podido establecer, que el Tribunal Superior Administrativo yerra al dictar su

decisión declarando su incompetencia para conocer del recurso jurisdiccional intentado contra la Resolución administrativa dictada por la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial, (Onapi), puesto que conforme a lo previsto por los artículos 139 y 165 de la Constitución Dominicana, a los Tribunales Superiores Administrativos les corresponde, de forma exclusiva, conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares;

Considerando, que ha sido juzgado, que al resultar incuestionable que el acto dictado en la especie por la Onapi en perjuicio de los intereses de la hoy recurrida constituye un acto administrativo, esto evidencia, sin lugar a dudas, que le corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa la facultad de controlar la legalidad de esta actuación administrativa, ya que así lo ordenan los dos textos previamente indicados, que son principios sustantivos de la Constitución de la República y que se imponen a toda ley o a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico en virtud del principio de supremacía constitucional consagrado por el artículo 6 de la misma; esto es así, porque la Constitución como norma suprema está asegurada por el contenido del referido artículo; y por lo tanto, como norma fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico da lugar a que su contenido permita la derogación de leyes y disposiciones anteriores cuando son opuestas a ésta, lo que vale decir, la pérdida de vigencia de tales normas, por aplicación del criterio de temporalidad y de jerarquía desprendidos del contenido del indicado artículo 6;

Considerando, que aplicando este contenido al caso de la especie se puede concluir, que la disposición establecida por el artículo 157 de la Ley núm. 20-00 que le atribuye competencia a los tribunales de derecho común para conocer de los recursos contra las decisiones del Director de la Onapi, si bien en su momento era una norma constitucional en la forma y el fondo, ha quedado derogada deviniendo en inconstitucional a consecuencia de la Reforma Constitucional de 2010, en la que los artículos 139 y 165 de la Constitución le han atribuido competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, encabezada por los Tribunales Superiores Administrativos, para ejercer el control de legalidad sobre la actuación administrativa;

Considerando, que de esto se desprende, que la disposición contenida en el citado artículo 157 de la Ley núm. 20-00 se encuentra actualmente derogada por el precepto constitucional, por lo que la Corte de apelación, como tribunal de derecho común, luego de la Reforma Constitucional de 2010, no tiene facultad de conocer del recurso indicado en dicho texto, cuando la decisión recurrida, como ocurre en el presente caso, recaiga sobre un acto administrativo, puesto que esta materia es de la competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque así lo dispone la Constitución;

Considerando, Que al ser la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer de la legalidad de los actos de la administración, procede casar la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo a fin de que sea apoderado nuevamente el Tribunal Superior Administrativo para que proceda a conocer el fondo del asunto”.

El problema con esta decisión es que inhabilitaría cualquier otro Tribunal que no fuera parte de la jurisdicción administrativa⁴⁸⁷ para conocer el Contencioso Administrativo. Pensemos por ejemplo en el artículo 3 de la ley 13-07 sobre traspaso de competencias del Tribunal Superior Administrativo cuyo texto es el siguiente: *“Artículo 3.- Contencioso Administrativo Municipal. El Juzgado de Primera Instancia en sus atribuciones civiles, con la excepción de los del Distrito Nacional y la Provincia de Santo Domingo, serán competentes para conocer, en instancia única, y conforme al procedimiento contencioso tributario, de las controversias de naturaleza contenciosa administrativa que surjan entre las personas y los Municipios, entre las que se incluyen las demandas en responsabilidad patrimonial contra el Municipio y sus funcionarios por actos inherentes a sus funciones, con la sola excepción de las originadas con la conducción de vehículos de motor, así como los casos de vía de hecho administrativa incurrido por el Municipio. Al estatuir sobre estos casos los Juzgados de Primera Instancia aplicarán los principios y normas del Derecho Administrativo y sólo recurrirán de manera excepcional, en ausencia de éstos, a los preceptos adecuados de la legislación civil”*.

Este texto está literalmente otorgando competencia al Juzgado de Primera Instancia, “en sus atribuciones civiles” para que conozca de los conflictos entre las personas y los Municipios. La razón de esto es también obvia, ya que los habitantes de un municipio lejano no tendrán que venir a la capital a dirimir los conflictos en el Tribunal Superior Administrativo, afectando de ese modo de manera sensible el acceso a la justicia protegido por la Constitución en su artículo 69.1. Ahora bien, si es verdad que la jurisdicción administrativa tiene el monopolio del control de las actuaciones de los poderes públicos conforme a nuestra Carta Magna ¿qué pasaría con este texto? ¿Respetaría la Constitución?

⁴⁸⁷ En la actualidad el único Tribunal con esta característica es el Tribunal Superior Administrativo, ya que no se ha conformado la jurisdicción administrativa de primer grado prevista en la Constitución.

Podemos decir que la ley 13-07 comete un error al establecer que el Contencioso Municipal a cargo de los Juzgados de Primera Instancia se conocerá en atribuciones civiles, ya que bien se pudo decir que esos asuntos se conocerían en atribuciones administrativas. No obstante, en ambos casos el problema persiste puesto que es un Tribunal no especializado en Derecho Administrativo que controlará la actividad de los municipios, lo cual tendría un roce con la Constitución en caso de que se piense que el monopolio de ese control lo debe ejercer el órgano que actualmente conforma la jurisdicción administrativa especializada, que para el caso es el Tribunal Superior Administrativo. Por lo tanto, creemos que cuando una ley atribuye a un Tribunal no perteneciente a la jurisdicción administrativa el control de alguna actividad especial de los Poderes Públicos, dicho tribunal, en ese caso, actúa como jurisdicción administrativa para esos casos específicamente, pues como veremos a seguidas la Constitución no ampara ese monopolio que podría ser sustentado en la especialidad.

En efecto, la Constitución establece en su artículo 139 que “los Tribunales” en sentido general controlarán la legalidad de la administración pública, y el propio artículo 164 que establece la existencia de la jurisdicción administrativa, dice que estará integrada por los tribunales superiores administrativos y tribunales contenciosos administrativos de primera instancia, los cuales tendrán las atribuciones “que dicte la ley”, razón por lo que el artículo 165.2 de la Constitución debe ser interpretado como residual en el sentido de que cuando una ley no atribuya el control de la legalidad de los Poderes Públicos a una jurisdicción específica, corresponderá esta tarea al Tribunal Superior Administrativo.

El proyecto de ley de control de la actuación administrativa que cursa en el Congreso actualmente adopta esta última posición de no monopolio de la jurisdicción administrativa en su artículo 4, cuando plantea textualmente lo siguiente: “*Artículo 4.- Ámbitos*

excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se excluyen del ámbito del control contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a la jurisdicción constitucional, civil, penal, contencioso-electoral, arbitral y laboral, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública”.

2.3 Debe procederse a una amplia legitimación para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa que supere la concepción del derecho subjetivo establecido por la ley 1494 del año 1947.

El tema de la legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo si se quiere es un poco contradictorio, pues en su parte general el artículo 1 de la ley 1494 del año 1947 exige la presencia de un interés legítimo para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa y en la letra “c” de este mismo artículo se requiere de la presencia del Derecho Subjetivo para poder accionar. Este texto no ha sido reformado ni por la ley Núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la administración y de Procedimiento Administrativo, pues esta trata sobre el procedimiento que debe seguir la administración para el dictado de los actos y no cubre lo contencioso jurisdiccional propiamente dicho⁴⁸⁸, ni mucho menos por la ley 137/11 que regula el procedimiento de la acción de amparo⁴⁸⁹.

Interés legítimo y derecho subjetivo son dos conceptos diferentes. El interés legítimo es una figura cercana –pero no idéntica– a la de derecho subjetivo. Consiste en cualquier situación de ventaja, beneficio o de compensación de un perjuicio que procura el demandante con su pretensión, lo cual la diferencia del derecho

⁴⁸⁸ Independientemente de lo dicho hay que observar que el artículo 17 de la mencionada ley No. 107/13 exige la presencia de un derecho subjetivo o interés legítimo, individual o colectivo para poder ser considerado como interesado en el procedimiento administrativo.

⁴⁸⁹ Muy específicamente el interés en materia de amparo en defensa de derechos colectivos o intereses difusos que es diferente al interés para acceder al Contencioso Administrativo, ello aunque ambas acciones sean de la competencia de la jurisdicción administrativa.

subjetivo en que este último configura una institución jurídica prevista expresamente en el ordenamiento a favor del que la invoca. En el caso del interés legítimo lo que debe establecer el demandante es una situación o posición fáctica y jurídica de cuyo contexto y naturaleza nace un vínculo que une la pretensión del accionante con el objeto del pleito, haciéndolo titular del beneficio o ventaja reclamada (Derecho)⁴⁹⁰. Se trata en definitiva de la invocación de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante, es decir, no ajeno ni abstracto, perteneciente a su círculo de intereses. En algunos casos inclusive se ha vinculado el interés legítimo a la noción de lesión o daño en los derechos del litigante. Eso sí, en ambos casos es necesaria la ilegalidad de la actividad de los poderes públicos, ya que la verificación de la apertura a la jurisdicción, así como la facultad jurisdiccional de la jurisdicción administrativa solo es posible en el caso de un accionar contra derecho por parte de los poderes públicos, pues en caso contrario habría un resquebrajamiento del principio de separación de poderes.

Sin embargo la letra “c” del mismo artículo 1 de la ley 1494 del año 1947 impone como requisito para interponer el recurso contencioso administrativo contra actos administrativos que violen la ley, que éstos “...*vulneren un derecho, de carácter administrativo, establecido a favor del recurrente por una ley, un reglamento, un decreto o un contrato administrativo*”. Esto obviamente plantea una contradicción con la parte general del texto en cuestión que exige solamente la presencia del interés legítimo, ya que hemos visto que son figuras diferentes.

Esta contradicción podría solucionarse estableciendo una interpretación de estas normas conforme a la Constitución mediante la aplicación de la norma más favorable para el titular del Derecho Fundamental de acceso a la justicia (Derecho

⁴⁹⁰ Preferimos aquí la concepción del término derecho bastante omnicompreensiva de otros conceptos, entre los que se incluye el de “interés legítimo”.

Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva previsto en el artículo 69.1 de la Constitución), ello de conformidad con el artículo 74.4 de nuestra Carta Magna, caso en el cual tendría efecto únicamente la exigencia del interés legítimo como requisito para el ejercicio del Derecho de Acción ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por ser la situación más beneficiosa para los Derechos Fundamentales de la persona.

Sin perjuicio de todo esto, creemos que debe flexibilizarse el acceso a la jurisdicción administrativa mediante una concepción del interés legítimo bastante maleable y dúctil, cuya exigencia se reduzca a una relación que pueda ser reconducida en términos jurídicos y que una al accionante y lo que este pide al juez (pretensión). Es decir, que lo solicitado no salga del círculo de intereses del que lo solicita.

Por otra parte, debe darse cabida expresa a acciones en reclamo de derechos colectivos y de naturaleza difusa a cargo de organismos representativos y creados por la ley para reclamar los derechos de sus afiliados.

Sin embargo hay una situación relacionada con el artículo Núm. 139 de la Constitución que merece especial atención. Dicho texto reza: *“Control de legalidad de la administración pública. Los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública. La ciudadanía puede requerir ese control a través de los procedimientos establecidos en la ley”*. Resulta común que muchos cultores del Derecho Administrativo sostengan que este texto debe ser interpretado en el sentido que corresponde a la “ciudadanía” en general reclamar el control de los actos de la administración pública ante los Tribunales. Si esto es así estamos en presencia de una acción popular, en donde la persona del demandante no tiene importancia práctica, así como tampoco las nociones de interés o legitimación, ya que lo importante es el control objetivo

de la legalidad. Cualquiera, sin excepción, tendría acceso a la jurisdicción administrativa, con los inconvenientes relativos a la incapacidad de la misma de atender la avalancha de casos que podría producirse⁴⁹¹.

Hay que entender que ciertamente sería ideal que no existieran límites ni requisitos especiales para el acceso a la jurisdicción administrativa y que los Tribunales de ese orden se abocaran a reglar la legalidad de todas las actuaciones cuyo control requirieran las personas, satisfaciendo de ese modo el mandato dispuesto por la cláusula del Estado de Derecho; sin embargo, también es cierto que todo Tribunal, por mucha estructura que tenga, solo puede atender a una suma determinada de casos en términos materiales, ello al igual que una oficina pública solo puede atender eficazmente un número limitado de peticiones o un hospital una cantidad determinada de enfermos. Creemos entonces que hay que crear un equilibrio entre dos polos opuestos: a) la posibilidad de una acción popular donde no existan límites ni requisitos especiales para el acceso a la jurisdicción, ni sean de importancia práctica las nociones jurídicas de interés o legitimidad; y b) la existencia de un derecho subjetivo previsto con anterioridad de manera expresa por el ordenamiento jurídico, lo que ya hemos visto restringe más el acceso a la justicia que la noción de interés legítimo, que es más flexible que aquella.

Nuestro criterio con respecto a los requisitos procesales que determinen el acceso a la jurisdicción administrativa deben ir de la mano de una noción maleable lo que se conoce en el derecho administrativo como interés legítimo, debiendo relacionarse dicha

⁴⁹¹ Sostenemos que este texto del artículo 139 no podría ser interpretado así, ya que el mismo establece de manera expresa que el control derecho de los actos de la administración pública lo realizaría la ciudadanía "a través de los procedimientos establecidos por ley", permitiendo de ese modo que la ley procesal determine diversos asuntos, entre los que obviamente se encuentran la determinación de los requisitos para su reclamo ante los jueces.

noción con tres (3) situaciones básicas: a) que la sentencia que se solicite (materia que conforma la pretensión del accionante) esté dentro de su círculo de intereses, es decir, debe procurarse algún tipo de beneficio con su pretensión; b) que lo anterior se determina por la posición o situación jurídica o fáctica del accionante; y c) que haya una violación jurídica a una regla de derecho administrativo por parte del órgano público demandado.

2.4 El Control de Constitucionalidad

No existe duda que si la justicia administrativa puede controlar los actos de la administración que sean contrarios a la Constitución, ello es muy importante para la realización de ese Derecho Fundamental que mencionábamos anteriormente relativo al control pleno y universal por parte de los particulares sobre el accionar de la administración pública.

También hemos visto más arriba que el Tribunal Superior Administrativo puede proceder a ese control constitucional en vista de que el citado artículo 165.2 de la Constitución le otorga esa potestad cuando indica que dicha jurisdicción controlará en derecho la actividad administrativa, destacándose que el Tribunal Constitucional dominicano de manera pacífica ha dicho que esa frase “control en derecho” utilizada por el citado artículo 165.2 de la Constitución implica el control de constitucionalidad⁴⁹².

Pero sucede que no estamos muy seguros de que cuando el Tribunal Superior Administrativo controla la constitucionalidad de una actuación de la administración pública lo hace mediante la vía difusa prevista en el artículo 188 constitucional, ello por las siguientes razones: a) por un asunto formal: en efecto la norma que confiere la potestad (o por lo menos una de ellas) es el

⁴⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional TC/0021/13

artículo 165.2 de la Constitución, no el 188; b) porque la característica del recurso contencioso de anulación como forma típica de apoderamiento de la Jurisdicción Administrativa, por ejemplo, en contra de un acto administrativo por contravenir una fuente de derecho (reglamento, ley o constitución, etc.) no plantea una cuestión incidental -que es una característica propia del control difuso- sino que es una acción principal porque no lo precede ningún otro diferendo judicial entre las partes; c) Este control que hace el Tribunal Superior Administrativo de legalidad o constitucionalidad es de tipo objetivo o abstracto⁴⁹³, que no es una característica inherente al control difuso de constitucionalidad. Y d) en relación a la anulación de actos normativos o de alcance más o menos general o que afectan a muchas personas vinculadas por circunstancias jurídicas o de hecho, no parece razonable, por la propia efectividad de los derechos y la economía procesal, que esas sentencias tengan efectos solamente entre las partes intervinientes en el proceso, ya que los demás tendrán individualmente que cursar su propio procedimiento, lo cual se agrava cuando se trata de derechos colectivos o intereses difusos o que las acciones hayan sido ejercidas por órganos o instituciones facultadas por la ley en defensa de los ciudadanos en general, como sería el caso del defensor del pueblo, o de los afiliados de una corporación que haya sido constituida para defender a sus afiliados.

2.5 Justicia cautelar

Vínculo de lo cautelar con el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva previsto en el artículo 69 de nuestra Carta Magna.

Una justicia tardía es una injusticia. Si al momento de concedérsele la razón a quien la tiene no tiene objeto ni sentido ejecutar

⁴⁹³ Incluso ese control del acto administrativo, de raigambre francesa, se considera totalmente objetivo, por lo que no es necesaria para su aplicación ninguna materialización del mismo que afecte al particular que lo ejerce, por lo que debe considerarse abstracto.

lo decidido, entonces ese reconocimiento es ficticio, es decir, no real y, en consecuencia, se habrán afectados los derechos que se reclaman por ante los Tribunales. Así las cosas, entonces la tutela cautelar tiene una relación intrínseca con la propia tutela de los derechos que se pretenden ante el Tribunal del orden de lo judicial al permitir la virtualidad de la ejecución oportuna de los fallos judiciales.

Este asunto quedó consagrado en la sentencia expediente No. 030-16-01351 de fecha 15 de febrero del año 2017 de la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo de la siguiente manera: *“Lo primero que habría que apuntar con respecto a toda solicitud cautelar relacionada a procesos contenciosos administrativos como el de la especie, es que ese tipo de medidas es de carácter instrumental; es decir, la justicia cautelar en materia contenciosa administrativa tiene como única finalidad asegurar el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva inherente al proceso contencioso administrativo principal, muy específicamente, tal y como lo reconoce la parte general del artículo 7 de la ley 13-07, asegurando “la efectividad de una eventual sentencia que acoja el recurso contencioso administrativo”, todo esto teniendo en cuenta que, sin lugar a dudas, la ejecución de los fallos forma parte del ámbito de actuación del Derecho a una Tutela Judicial Efectiva y al Debido Proceso”*.

Un asunto importante es que en el proyecto de ley de control jurisdiccional de la actividad de la administración que cursa en el Congreso se suprimió uno de los requisitos tradicionales para el otorgamiento de las medidas cautelares, el cual figura en la letra “c” del párrafo I del artículo 7 de la ley 13-07, relativo a la prohibición de afectación grave al interés general o de terceros. Este requisito lo que quiere decir es que si la medida que adoptaría el juez cautelar causa un grave daño al interés general o de terceros, dicha medida no podría autorizarse.

Estamos de acuerdo con los redactores del proyecto, pero no debemos pasar por alto que sería imposible, por mandato del propio principio de razonabilidad (proporcionalidad) previsto en el artículo 74.2 de la Constitución, que se violentara dicho principio emitiéndose una medida cautelar cuyo balance coste-beneficio sea negativo para el orden público constitucional y los derechos fundamentales de todos.

Derecho Constitucional y Administrativo Económico

AUTORES:

María Amparo Grau

Víctor Hernández Mendible

Juan Alfonso Paradisi

Fernando López Ramón

EL ESTADO EMPRESARIO. JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES

MARÍA AMPARO GRAU

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, mención *Cum Laude*. Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Estudios de Derechos Humanos en la Universidad de Oxford. Doctora en Derecho de la Universidad CEU-San Pablo. En el año académico 2006-2007 fue designada para ocupar la Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony's College de la Universidad de Oxford. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela. Exmagistrada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y exdirectora de la Procuraduría General de la República.

Sumario: La actividad administrativa incluye la gestión económica, aquella en la que el Estado se convierte en empresario, realizando actividad comercio industrial y actuando en base a su capacidad como persona jurídica. La iniciativa pública puede estar o no reconocida en una norma, pero debe justificarse en el interés general y la racionalidad del gasto. La subsidiariedad es límite, aun no siendo expresa, por derivarse de la naturaleza de la actividad y el carácter público del Estado empresario, a quien también limitan el sistema de mercado y las garantías jurídicas de los particulares con quienes compete. El caso venezolano excede todo límite, pues se ha concretado en la tendencia del Estado a sustituirse en la actividad económica de los particulares.

Abstract: As a part of the Administrative activity it is included the matter of the Public Administration's economic activity, that in which the State turns into an entrepreneur involved in commercial or

industrial activities. In this activity, which can be or not recognized by the law, the Administration acts on the basis of its capacity as a legal entity. Such economic activity must be justified by general interest and the rationality of the public expenditure. Subsidiarity can be a specific legal limit or be understood to stem from the nature of the activity and the person's public character, that will be also subject to other limitations deriving from the free market system and the legal guaranties of private parties with whom it competes. The case of Venezuela oversteps all limits since the tendency is for the State to substitute itself in the economic activity of private sector.

Palabras clave: Actividad administrativa de gestión económica. Iniciativa Pública. Constitución económica. Subsidiariedad. Sistema de mercado. Libertad de empresa. Libre competencia. Falseamiento de la Competencia. Ayudas Públicas. Propiedad privada.

Key words: State Economic Activity. Public Initiative. Economic Constitution. Subsidiarity. Market System. Free Enterprise. Free Competition. Distortion of Competition. Government Aid. Private Property.

I. Introducción

El estudio de una Administración Pública empresaria se plantea desde el análisis de la gestión económica como parte de la actividad administrativa. Al lado de las actividades administrativas clásicas de coacción (también denominada de policía), servicio público y fomento, se identifica una de carácter estrictamente económico, comercio industrial, que es lo que el maestro Español Fernando Garrido Falla denomina “*actividad de gestión económica*.”⁴⁹⁴

La participación del Estado en la economía como otro agente más del mercado implica el desarrollo de una actividad en paridad

⁴⁹⁴ GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II. Parte General: Conclusión. Undécima Edición Madrid: (Editorial Tecnos, 2002). 154

con los particulares, en la cual desprovisto de su potestad de imperio, entra en competencia con ellos. De allí que en este caso la Administración no actúa en base a una regla de competencia de derecho público, sino que ejerce su capacidad jurídica como cualquier otro sujeto. Se trata del reconocimiento de que al lado de la iniciativa privada existe una iniciativa pública, y es sólo en base a su carácter público que se plantea si ésta requiere o no de la previsión normativa expresa.

Asimismo, es importante el carácter principal o subsidiario de esta actividad de contenido económico del Estado, es decir, si ella está supeditada a una necesidad del mercado por estar impedidos los particulares de realizarla o hacerlo en condiciones de satisfacción de la demanda o si, por el contrario, puede el Estado participar de forma directa como un agente más a los presentes y en competencia con los particulares. Se entiende en este caso que ni siquiera mediante la teoría del servicio público puede aceptarse que se desvirtúe el mercado, por lo cual la gestión estatal del servicio queda reducida al sentido estricto del término, es decir, aquella en la que no se admite el lucro como objetivo, se hace una reserva expresa de la actividad y se excluye la explotación privada, sector que sólo puede concurrir en su realización mediante la vía de la concesión.

La inexigibilidad del requisito de una expresa norma que permita la actuación empresarial del Estado puede fundamentarse no sólo en un criterio *ius privatista*, al considerarlo el ejercicio de la capacidad de la persona jurídico-pública, sino también en un criterio *ius publicista*, pues bajo una Constitución económica con un modelo de mercado, la cláusula social del Estado de Derecho sirve en efecto de elemento justificante de la empresa pública, incluso sin carácter subsidiario, pero siempre en aras a la satisfacción del interés general.

Constitucionalmente puede ocurrir que no haya una norma expresa que disponga la iniciativa pública o que ésta sí exista. Distinto será el caso de que la norma la limite o la prohíba. El límite puede ser a través de la consagración del principio de subsidiariedad o del sometimiento a una previsión legal que la autorice.

En todo caso, la iniciativa pública en un Estado social siempre estará determinada por la satisfacción del interés general. La actividad empresarial del Estado es parte de la actividad administrativa, y como tal, el interés público debe ser su causa justificante. Asimismo, el carácter público de la empresa obliga a la racionalidad del gasto y la protección patrimonial del erario, por lo cual al interés público se une como causa limitante este principio.

Pero además en un sistema de mercado, el Estado empresario estará también limitado por el principio de la libre competencia y las garantías jurídicas de los particulares en materia económica, es decir, que en ningún caso podrá prevalerse de su posición de supremacía en virtud de sus poderes de actuación para imponerse como empresario en perjuicio de sus competidores, de allí que la libertad de empresa, la libre competencia, la propiedad privada no podrían desvirtuarse mediante el poder de regulación, las ayudas públicas, la expropiación, confiscación y ninguna otra potestad como instrumento de falseamiento de la competencia o disminución de los derechos económicos de los particulares.

Analizaremos en este trabajo los siguientes aspectos: (1) Naturaleza de la iniciativa pública; (2) Justificación de la iniciativa pública; (3) El principio de subsidiariedad en la actividad económica de la Administración; (4) Las garantías económicas de los particulares en el sistema constitucional de mercado como límite a la actividad del Estado Empresario; (5) La desviación de poder como medio para privilegiar la posición del Estado empresario en perjuicio del sector privado; (6) El caso venezolano; y (7) Conclusiones.

1. Naturaleza de la iniciativa pública

La iniciativa pública en materia económica es la aptitud de la persona jurídico pública para realizar actividad comercio-industrial. Si bien es esta actividad el producto del ejercicio de la capacidad y no de la competencia, ella se hallará, sin embargo, matizada por el carácter público del ente.

Aun cuando la actividad de gestión económica no requiere de una norma expresa que la permita, pues supone el ejercicio de la capacidad y no de una actividad administrativa de ejecución de la competencia, esto no significa que sea la acción económica una actividad propia y ordinaria de la Administración. La naturaleza pública del ente que en este caso la desarrolla, por más que se huya de la forma pública a la privada, siempre planteará la incidencia de normas de derecho público que harán más gravoso el desempeño en igualdad de condiciones con los particulares no sometidos a este tipo de procedimientos, controles y requisitos.

Hemos señalado que constitucionalmente puede o no haber una norma expresa que disponga la iniciativa pública y que en el Estado social de derecho la cláusula social siempre será el justificante de este tipo de actividad.

En Venezuela, que se define como un Estado Social de Justicia y de Derecho (artículo 3), existen normas constitucionales expresas que prevén la iniciativa pública. El artículo 299 de la Constitución vigente dispone que “(...) *El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional.* Asimismo, el artículo 300 contempla la empresa pública en los siguientes términos: “*La Ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales...*”. De manera que el Estado puede acometer la actividad empresarial para satisfacer las múltiples necesidades de los administrados que se describen como derechos a lo largo

del texto constitucional y constituyen la cláusula social de nuestro estado de derecho.

Pero nuestra Constitución económica ha optado también por un sistema de mercado, con lo cual el Estado empresario estará igualmente limitado como cualquier otro agente que en él participe y por ende en este caso el Estado también estará regido por el principio de competencia, que la Constitución también contempla de manera expresa (artículo 299).

Como lo afirma García Pelayo: “*Cualquiera sea la concreción económica de la Constitución ha de mantenerse una economía de mercado y de libre iniciativa empresarial tanto privada como pública y compatible, por supuesto, con distintas formas de propiedad y de gestión empresariales.*”⁴⁹⁵

Sobre el marco constitucional económico venezolano, el profesor Brewer Carías ha precisado que nuestro texto constitucional: “*...designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, dicho sea de otro modo, para el orden del proceso económico y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a sus parámetros y sólo excluye aquellos que sean contrarios a los mismos.*”⁴⁹⁶

Estos parámetros son los principios contenidos en el artículo 299 de la Constitución: “mercado”, “*justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad*” y el respeto a los derechos económicos de los particulares, a la propiedad y libre iniciativa privada.

⁴⁹⁵ García Pelayo, Manuel. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, en: *Obras Completas*, Volumen III. Madrid: (Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 2874.

⁴⁹⁶ Brewer Carías, Allan Randolph. *Reflexiones sobre la Constitución Económica. Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo V. Madrid: Civitas, 2001), 3840.

Se contempla así un sistema de economía mixto, definido según sentencia del máximo tribunal en Venezuela como: “...un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el “empresario mayor”).

Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución”.⁴⁹⁷

De manera que en este sistema de economía mixto el Estado empresario no es un “Empresario Mayor” sino un operador más del mercado y, como tal, sometido a las reglas que lo rigen.

2. El principio de Subsidiariedad en la actividad económica de la Administración

El principio de subsidiariedad en materia de actividad económica proclama que la intervención estatal en la economía debe estar restringida exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada es insuficiente o, a lo sumo, para complementarla. Este principio puede estar previsto o no de forma expresa en la norma. Así por ejemplo, la Constitución del Perú en el artículo 60° dispone: “(...). Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (...)”. En igual sentido la Constitución Chilena, aunque no la califica de subsidiaria, la supedita a una ley que la autorice expresamente.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Constitucional, N° 117 del 6 de febrero de 2001.

⁴⁹⁸ Artículo 19.21: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio

Pero aún a falta de previsión expresa, el carácter subsidiario del Estado empresario puede decirse que se ha venido imponiendo. Gaspar Ariño lo afirmaba señalando: “*Después de más de medio siglo de expansión del Estado, éste ha empezado a retirarse de la actividad económica, para concentrarse en lo que son sus funciones soberanas. Este cambio de modelo, que se inicia a finales de los ochenta en el Reino Unido, no es propio de un país o de un gobierno concreto. Es universal, es un proceso de biología histórica que está teniendo importantes manifestaciones tanto en Europa como en Iberoamérica, e implica esencialmente un cambio de tareas –de roles– entre el Estado y la Sociedad.*”⁴⁹⁹

El profesor Juan Carlos Cassagne⁵⁰⁰ se pronuncia también sobre el Estado subsidiario señalando que hoy en día se ha impuesto un Estado regulador garante de las prestaciones que están en cabeza de las empresas privadas.

Esta tendencia, aun cuando no haya existido regla constitucional expresa de la subsidiariedad, se inicia en la América Latina a partir del proceso de privatizaciones y reducción del sector público empresarial latinoamericano (neoliberalismo). Sin embargo, ha habido retrocesos o cambios puntuales con nuevas estatizaciones o nacionalizaciones en la región, porque -como bien lo señala Ortíz Ariño- la falta de previsión expresa del principio de subsidiariedad siempre tendrá un carácter relativo en virtud de la solidaridad social, en base al cual los países menos desarrollados podrían encontrarse en la necesidad, “*al menos inicialmente, de un protagonismo estatal en la provisión de servicios e infraestructuras en materia de servicios públicos.*”⁵⁰¹

de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”

⁴⁹⁹ Cassagne Juan Carlos y Ariño Ortíz, Gaspar *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005), 9.

⁵⁰⁰ Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: (Tomo I. Abril, Palestra Editores, Lima, 2010), 91 y sigs.

⁵⁰¹ Ariño Ortíz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado. Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: (Editorial Comares, 1999), 112.

La cláusula social del Estado de derecho se ha considerado, en efecto, elemento justificante de la actividad económica de la Administración. El destacado jurista español José Luis Piñar Mañas en este sentido indica que la calificación que hace el artículo 103.1 de la Constitución española de la Administración Pública, como servidora objetiva de los intereses generales en un Estado Social de Derecho, puede justificar la empresa pública.⁵⁰² En el mismo sentido Manuel García Pelayo afirmaba que la actividad económica del Estado halló fundamento en “*la definición misma del Estado como Estado social*”, pues ello “*significa añadir a las funciones estatales las destinadas a crear las condiciones vitales que ni el individuo ni los grupos pueden asegurar por sí mismos, lo que implica ciertas intervenciones del Estado en el orden y proceso económicos.*”⁵⁰³

En la Constitución venezolana no se contempla el principio de subsidiariedad, y no fue establecido de forma consciente, desde que al incluir el monopolio estatal en materia petrolera y dejarse abierta esta misma posibilidad en otras actividades empresariales, el constituyente Allan Brewer Carías sostuvo la inconveniencia de “*...rigidizar en la Constitución la posibilidad del Estado de intervenir en la economía.*”⁵⁰⁴

De manera que de acuerdo a la Constitución de 1999, el rol empresarial del Estado no tiene porqué ser subsidiario y encuentra fundamento tanto en la iniciativa pública expresamente contemplada como en la cláusula social del Estado de Derecho. La experiencia venezolana demuestra que el capítulo del Estado empresario está vivo en la América Latina, pero en todo caso ha debido estar sujeto al ordenamiento jurídico constitucional, lo cual debería haber impedido lo que ha venido ocurriendo en nuestro

⁵⁰² Piñar Mañas, José Luis. *Privatización de Empresas Públicas y Derecho Comunitario*. Madrid: (Revista de Administración Pública, No. 133, enero-abril, 1994. 18 y 19.

⁵⁰³ García Pelayo, Manuel. Ob cit. 2869.

⁵⁰⁴ Debates Constituyentes. Sesión Ordinaria del domingo 14 de noviembre de 1999, consultados en original.

país como es la sustitución del Estado en la actividad económica de los particulares. Ello más que un tema de Estado empresario, constituye un cambio radical del modelo económico y una violación del orden constitucional vigente.

De manera que a falta de subsidiariedad expresa, el Estado puede asumir actividades económicas con base a la capacidad jurídica que la persona pública tiene, y por virtud de un reconocimiento constitucional expreso de la iniciativa pública o por virtud de la cláusula social del Estado de Derecho. Es el desarrollo de los servicios y la satisfacción del bien común lo que pondrá límite a la acción económica del Estado, pero mientras ello no se logre, siempre habrá la posibilidad en mayor que menor grado de un Estado asumiendo actividades empresariales y en este caso debería en un modelo económico de mercado respetar éste las reglas de la competencia, ahí es donde estriba el riesgo, porque el Estado detenta poderes que sin un buen sistema de interdicción de la arbitrariedad pueden conducir a una competencia desleal con grave afectación para el mercado y en definitiva para el derecho de los consumidores a acceder a bienes y servicios en calidad y cantidad suficiente para la satisfacción de sus necesidades de forma digna y apropiada.

Concluimos este punto citando al distinguido jurista español Luciano Parejo Alfonso, quien coincide en que el mercado es límite a la actividad empresarial del Estado, cuando afirma en base a las normas de la Constitución española que: “...*mientras el artículo 38 consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (de donde se sigue que el acceso a las actividades económicas está, como regla general, abierto a todos los sujetos), el artículo 128.2 habilita específicamente al Estado para ejercer la iniciativa económica, lo que significa que, en tal caso, las empresas en mano pública deben someterse a las reglas del mercado.*”⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Parejo Alfonso, Luciano. *Servicio público y sector eléctrico. VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”. El Nuevo Servicio Público. Actividades*

3. Justificación de la iniciativa pública

Dos límites fundamentales pueden decirse que tiene la actividad económica del Estado en razón de la naturaleza pública del empresario: (a) La satisfacción de un interés general; y (b) La racionalidad del gasto público que se envuelve.

3.1. La satisfacción de un interés general.

Si la actividad empresarial del Estado es parte de los contenidos de la actividad administrativa, la justificación de esta actividad siempre deberá encontrarse en la satisfacción del interés público. Es éste el “telos” esencial de la acción administrativa y por tanto también aplicable en el caso del desarrollo de actividades comercio industriales, tanto más cuanto con ello se emprenden tareas que no son naturales al campo de lo público sino de lo privado. La justificación del interés general se convierte en garante de su conveniencia y el límite de la desviación que con ella pudiera indebidamente concretarse.

La sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 10 octubre de 1989 sobre la validez de la actividad empresarial del Estado así lo indica, al referirse a la iniciativa pública prevista en la Constitución española en el marco también de un sistema de economía de mercado, con reconocimiento de que su eje básico es la iniciativa privada, por lo cual ese sistema constitucional proclama: “... la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden público anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional.”

reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión). Caracas: (Ediciones Funeda, 2002), 334.

Y esta iniciativa pública en un Estado social debe estar vinculada a sus causas de interés general, las cuales la condicionan, así expresamente lo indicó la citada decisión judicial al señalar que en las actuaciones empresariales, al igual que con los actos de autoridad, debe concurrir el interés público.

3.2. La racionalidad del gasto público que se envuelve.

La racionalidad del gasto público que se envuelve en la actividad del Estado empresario es también un requisito limitante. El mismo fallo citado lo afirma al indicar que en tal actuación se exige además “...una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación responda a criterios de eficacia y economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación” (artículo 31.2 de la Constitución española).⁵⁰⁶

Y dentro de este principio de racionalidad debe comprenderse no sólo el gasto inicial de constitución y la proyección de gastos del plan económico concreto, sino también la prohibición de la intervención estatal en empresas económicamente fracasadas, en las cuales se mantiene la participación estatal mediante el mecanismo distorsionado de las ayudas públicas en base a las cuales se permite su sostenimiento en el mercado a pesar de su inviabilidad económica. La jurisprudencia europea comunitaria en este sentido ha creado el criterio del inversor privado para determinar la legalidad de las ayudas a empresas del sector público. Este criterio hace depender la legalidad de la ayuda pública a la medida de la capacidad de obtenerse esos mismos recursos en los mercados privados de capital.

La regla del inversor privado se explica claramente en la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de fecha 3 de julio de 2014 que

⁵⁰⁶ Artículo 31.2: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.”

ratificó el mencionado criterio confirmando la ilegalidad de las ayudas antes decidida el 8 de mayo de 2012 por la Comisión Europea respecto del financiamiento estatal concedido a la empresa Ciudad la Luz (propiedad de la comunidad Valenciana) para la explotación de un centro audiovisual. La empresa con pérdidas acumuladas entre 2004 y 2010 por un monto de 84 millones de euros recibió apoyo financiero público en el orden de los 260 millones de euros. La determinación de que ningún inversor privado habría asumido esta inversión en las mismas condiciones determinó la declaración de su ilegalidad por alteración de las reglas de competencia.

Se aplicaron entonces las reglas del mercado a la iniciativa pública, pero a la vez subyace la referencia a la irracionalidad del gasto que igualmente debe limitar la acción empresarial del Estado, por virtud de las normas constitucionales que lo imponen.

En Venezuela el artículo 300 de la Constitución expresamente lo prevé para el caso de la iniciativa pública al disponer que las condiciones legales para la creación de entes públicos empresariales deben tener por objeto “*asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.*” La Ley Orgánica de la Administración Pública⁵⁰⁷ también contempla este principio al disponer que los entes que se creen para desarrollar actividad descentralizada no deben implicar un aumento en el gasto recurrente y deben generar sus propias fuentes de ingreso.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ También contenida en un decreto-ley, fue publicada en Gaceta Oficial N° 6.147, extraordinario, de fecha 17 de noviembre de 2014.

⁵⁰⁸ El artículo 17 dispone lo siguiente: “*No podrán crearse nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados, los distritos metropolitanos o de los municipios, sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento.*”

4. Las garantías económicas de los particulares en el sistema constitucional de mercado como límite a la actividad del Estado Empresario

Además del límite que el interés general justificante y la racionalidad del gasto impone a la actividad empresarial del Estado, surgen también como elementos limitantes el sistema económico de mercado y las garantías jurídicas de los particulares, en concreto: (a) la libertad de empresa o libre iniciativa privada; (b) el principio de la libre competencia; y (c) el derecho de propiedad.

4.1. La libertad de empresa o libre iniciativa privada

La iniciativa privada se manifiesta en la libertad de empresa: *“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia”* (artículo 112 de la Constitución). La libertad de empresa es el derecho a realizar una actividad económica lícita y obtener por ella un lucro. Esa libertad se ejerce decidiendo la actividad económica a desarrollar, pero también los medios, cómo hacerlo, y la posibilidad de disponer de las ganancias, siempre con sometimiento al orden jurídico que la regule, dotándola así del elemento de la seguridad jurídica, que es factor fundamental para una economía de mercado.

La libertad de empresa puede ser limitada por la Constitución y las leyes, de acuerdo al artículo 112 de la Constitución venezolana estas limitaciones sólo pueden serlo *“...por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.”*

El Estado con su poder regulador está en nuestro país constitucionalmente obligado a *“promover la iniciativa privada”* y en esta actividad de promoción *“sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”* debe garantizar *“la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria”* (artículo 112).

Los términos de este artículo 112 de la Constitución venezolana permiten afirmar que la actividad económica es propia de los particulares, quienes pueden desarrollarla sin más límite que el que las leyes establezcan en función del interés público. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2001 precisó que la Constitución de 1999 que consagra el Estado social de Derecho no implica que éste:

“...propenda a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza (...) (evitando) la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 eiusdem); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional). Es de la esencia del Estado Social de Derecho dictar medidas legales para planificar, racionalizar y regular la economía (artículo 112 constitucional), restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general (artículo 115 eiusdem), o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 constitucional).”⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2001, caso: Asodeviprilara.

Ese es el sentido del poder regulador, el cual nunca podría vaciar de contenido el derecho de libertad de empresa sin incurrir con ello en la violación de la Constitución económica, por ello la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia precisó que este artículo 112 es una garantía constitucional frente a los poderes constituidos, quienes no pueden por virtud de la reserva legal vaciar de contenido el derecho a la libertad de empresa y así afirmó que éstos: “...deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas.”⁵¹⁰

En igual sentido se había pronunciado el Tribunal Constitucional español al indicar que: “La libertad de empresa no debe entenderse en términos absolutos, pues no ampara el derecho a acometer cualquier empresa, sino como el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden como las normas sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general.”⁵¹¹

En conclusión, la libertad empresarial reconocida en el marco de la economía de mercado es un límite al accionar de los poderes públicos pues la regulación de este derecho compete a la ley, la cual debe respetar su contenido esencial.

4.2. La libre competencia

Según Sánchez-Calero Guilarte, la libre competencia se define como “la situación en la cual dos o más empresarios ofrecen bienes y servicios similares en el mercado tratando atraerse a los consumidores.”⁵¹² La libre

⁵¹⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de abril de 2001, caso: Manuel Fernández.

⁵¹¹ Sentencia 225/1993, de 8 de julio.

⁵¹² Sánchez-Calero Guilarte, Juan. *La ampliación del concepto de competencia desleal*. El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa

competencia implica la libertad de decisión de los agentes del mercado que se regula por virtud de las leyes de oferta y demanda y las ventajas entre competidores deben provenir del cumplimiento de esas reglas y de la eficiencia, calidad, superioridad, mejores precios y condiciones económicas de sus productos y servicios. También el poder regulador del Estado en este caso debe dictar normas jurídicas dirigidas a garantizarla.

Cuando el Estado participa en ese mercado como empresario estará igualmente sujeto a esas reglas de competencia, pues de lo contrario sería un elemento de distorsión que impediría garantizar este principio fundamental del sistema económico constitucional escogido.

4.3. El derecho de propiedad

El modelo económico de mercado requiere también de un sistema de protección jurídica de la propiedad como derecho. El reconocimiento del derecho de propiedad es condición necesaria para el ejercicio de la libertad de empresa. En la Constitución venezolana, el derecho de propiedad está consagrado en el artículo 115 en los siguientes términos: “*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*”.

La norma contempla el derecho de propiedad, pero lo sujeta a las limitaciones de ley siempre con fines de utilidad pública o de interés general. La mayor de las afectaciones al derecho de

con motivo de su octogésimo cumpleaños. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: (Marcial Pons, 2010), 391.

propiedad se concreta en la institución de la expropiación, la cual igualmente y por mandato constitucional debe estar fundada en causas de utilidad pública o de interés social, y con la garantía de una sentencia firme y el pago oportuno de la justa indemnización.

La libertad de empresa va entonces conectada al derecho a la propiedad privada, de allí que se afirme que “*la libertad de empresa se proyecta sobre la empresa como actividad; el derecho de propiedad, sobre la empresa como resultado*”,⁵¹³ pues la empresa presupone la posibilidad de la propiedad en todas sus etapas, la adquisición, el uso y disposición de los medios de producción, los bienes de la empresa, y también, obviamente, la de los beneficios que de ella resulten.

5. La desviación de poder como medio para privilegiar la posición del Estado empresario en perjuicio del sector privado

El Estado empresario tiene la particularidad de que puede fácilmente colocarse en una situación de poder con la cual incidir en el mercado, a forma de beneficiar su posición como agente del mismo en detrimento de los particulares. En esto la justicia juega papel fundamental, al controlar la arbitrariedad del poder y restablecer el orden violentado cuando, bien por vía de regulaciones legales o medidas administrativas, o bien por vías de hecho, el Estado empresario incurre en prácticas de desviación de poder como medio para privilegiar su posición de empresario en perjuicio del sector privado.

El autor español Santiago González-Vara dice que hay tres tipos de prácticas desleales que puede llevar a cabo la Administración: (i) el abuso de autoridad, (ii) ventajismo en el mercado a la hora de ejercer sus competencias, y (iii) el uso de condiciones propias o connaturales a su condición de Administración en relación con sus

⁵¹³ Paz-Ares Rodríguez, Cándido y Alfaro Águila-Real, Jesús. *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: (Fundación Wolters Kluwer, 2008), 983.

competidores privados.⁵¹⁴ Da el autor ejemplos correspondientes a cada una de esta categoría. Para el primero, la Administración Turística en su servicio de información recomendaba siempre un hotel de propiedad; para la segunda, la práctica de una Administración que tenía a su cargo un cementerio de promover otros servicios; y para la tercera, la propaganda encubierta en emisoras de radio del Estado.

Por otra parte, el tema de las ayudas públicas es también factor que puede distorsionar la competencia, más en el caso de la empresa pública, siendo el Estado quien concede la ayuda, si lo hace en su beneficio al otorgárselo a su propia empresa estará falseando la competencia. Las ayudas públicas se definen como: “...las aportaciones de recursos a un operador económico, público o privado, con cargo a fondos públicos, comunitarios, estatales, autonómicos y locales, o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de las cargas a las que debería hacer frente el operador económico en condiciones de mercado o que no lleve implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas públicas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores, aprobadas por poderes o entidades públicas que distorsionen la libre competencia.”⁵¹⁵

Si el Estado empresario usa su poder de fomento para financiar sus empresas fracasadas estará sin duda distorsionando el principio de competencia que a él también aplica.

De forma tal que la actividad administrativa de policía, el poder regulador y las ayudas públicas son los mecanismos más comunes por los cuales el Estado empresario puede abusar de su posición y violentar los principios del sistema de economía de mercado.

⁵¹⁴ González-Vara Ibañez, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: (Editora Montecorvo, S.A., 1996), 299.

⁵¹⁵ Dictamen N° 9 del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El control judicial en este sentido juega rol fundamental para impedirlo. Corresponde al Poder Judicial evitar la desnaturalización de la Constitución económica a la que puede propender un Estado empresario al que no se le impongan los límites que su naturaleza pública y los principios que el libre mercado le exigen.

Lo cierto es que la aplicación de las reglas de la libre competencia a la Administración empresaria le “*imponen un condicionamiento a su subsistencia*”⁵¹⁶ y por ello que en base a estos principios que en España, la Ley de Competencia Desleal se aplica a las Administraciones Públicas empresariales. En Venezuela la sujeción de la empresa pública a las reglas de competencia fue producto de la interpretación judicial. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 1998⁵¹⁷ fue muy importante al establecer la aplicación de reglas de competencia entre empresas concesionarias del servicio público de transporte aéreo, con lo cual se fijaron las bases para el criterio conforme al cual el principio debe regir también para el caso de la prestación directa por empresas estatales y de allí para toda actividad de un Estado empresario.⁵¹⁸

En conclusión, a los controles propios de la actividad administrativa de gestión, en vista al carácter público del ente y de los recursos: la causa del interés general y la racionalidad el gasto, se suman los relativos al respeto a los principios del sistema económico de mercado y las garantías jurídicas de los particulares. Todos estos son aspectos fundamentales para la sanidad de la gestión de la cosa pública y para la economía del país.

⁵¹⁶ Muñoz Machado, Santiago. *La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad*, en: *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Tomo II. Madrid: (Editorial Civitas, 1994), 1277.

⁵¹⁷ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de junio de 1998, caso Aerovías Venezolanas, S.A. (Avensa).

⁵¹⁸ Así por ejemplo la Ley Antimonopolio de 2014 contemplaba, con ciertas excepciones, su aplicabilidad a empresas del sector público (Gaceta Oficial N° 6.151, extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2014).

Venezuela es ejemplo de cómo la violación de estos límites produce: corrupción y destrucción del aparato productivo, que puede llegar hasta niveles de una crisis humanitaria como la que hoy afecta gravemente a nuestro país.

6. El caso venezolano

A pesar de haber un exacerbado Estado empresario en Venezuela hoy en día, el mismo no puede analizarse a la luz de los conceptos y criterios expuestos porque no se trata de un Estado empresario en el marco de un Estado social y democrático de derecho, tampoco en un verdadero sistema económico de mercado y libre competencia.

No obstante que todos estos principios se encuentran presentes en la Constitución venezolana: estado social democrático de derecho (artículo 3), sistema de mercado y libre competencia (artículo 299), libre empresa (artículo 112), derecho de propiedad privada (artículo 115), la verdad es que en Venezuela no hay estado de derecho y en el ámbito económico tampoco hay respeto por el ordenamiento jurídico, la Administración no se conduce guiada exclusivamente por el interés general a satisfacer, ni se limita por el principio de racionalidad del gasto, menos aún se respetan las garantías jurídicas de la libre empresa y la competencia y tampoco el derecho a la propiedad privada.

Así que aun cuando pueden identificarse excesos de un Estado empresario mediante el poder regulador, las ayudas públicas y el abuso de la autoridad y no hay jueces que lo corrijan, éste no es el principal problema acerca de la iniciativa pública en nuestro país.

En efecto, podemos poner como casos venezolanos de estudio concordantes con nuestro planteamiento del tema de esta ponencia,

la normativa del Centro de Comercio Exterior (Cencoex)⁵¹⁹ dando en monopolio a los Bancos del Estado y en detrimento de los privados para la tramitación de divisas para el pago de consumos en el exterior o el de la Ley de Bancos⁵²⁰ en la cual se establecieron varias disposiciones que conforman un régimen especial y particular para las instituciones bancarias públicas frente a las privadas, entre las cuales destacan exenciones al pago de las contribuciones obligatorias. También las prácticas desleales como las de la empresa de aviación Conviasa,⁵²¹ cuyas tarifas de vuelo se previeron por debajo del precio mercado, subsidiadas por el Estado, en un cuarenta por ciento (40%), lo que quizá explique, entre otros factores, el fracaso económico de la misma.

El caso venezolano va mucho más allá, se trata de una actividad empresarial del Estado y una política económica del gobierno que ha impuesto por la vía de los hechos un sistema de economía socialista contraria al orden constitucional vigente.

En verdad, fue luego de varios años de ejecutorias contrarias a estos principios contenidos en la Constitución de 1999, que se desveló la intencionalidad de sustituir el modelo de la Constitución económica, cuando en el año 2007 se planteó al país una reforma constitucional que cambiaba el modelo de mercado por el de una economía socialista, con eliminación del principio de competencia y la libre empresa, y la propiedad privada supeditada a la pública y social. A pesar de que esta reforma fue rechazada por el pueblo en referéndum de fecha 2 de diciembre de 2007, continuó el gobierno

⁵¹⁹ Providencia Nro. 11 publicada en Gaceta Oficial N° 40.636 de fecha 9 de abril de 2015.

⁵²⁰ Publicada en la Gaceta N° 6.154, extraordinario, de fecha martes 19 de noviembre de 2014 y reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014.

⁵²¹ Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos CONVIASA, hoy inactiva, fue creada mediante Decreto Presidencial N° 2.866, publicado en Gaceta Oficial N° 37.910 del 31 de marzo de 2004, con el objeto de explotar el servicio público de transporte aéreo nacional e internacional comercial, regular y no regular, de pasajeros, correo, carga y operaciones comerciales turísticas

venezolano en su objetivo y a través Planes Nacionales, leyes y normas inconstitucionales, abusos de autoridad y vías de hecho se ha producido una gigantesca intervención del Estado en detrimento del sector privado, y de sus garantías constitucionales, al punto de desconocerse el lucro como un elemento de la actividad económica y regularse de forma absoluta los procesos productivos, los precios y las ganancias.

Se trata de la eliminación de la iniciativa privada y la garantía de la reserva legal en materia económica instituida mediante la práctica constante e inconstitucionalmente ejecutada de trasladar al Poder Ejecutivo la competencia para dictar las leyes. No es una situación de normalidad el que desde 1999 al 2010 el Presidente haya sido quien dictó las leyes económicas mediante ley habilitante, para producirlas sin orden ni coherencia alguna, violando toda técnica legislativa y los límites sustanciales y formales de la ley y de forma totalmente desbocada con decenas de leyes en cada una de las 6 habilitaciones otorgadas (298 leyes),⁵²² así como tampoco lo es la actual situación en la que el Presidente ahora mediante decretos de emergencia económica y el desconocimiento de la Asamblea Nacional, es quien lo sigue haciendo también por la vía de los decretos leyes, producidos de forma masiva manteniendo la misma situación de caos normativo que impide la más mínima seguridad jurídica, más aún si a ello se suman las regulaciones por leyes constitucionales de la inconstitucional Asamblea Constituyente, como

⁵²² Bajo la Ley Habilitante del 26 de abril de 1999, otorgada por un lapso de 6 meses, se dictaron 53 Decretos-Leyes; bajo la Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000, otorgada por 12 meses, se dictaron 49 Decretos-Leyes; bajo la Ley Habilitante del 1 de febrero de 2007, otorgada por un lapso de 18 meses, se dictaron 66 Decretos-Leyes; bajo la Ley Habilitante del 17 de diciembre de 2010, otorgada por un lapso de 18 meses, se dictaron 54 Decretos-Leyes; y bajo la Ley Habilitante del 19 de noviembre de 2013, otorgada por un lapso de 12 meses, se dictaron 56 Decretos-Leyes; y bajo la Ley Habilitante del 15 de marzo de 2015, comprendida desde la fecha de su publicación hasta el 31 de diciembre de 2015, se dictaron 20 decretos leyes.

por ejemplo, en materia económica, la denominada Ley Constitucional de precios acordados.⁵²³

El caso de Venezuela no es entonces el tema de un Estado empresario que violenta eventualmente los límites constitucionales, se trata de un Estado que ha abolido la Constitución mediante la eliminación de la competencia y el lucro a través del decreto Ley de Costos y Precios Justos⁵²⁴ afectando el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa. La consideración del empresario privado como un sujeto carente de derechos se evidencia en la norma de ese Decreto que dispone que actuaciones administrativas viciadas de nulidad “*producirán efectos sólo en lo desfavorable al comerciante*” (artículo 37). Luego, a través de la sustitución legal de la noción de libre competencia por el de competencia económica justa para: “*garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social, que fortalezca la soberanía nacional y propicie el desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales y a la construcción de una sociedad justa, libre, solidaria y corresponsable...*”⁵²⁵

Se trata en el caso venezolano de la criminalización de la actividad económica privada, con normas penales en blanco para castigar, sin proceso ni derecho a la defensas, a los comerciantes.

También el caso venezolano trata de la producción de una regulación inconstitucional⁵²⁶ que desconoce la propiedad, al permitir la apropiación cautelar⁵²⁷ y la afectación de la propiedad mediante la declaratoria de utilidad pública de toda la actividad de comercialización y producción de bienes y servicios,⁵²⁸ así como la

⁵²³ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.342 de fecha 22 de noviembre de 2017.

⁵²⁴ Decreto Ley N° 8.331 publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

⁵²⁵ Ley Antimonopolio publicada en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

⁵²⁶ Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (derogada) publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 de fecha 1 de febrero de 2010.

⁵²⁷ Artículo 60. 2 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos.

⁵²⁸ Artículo 6: “*Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios...*”

expropiación sin juicio ni sentencia, ni el pago de la justa y oportuna indemnización.⁵²⁹

La apropiación de empresas por vías de hecho, sin procedimiento, sin indemnización, como ocurrió por ejemplo con los bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos⁵³⁰ realizadas por pequeñas y medianas empresas en el Lago de Maracaibo, concretada en 2009 y siendo de destacar que fue sólo a través de una reforma de la ley producida en el mes de julio de 2018, 9 años más tarde, cuando se incluyó la obligación de indemnizarlas; o el caso del sector de transformación del hierro, en el cual mediante dos decretos presidenciales⁵³¹ se pretendió legitimar en diciembre de 2013, la situación de dos empresas que ya habían ocupadas en el año 2009, es decir, mucho antes de su afectación legal y sin procedimiento expropiatorio ni pago de indemnización alguna.

Hay entonces que reconocer que el caso venezolano no es sólo un tema de abuso del Estado empresario, aunque se puedan encontrar múltiples ejemplos de ello, el problema es mucho más profundo, pues se trata de un ataque sistemático contra el sector

⁵²⁹ Artículo 6: "...El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria de utilidad pública o interés social por parte de la Asamblea Nacional.

Igualmente el Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos (...)

En todo caso, el Estado podrá adoptar la medida de ocupación, operatividad temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. (...)

Parágrafo único: En los casos de expropiación, de acuerdo a lo previsto en este artículo, se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes."

⁵³⁰ Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos publicada en la Gaceta Oficial N° 39.173 de 7 de mayo de 2009.

⁵³¹ Decretos N° 695 y N° 697, ambos publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.119, extraordinario, del 19 de diciembre de 2013.

privado, producto de la imposición de un modelo ideológico distinto al previsto en la Constitución económica vigente.

7. Conclusiones

La Constitución Económica en el Estado de Derecho da un marco normativo que permite el ejercicio de la actividad económica en un régimen de libertad individual, condicionado por la garantía del bienestar general. La Constitución económica en Venezuela opta por un sistema de economía social de mercado, basado en la libertad de empresa privada e iniciativa pública, esta última supeditada a: (i) la satisfacción de un interés general, (ii) el principio de racionalidad del gasto, y (iii) el respeto a las garantías jurídicas de la iniciativa privada: libre competencia y derecho a la propiedad privada.

La justificación de la empresa pública deriva de la cláusula social del Estado de derecho, en el cual la Administración está al servicio del interés general que condiciona la actividad empresarial del Estado, junto a la racionalidad que determina el obligado uso eficiente de los recursos públicos.

La iniciativa pública puede fundamentarse en el ejercicio de la capacidad de la persona jurídico pública, por tanto no requiere norma expresa. Puede ser subsidiaria si así la norma lo dispone o limitada a una autorización legal. En todo caso, es excepcional pues es una actividad propia de los particulares y la huida al derecho administrativo nunca la excluirá de los requisitos, procedimientos y controles que a la Administración pública descentralizada y a la actividad de la Administración normalmente se aplican.

En un sistema constitucional de economía de mercado, el tema de la empresa pública está definitivamente supeditado a la libre competencia, y a ella deben propender todas las ejecutorias del Estado en su intervención en la economía.

El falseamiento de la competencia por parte del Estado empresario puede resultar del ejercicio del Estado poder de sus facultades de regulación, administración y abusos de su autoridad y al Poder Judicial corresponde evitarlas.

El caso del Estado Venezolano va más allá de los problemas de falseamiento de la competencia por un Estado empresario, se trata de la imposición de un modelo de economía contrario al sistema de mercado, libre competencia, libre empresa e iniciativa privada que garantiza la Constitución vigente.

Bibliografía

- ARIÑO ORTÍZ, GASPAR. *“Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica.”* Editorial Comares, Granada, 1999.
- BREWER CARÍAS, ALLAN R. *“Reflexiones sobre la Constitución Económica”.* *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V. Civitas. Madrid, España, 2001.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *“Derecho Administrativo. Tomo I.* Palestra Editores, Lima, 2010.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS y ARIÑO ORTÍZ, GASPAR. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. *“Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”*, en *Obras Completas, Volumen III.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. *“Tratado de Derecho Administrativo”.* Volumen II. Parte General: Conclusión. Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. “*El derecho administrativo privado.*” Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1996.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad*”, en: “Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo” (PÉREZ MORENO, ALFONSO, coordinador), Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “*Servicio público y sector eléctrico*”, 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). Ediciones Funeda, Caracas, 2002.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO y ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. “*Comentarios a la Constitución española.*” (MARÍA EMILIA CASAS BAHAMONDE (Director), MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (Director), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. “*Privatización de Empresas Públicas y Derecho Comunitario*” en: *Revista de Administración Pública*, número 133. Enero-abril, Madrid, 1994.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA
PRESENTADA POR MARÍA AMPARO GRAU**

VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica, en la Universidad Monteávila. Presidente de la Red Iberoamericana en Derecho de la Energía, profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario y en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica. Fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Red Internacional de Bienes Públicos.

EL RÉGIMEN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN VENEZUELA

I. Introducción

El ejercicio de la actividad empresarial pública supone el desarrollo de una política de intervención del Estado en determinados sectores económicos y sociales, que conducen a suprimir en unos supuestos y a restringir en otros, -conforme a los principios y las reglas constitucionales-, el ejercicio de las libertades económicas a la propiedad privada de los medios de producción, la libertad de empresa, la libre iniciativa empresarial privada, la libre competencia e incluso la libertad de asociación.

Ello es constitucionalmente posible, pues el Estado reconoce por un lado las libertades económicas, promocionando su ejercicio y fomentando su disfrute, pero estas encuentran límites en el interés social y el desarrollo sostenible; y por el otro establece los presupuestos, para legalmente establecer reservas, restricciones y limitaciones mediante la planificación, regulación, intervención y gestión económica⁵³², efectuada por las organizaciones institucionales que establezca el propio Estado.

En este escenario es que se hace referencia a empresas públicas, empresas del sector público o empresas estatales, que pueden ser constituidas por los tres niveles de organización territorial del Estado, dando nacimiento a las empresas nacionales, estatales o municipales, según la participación en su capital, que posean o sean titulares las distintas entidades territoriales o entes creados por estas.

A la empresa pública se le atribuyen unos cometidos concretos que le llevan a moverse entre dos estándares. Por un lado, ingresar a un mercado y participar en el desarrollo de una actividad económica, compitiendo con los demás operadores económicos; y el otro, el deber de atender a la satisfacción de los intereses superiores colectivos, colocándose en ocasiones en el aparente dilema de sucumbir a directrices políticas coyunturales o de actuar con estricta sujeción al Derecho⁵³³.

La realidad venezolana fue que el Estado empresario nació con la transformación del modelo económico liberal⁵³⁴, que dio paso

⁵³² Se alude a la expresión de "gestión económica" en los términos originalmente empleados por Villar Palasí, José Luis, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, *Revista de Administración Pública* N° 3, Madrid, 1950, pp. 60, 76-77; y, García de Enterría, Eduardo, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, *Revista de Administración Pública* N° 17, Madrid, 1955, p. 118.

⁵³³ Martín Mateo, Ramón, *Relaciones de gobierno y empresa a través de instituciones especializadas*, *Revista de Administración Pública* N° 76, Madrid, 1975, p. 401.

⁵³⁴ Brewer-Carías, Allan R., *El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela*, *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II,

a un modelo de economía mixta⁵³⁵ durante más de medio siglo y que conforme al anclaje constitucional y el desarrollo legal acorde a la Constitución, se considera que actualmente constituye una economía social de mercado⁵³⁶.

En efecto, la intervención del Estado empresario en la economía comenzó mediante la creación de las empresas públicas que tenían por objeto el otorgamiento de créditos a los particulares, para fomentar el desarrollo del sector industrial nacional (Banco Industrial de Venezuela), luego se crearon empresas para prestar los servicios públicos (Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela⁵³⁷, CADAPE⁵³⁸) y finalmente, se constituyeron empresas por el Estado para gestionar los considerados sectores básicos de la economía nacional (Petróleos de Venezuela y sus empresas filiales, Corporación Venezolana de Guayana y sus empresas filiales)⁵³⁹.

No obstante lo que expresan las normas, respecto a la posibilidad de concurrencia del Estado empresario con la iniciativa privada para contribuir al desarrollo del país, la realidad es que en

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 1139-1246; Di Stefano, Alfredo, La Constitución Económica y la Intervención del Estado en la Economía, *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, pp. 273-281.

⁵³⁵ Brewer-Carías, Allan R., Reflexiones sobre la Constitución Económica, *Revista de Derecho Público* N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 15.

⁵³⁶ Brewer-Carías, Allan R., Ob. cit., pp. 7-9; Araujo-Juárez, José, Régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado, *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 195-196; Hernández-Mendible, Víctor R., Economía social de mercado en el estado de garantía de prestaciones, (Dir. Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Ernesto Jinesta Lobo, Coord. José Pernas García), *El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014, pp. 331-348.

⁵³⁷ Hernández-Mendible, Víctor R., *Telecomunicaciones. Regulación y Competencia*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 29-30.

⁵³⁸ Hernández-Mendible, Víctor R., *Energía Eléctrica, Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Centro de Estudios de Regulación Económica-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 137-138.

⁵³⁹ Caballero Ortiz, Jesús, La noción de empresa pública y empresa del Estado en el derecho venezolano, *Revista de Derecho Público* N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 24.

los últimos 20 años se ha producido una sucesión de ataques a las libertades económicas, que han afectado la propiedad de los medios de producción, la libertad de empresa y la libre competencia, desarrollándose una política económica de planificación centralizada, cada vez más rígida y cerrada, en donde la iniciativa privada ha sido paulatinamente sustituida por la presencia empresarial del Estado, sin que ello haya redundado en mayor eficiencia económica.

Esta situación conduce a analizar, cuál ha sido la evolución de la empresa pública en la realidad jurídica nacional, en virtud de lo cual, a los fines de lograr una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes subepígrafes a saber: La relación entre la empresa pública y la empresa del Estado (II); el desarrollo de la empresa pública nacional (III); las empresas públicas contemporáneas (IV); y las consideraciones finales (V).

II. La relación entre la empresa pública y la empresa del Estado

La diferencia que se plantea en este epígrafe, no es una mera cuestión semántica que rodea a la empresa pública, sino de auténtico carácter conceptual. En efecto, ante el empleo indiscriminado en algún sector de la doctrina científica, la legislación y la normativa infralegal de las expresiones empresa pública y empresas del Estado, procede efectuar algunas precisiones sobre el tema, para determinar sus semejanzas y diferencias, cuando se hace referencia a una u otra.

En este sentido se admite que *lato sensu*, se consideran empresas públicas a aquellas organizaciones dotadas de personalidad jurídica, cuyo patrimonio y capital, en su totalidad o en su mayor parte, se encuentran sustraídos de la titularidad privada y sometidos al control del Estado⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Caballero Ortíz, Jesús, Ob. cit., p. 23.

Ahora bien, la forma jurídica de la empresa pública en sentido amplio no ha sido única, pues bajo esta categorización se ha constituido por vía legal, los institutos autónomos que realizan actividades empresariales (Corporación Venezolana de Guayana), sujetos a un régimen jurídico predominante de derecho público; así como las sociedades mercantiles (Petróleos de Venezuela) o civiles, que han sido creadas por actos jurídicos societarios o por vía legal, quedando en cualquier caso sometidas a un régimen jurídico predominante de derecho privado. Esto llevó a sostener a la doctrina científica, que las empresas públicas tienen su régimen jurídico en virtud de las formas jurídicas que adoptan y no de la actividad que realizan⁵⁴¹.

Ahora bien, en lo que respecta a las denominadas empresas del Estado, luego de estudiar toda la normativa existente en aquel momento y advertir la falta de definición, se detectaron los siguientes elementos cuantitativos y cualitativos que permiten identificarlas como tales⁵⁴²:

- a) En primer lugar, las sociedades con capital exclusivamente público⁵⁴³.
- b) En segundo lugar, las sociedades con capital mayoritario de la República, sola o conjuntamente, con otras personas públicas.
- c) En tercer lugar, las sociedades filiales de las mencionadas anteriormente, si aquellas solas o de manera conjunta con otras empresas públicas, tienen participación mayoritaria en el capital de dichas filiales.

⁵⁴¹ Caballero Ortíz, Jesús, Ob. cit., p. 25.

⁵⁴² Caballero Ortíz, Jesús, Ob. cit., p. 33.

⁵⁴³ Tinoco Richter, César, *Teoría de la Administración y Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 272.

- d) En cuarto lugar, las sociedades en las que los entes públicos tengan el control y la responsabilidad en la gestión, aun cuando su participación no sea mayoritaria.

Según lo señalado, el ordenamiento jurídico no contempla distinción entre las sociedades de capital exclusivamente público y las sociedades de economía mixta, siendo consideradas ambas empresas del Estado, en tanto este tiene participación mayoritaria en el capital social⁵⁴⁴.

En razón de lo expuesto, se considera que la expresión empresa pública en sentido amplio, comprende dos formas jurídicas de organización: la de instituto autónomo destinado a la actividad empresarial; y la societaria, que puede comprender las sociedades civiles, asociaciones civiles y las sociedades mercantiles denominadas empresas del Estado. Por tanto, no es admisible la asimilación de las nociones de empresa pública con empresa del Estado, pues entre aquella y esta hay una relación de género a especie⁵⁴⁵.

Es así como se puede asumir la definición amplia de empresa pública, que considera como tal a “aquella empresa productora de bienes y servicios que el Estado gestiona o controla directamente, mediante sus propios órganos o indirectamente mediante entes públicos instituidos al efecto, con la finalidad principal de satisfacer necesidades de naturaleza individual en interés general de la colectividad”⁵⁴⁶.

Efectuada esta precisión, procede analizar la evolución de la empresa pública en la realidad nacional, lo que se hará seguidamente.

⁵⁴⁴ Caballero Ortíz, Jesús, Ob. cit., p. 34.

⁵⁴⁵ Caballero Ortíz, Jesús, *Ibidem*.

⁵⁴⁶ Stammati, Gaetano, La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado, *La Empresa Pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, p. 51.

III. El desarrollo de la empresa pública nacional

El estudio de la empresa pública ha ocupado la atención de la doctrina científica nacional desde hace más de cinco décadas⁵⁴⁷. No obstante, cabe advertir que los tiempos actuales no son los mismos.

Entre la tercera década del siglo pasado⁵⁴⁸ y comienzos de los años setenta, la empresa pública atendía a un modelo económico de desarrollo nacional, que luego tomará otro rumbo a partir de la adhesión de Venezuela al Tratado del Acuerdo de Cartagena, conocido como Pacto Subregional Andino.

El ingreso al mercado común andino condujo a un doble proceso: Por una parte de nacionalización y por otro de estatización actividades económicas y empresas. Mediante el primero, se reservó a los capitales nacionales de cada uno de los países integrantes del Pacto Andino, determinadas actividades, la producción de bienes, la prestación de servicios⁵⁴⁹ o la gestión de las empresas⁵⁵⁰ que se consideraron pertinentes, para lograr los cometidos establecidos en las políticas públicas que se pretendían desarrollar, a los fines de satisfacer plenamente determinadas necesidades colectivas y lograr un mayor desarrollo nacional.

A través del segundo, se procedió a que el Estado se reservará tanto el desarrollo de determinadas actividades económicas, como

⁵⁴⁷ Brewer-Carías, Allan, *Las empresas públicas en el derecho comparado: Estudio sobre el régimen de las actividades industriales y comerciales del Estado*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967; y posteriormente, *Régimen Jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Ed. CLAD, Caracas, 1980.

⁵⁴⁸ Araujo-Juárez, José, *Régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado, Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 199.

⁵⁴⁹ El artículo 302 de la Constitución reconoce que “El Estado se reserva[rá], mediante 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”.

⁵⁵⁰ El artículo 300 de la Constitución dispone que “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”.

la explotación de bienes y recursos específicos, lo que condujo a la exclusión absoluta de la participación privada –nacional o extranjera-, al establecimiento de un régimen de monopolio público y en consecuencia a la supresión de la libertad de empresa, la libre competencia e incluso de la propiedad privada de los medios de producción, dando paso a la constitución y la gestión de empresas en que tendría la totalidad de las acciones y que excepcionalmente una parte mayoritaria de las acciones, mediante el establecimiento de empresas mixtas (inversionistas públicos y privados)⁵⁵¹.

Cabe recordar que la expresión nacionalizaciones es polisémica y que ordinariamente se emplea como sinónimo de estatizaciones, aunque en otra oportunidad ya se ha advertido que no tienen el mismo significado⁵⁵².

Al fracaso de esta política económica le siguió una política de liberalización de los sectores económicos a comienzos de la década de los noventas, que aunque bien intencionada -en algunos sectores fue mal concebida y peor implementada-, lográndose algunas mejoras, -que no fueron plenamente percibidas por la sociedad- y otras nunca se concretaron, lo que generó una política de péndulo, que se iniciará en el último año del pasado siglo y comienzos del presente, cuando se adoptó una nueva hoja de ruta, que de manera sigilosa pero progresiva fue incrementando la intervención del Estado en la economía, lo que llevó a su concreción parcial en la reforma de la propia Constitución y a que se expandiera en las leyes de aplicación y desarrollo de las

⁵⁵¹ Hernández-Mendible, Víctor R., *La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela, Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 12-16.

⁵⁵² La doctrina científica había señalado acertadamente que "Nuestras nacionalizaciones no han sido inspiradas, ni por el anticapitalismo en sí mismo, ni por el antiestatismo, sino más bien por la voluntad de recuperar, en provecho del Estado, industrias explotadas por empresas extranjeras". Caballero Ortíz, Jesús, *La noción de empresa pública y empresa del Estado en el derecho venezolano, Revista de Derecho Público N° 2*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 24.

mismas, para en una segunda fase pasar a una política más hostil contra las libertades económicas⁵⁵³, que condujo al gobierno al margen de la Constitución y las leyes, a desconocer el derecho de propiedad privada de los medios de producción, intervenir empresas sin previsión legal para ello o sin el debido proceso, a realizar supuestas expropiaciones que al no ser indemnizadas, se convirtieron en confiscaciones larvadas y por tanto inconstitucionales, que culminaron en un incremento de las empresas públicas, bien bajo la modalidad de institutos autónomos o empresas del Estado, mediante las que se ha pretendido, -sin éxito como lo demuestran los resultados⁵⁵⁴-, un nuevo modelo de desarrollo de todo el sector productivo del país.

Ante este panorama que ha sido debidamente documentado en trabajos previos por la doctrina científica⁵⁵⁵, es que se puede entender la existencia de la empresa pública en la actualidad.

IV. Las empresas públicas contemporáneas

En el presente, conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública las denominadas empresas públicas deben ser consideradas como parte de la Administración Pública.

En efecto, la mencionada Ley señala que las autoridades que sean titulares de la potestad organizativa tienen competencia para crear entes descentralizados funcionalmente, siempre que lo amerite el cumplimiento eficiente y eficaz de los cometidos del Estado. Tal creación debe hacerse con estricta sujeción al ordenamiento

⁵⁵³ Hernández-Mendible, Víctor R., Réquiem por la libertad de empresa y el derecho de propiedad, *Revista de Derecho Público* N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 215-225.

⁵⁵⁴ Obuchi, Richard, Lira, Bárbara y Abadí, Anabella, *Gestión en Rojo*, Ediciones IESA, Caracas, 2014.

⁵⁵⁵ AA.VV., (Coord. Casal, Jesús María y Suárez, Jorge L.), *La libertad económica en Venezuela. Balance de una década (1999-2009)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

jurídico y podrá comportar dos modalidades⁵⁵⁶. Es así como los entes descentralizados funcionalmente pueden adoptar:

1. La forma de derecho privado, que son aquellos conformados por las personas jurídicas constituidas de acuerdo a las normas del derecho privado y que pueden adoptar o no la forma empresarial, conforme a los fines y objetivos para los cuales son creados y a que la fuente fundamental de sus recursos, provenga de su propia actividad o de los aportes públicos.
2. La forma de derecho público, que son aquellos conformados por personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y pueden tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

Es así como los entes denominados en sentido lato empresas públicas serían personas jurídicas, creadas conforme a normas de derecho privado o de derecho público, que según el ordenamiento jurídico podrán adoptar las formas de institutos autónomos, así como de sociedades civiles o mercantiles, constituyendo en cualquier caso, parte de la Administración Pública y más específicamente de la denominada Administración Pública descentralizada funcionalmente.

Es este el escenario que permite ubicar a las empresas públicas en sentido amplio, como parte de la Administración Pública de Venezuela y por ende sujeta a los principios constitucionales que informan la actividad de toda la Administración Pública y que se encuentran desarrollados en el resto del ordenamiento jurídico.

Seguidamente se hará referencia a las dos grandes expresiones de la empresa pública, a la que se ha hecho mención anteriormente.

⁵⁵⁶ Artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

4.1. Los institutos autónomos

Con sujeción a la previsión constitucional, los institutos autónomos solo podrán crearse por ley, lo que brinda la primera pista respecto a su régimen jurídico preeminente de derecho público⁵⁵⁷.

La legislación civil ya había señalado que constituían una persona jurídica o moral⁵⁵⁸ y la legislación administrativa reconoce que se trata de una persona jurídica de derecho público, que tiene un patrimonio propio y goza de un conjunto de competencias, que le son atribuidas por su acto de creación⁵⁵⁹.

Dentro del marco de libertad de configuración que tiene el Poder Legislativo, para desarrollar los principios, valores y reglas previstas en la Constitución, este se auto-vínculo al establecer un grupo de requisitos mínimos, que deberán cumplirse al expedir las leyes de constitución de los institutos autónomos.

Cabe destacar que el régimen de los institutos autónomos es idéntico, con independencia que se constituyan para realizar actividades propias de la Administración Pública o actividades empresariales. De allí que los requisitos objetivos sean los mismos, mientras que lo que cambiará será la orientación que se le dé al instituto autónomo, al momento de su creación.

No obstante, a los efectos de este trabajo el análisis se centrará en los institutos autónomos que se dedican a las actividades empresariales y que por tanto encajan en el concepto de empresa pública en sentido amplio.

El legislador estableció que tales institutos autónomos para su creación, que formalmente se debe realizar por vía legal, debe precisar lo siguiente:

⁵⁵⁷ Artículo 140 de la Constitución.

⁵⁵⁸ Artículo 19 del Código Civil.

⁵⁵⁹ Artículos 19 del Código Civil y 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

1. El señalamiento concreto de su finalidad (industrial, comercial, intermediación financiera, actividad aseguradora), competencias y actividades (exploración, explotación, comercialización, orientada al sector primario, secundario o terciario de la economía, fomento e impulso de las PYMES o de las industrias básicas).
2. El grado de autogestión presupuestaria, administrativa y financiera que se establezca. Se trata de determinar, cuál sería el grado de autonomía que se le atribuye al ente empresarial para gestionar su presupuesto, efectuar la contratación y las inversiones, adquirir préstamos y endeudarse, en el marco de la legislación nacional en estas materias.
3. La descripción de la integración de su patrimonio y de sus fuentes de ingresos. Hay que establecer cómo se conformarán los ingresos y los egresos, es decir, si los primeros provendrán de asignaciones de presupuesto público o si además podrán originarse ingresos propios producto del desarrollo de la actividad empresarial, siendo esto último lo idóneo para garantizar su sostenibilidad económica.
4. Su estructura organizativa interna a nivel superior, con indicación de sus unidades administrativas y señalamiento de su jerarquía y atribuciones. Se trata de predefinir el ejercicio de la potestad organizativa, comenzando por indicar si se trata de una dirección colegiada y de cuántos miembros o una dirección unipersonal. La forma de designación de los directores, las distintas gerencias que coadyuvarán con la directiva para efectuar la gestión, así como el señalamiento de los respectivos ámbitos de actuación.
5. Los mecanismos particulares de control de tutela que ejercerá el órgano de adscripción. Estos podrán ser mecanismos de control previo, concomitantes o posteriores al desarrollo de la gestión empresarial.

6. Además se deberán cumplir de manera general, los requisitos que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública, en lo atinente a los entes públicos.

Las empresas públicas organizadas bajo la forma jurídica de institutos autónomos tienen atribuidos por ley, los privilegios y las prerrogativas que las leyes otorgan a la República como personificación jurídica del Estado, a los estados, los distritos metropolitanos o los municipios, como entidades territoriales-menores⁵⁶⁰.

Es importante mencionar que siendo los privilegios y las prerrogativas de previsión expresa, así como de interpretación y aplicación excepcional, estos no pueden extenderse a las otras empresas públicas que se constituyen bajo la forma jurídica de empresas del Estado, si una ley de manera concreta no se los ha otorgado⁵⁶¹.

Como corolario hay que mencionar, que las empresas públicas constituidas bajo la forma jurídica de instituto autónomo, como integrantes de la Administración Pública Descentralizada funcionalmente se encuentran sujetas a todo el ordenamiento jurídico que le concierne, tanto en su condición de tal Administración como de la actividad empresarial que realizan y por tanto deben actuar con eficiencia, eficacia, celeridad, objetividad, transparencia,

⁵⁶⁰ Artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁵⁶¹ Esta precisión encuentra su justificación en el hecho que el Máximo Tribunal de Venezuela, inicialmente lo reconoció en Sala Constitucional, sentencia 2291, de 14 de diciembre de 2006 y en Sala Político Administrativa, sentencia 771, de 8 de junio de 2011; no obstante, en contravención a la Constitución y las leyes, se han venido ampliando las prerrogativas y los privilegios por vía jurisprudencial, para otorgárselo a las empresas del Estado, sin que exista algún basamento jurídico para ello. En tal sentido, Sala Constitucional, sentencia 281, de 26 de febrero de 2007 y Sala Político Administrativa, sentencia 977, de 20 de julio de 2011. Estas decisiones han sido censuradas por la doctrina científica, al respecto se recomienda Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (primera parte), *Revista de Derecho Público* N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 206-207; y del mismo autor, Problemas fundamentales del contencioso administrativo venezolano en la actualidad, *Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)*, Caracas, 2013, pp. 176-179.

rendición de cuentas, responsabilidad y con sujeción plena a la Ley y el Derecho⁵⁶².

En este sentido se pueden destacar a título enunciativo, por la importancia de la actividad empresarial pública, que a través de institutos autónomos se han llevado a cabo las gestiones económicas en sectores como el aeroportuario⁵⁶³, el postal⁵⁶⁴, el minero⁵⁶⁵, el ferroviario⁵⁶⁶ y el portuario⁵⁶⁷, entre otros.

4.2. Las empresas del Estado

Los entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente denominados legalmente empresas del Estado, son aquellas sociedades mercantiles en las cuales participan los órganos que ejercen el Poder Público y los entes territoriales o descentralizados funcionalmente en su constitución, composición accionarial, dirección y gestión.

Es así como el reconocimiento de estas empresas se encuentra establecido a nivel legislativo desde una doble perspectiva: El criterio cuantitativo, que considera como empresas del Estado, a aquellas donde los entes (República, estados y municipios, institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, sociedades civiles) tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social⁵⁶⁸; y, el criterio cualitativo, que considera como

⁵⁶² Artículos 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁵⁶³ Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía.

⁵⁶⁴ Instituto Autónomo Postal Telegráfico de Venezuela.

⁵⁶⁵ Instituto Autónomo Corporación Venezolana de Guayana.

⁵⁶⁶ Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado.

⁵⁶⁷ Instituto Autónomo Nacional de Puertos.

⁵⁶⁸ Artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, establece que "son empresas del Estado, las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación *mayor* al cincuenta por ciento del capital social" (*Cfr. Gaceta Oficial* n° 6.147, de 17 de noviembre de 2014), sin embargo debe señalarse que el artículo 6.8 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público, somete a la aplicación de dicho texto jurídico a "Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere este artículo

empresas del Estado, aquéllas en las cuales la República, los estados o los municipios o algunos de los entes descentralizados funcionalmente que ellos constituyan, tienen una participación decisiva, en cuanto a su dirección y administración⁵⁶⁹.

Si bien las empresas del Estado tienen fundamento constitucional⁵⁷⁰ y están reguladas expresamente en las leyes, en la actualidad encuentran su justificación en el interés del gobierno de realizar distintos negocios jurídicos: Así se tiene, la constitución de estas empresas por disposición del Ejecutivo Nacional (para la comercialización de alimentos⁵⁷¹, realización de la actividad de intermediación financiera⁵⁷², actividad industrial⁵⁷³, actividad de telecomunicaciones⁵⁷⁴, de servicios de televisión en señal

tengan participación *igual o mayor* al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad *totalmente* estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional". *Cfr. Gaceta Oficial* n° 6.210, de 30 de diciembre de 2015.

⁵⁶⁹ Artículos 23.1, 24.1 y 25.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁵⁷⁰ Artículo 300 de la Constitución.

⁵⁷¹ Constituyen referencias de ello, La Corporación de Abastecimiento y Servicios Agrícolas (LA CASA), Café Venezuela, Mercados de Alimentos (MERCAL), Empresa Nacional de Almacenes (ENACA).

⁵⁷² Como ejemplos recientes se tienen el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, Banco de Comercio Exterior, Banco del Tesoro, Banco del Pueblo Soberano, Banco de la Mujer, Banco Nacional de Vivienda y Habitat.

⁵⁷³ Se pueden mencionar entre otras, Venezuela Industrial (VENINSA), Industria Venezolana Endógena de Papel (INVEPAL), Industria Endógena Venezolana de Válvulas (INVEVAL), Compañía Nacional de Industrias Básicas, Empresa de Producción Social de Servicios de Laminación del Aluminio, Empresa de Producción Social de Tubos sin Costura, Empresa de Producción Social Siderúrgica Nacional, Empresa de Producción Social para la Concentración de Mineral de Hierro, Empresa de Producción Social de Pulpa y Papel, Empresa de Producción Social para el Desmonte de Algodón, Empresa de Producción Social Recuperadora de Materias Primas, Empresa de Producción Social Minera Nacional, Empresa de Producción Social Constructora Nacional de Rieles para Vías Férreas y Estructuras Metálicas para ser destinadas a la Construcción de Viviendas y otras Aplicaciones, Empresa de Producción Social de Insumos Básicos para la Construcción de Viviendas, Empresa de Producción Social Cemento Cerro Azul, Construcciones para Viviendas del Metro (COVIMETRO).

⁵⁷⁴ Al respecto, se tiene la Corporación Venezolana de Telecomunicaciones (COVETEL).

abierta⁵⁷⁵, de transporte aéreo⁵⁷⁶ o terrestre de pasajeros⁵⁷⁷), mediante la celebración de una asamblea constitutiva de los accionistas y su posterior inscripción en el registro mercantil; o mediante la modalidad de las estatizaciones, que ha supuesto la compra de las acciones por empresas públicas establecidas a empresas privadas nacionales, mediante un proceso de absorción; o la compra de las acciones directamente por el Estado, a los inversionistas extranjeros de las sociedades mercantiles privadas (sector de las telecomunicaciones⁵⁷⁸ y de la energía eléctrica⁵⁷⁹); o la constitución de nuevas sociedades mercantiles de carácter mixto, donde el Estado asume la mayoría accionarial y deja a los inversionistas privados

⁵⁷⁵ En este sentido, la Nueva Televisión del Sur (TELESUR) y la Fundación Televisión Venezolana Social (TEVES), que aunque no constituye formalmente una sociedad mercantil, realiza una actividad típica de estas empresas.

⁵⁷⁶ Como nueva línea aérea estatal, se constituyó el Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos (CONVIASA).

⁵⁷⁷ La empresa del Sistema Integral de Transporte Superficial.

⁵⁷⁸ El 1° de enero de 2007, el Estado poseía el 6,59% de las acciones de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), una semana después el gobierno anunció la nacionalización de la empresa y el día 12 de febrero de 2007, se suscribió un memorando de acuerdo de compra-venta del porcentaje de acciones que tenía *Verizon Communications*. El Estado luego de adquirir el 28,51 % que poseía en titularidad esta corporación y de realizar una oferta pública de adquisición de acciones, ha reestatizado la empresa adquiriendo el 86,21% de capital social de la empresa. Debe recordarse que esta fue una empresa que se constituyó privada, que en el año 1953 fue estatizada, que luego en 1991 fue privatizada parcialmente y que finalmente ha sido reestatizada el día 19 de mayo de 2007.

⁵⁷⁹ El Estado adquirió el 92,98% de las empresas privadas que conforman el grupo Electricidad de Caracas (ELECAR), estatizando una empresa que desde su creación y durante más de cien años fue totalmente privada y nacional, dado que sus accionistas eran venezolanos, no obstante en el año 2000, el gobierno permitió una oferta pública de adquisición de acciones que produjo la compra del 82,14% de las acciones por el inversionista extranjero *AES Corporation* con quien suscribió el memorando de entendimiento para la compra-venta de sus acciones, el día 8 de febrero de 2007. El Estado también adquirió el 88% de la empresa Sistema Eléctrico de Nueva Esparta (SENECA), que siendo originalmente estatal, por su ineficiencia económica y deficiente prestación del servicio había sido privatizada y ahora ha sido reestatizada.

un porcentaje menor, figura que se ha denominado migraciones forzosas⁵⁸⁰, en el sector de hidrocarburos⁵⁸¹.

Ahora bien, con independencia del criterio legal que se aplique para la consideración de una empresa como pública o estatal y de los negocios jurídicos que hayan justificado su constitución, ello genera consecuencias jurídicas que deben tenerse presentes en la gestión que realizan.

La primera es la publicación, cuando menos parcial de su régimen jurídico. Es así como las empresas públicas denominadas empresas del Estado, se van a regir en principio por lo establecido en la legislación ordinaria⁵⁸², pero por su naturaleza también le son aplicables disposiciones de derecho público, como la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional, la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector público, la Ley de Contrataciones Públicas y sus reglamentos, la Ley Orgánica de Bienes Públicos, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el sistema de control fiscal, así como la Ley contra la Corrupción⁵⁸³.

La segunda se refiere al régimen de personal. Los trabajadores de las empresas del Estado disfrutaban del régimen jurídico general

⁵⁸⁰ Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas, *Gaceta Oficial* n° 38.632, de 26 de febrero de 2007. Este Decreto-Ley debe ser analizado en concordancia con la Ley sobre los efectos del proceso de migración a empresas mixtas de los convenios de asociación de la faja petrolífera del Orinoco, así como de los convenios de exploración a riesgo y ganancias compartidas, *Gaceta Oficial* n° 38.785, de 8 de octubre de 2007.

⁵⁸¹ Sobre el particular véase Brewer-Carías, Allan R., *Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios de Regulación Económica Universidad Monteávila, Caracas, 2018.

⁵⁸² Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁵⁸³ Con provecho se recomienda Araujo-Juárez, José, El régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado, *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 191-241.

de los empleados y obreros, de allí que resulte totalmente inapropiado considerar que quienes son trabajadores de una empresa del Estado, puedan tener un régimen estatutario propio de los funcionarios públicos.

Además debe tenerse presente que la Ley del Estatuto de la Función Pública no contempla su aplicación a las empresas del Estado⁵⁸⁴ y en todo caso debe recordarse, que constitucionalmente la única forma de ingresar a la función pública es previo concurso público⁵⁸⁵, lo que no ocurre en las empresas que se analizan.

El tercer aspecto que es consecuencia de lo anterior, consiste en que las empresas del Estado deberán negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo y se pueden producir conflictos colectivos, de conformidad con el ordenamiento internacional, la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo. Ello implica que el Estado como garante de los derechos constitucionales, en su condición de patrono no debe poner obstáculos al ejercicio del derecho constitucional a la huelga⁵⁸⁶ y en su condición de regulador social, debe establecer de manera proporcional, adecuada y necesaria tanto los servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa⁵⁸⁷, mientras se desarrolla una huelga dentro de ella o en el sector respectivo, como los servicios mínimos⁵⁸⁸ para garantizar el abastecimiento de bienes esenciales a los consumidores o la prestación de los servicios públicos a los usuarios.

En cuarto lugar, existe otro elemento fundamental en la aplicación del régimen jurídico laboral a las empresas del Estado, que se encuentra relacionado con la obligatoria participación de los

⁵⁸⁴ Artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

⁵⁸⁵ Artículo 146 de la Constitución.

⁵⁸⁶ Artículos 97 de la Constitución y 486 al 491 de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁵⁸⁷ Artículos 485 de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁵⁸⁸ Artículos 483 de la Ley Orgánica del Trabajo.

trabajadores en la dirección de la empresa, en los términos contemplados en la normativa laboral.

En quinto lugar, en lo atinente al sometimiento de las empresas del Estado al control jurisdiccional, la estatización de las antiguas empresas privadas o la constitución de nuevas empresas del Estado genera como consecuencia, que al integrarse a la organización de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, quedan sometidas al orden jurisdiccional administrativo, por la actividad administrativa que efectúen, por la inactividad en que incurran, así como por el hecho de poseer el Estado un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración.

Debe señalarse que las empresas del Estado al constituir parte de la Administración pública nacional descentralizada funcionalmente, también se encuentran por mandato constitucional en el deber actuar al servicio de los ciudadanos y deben gestionarse con eficiencia, eficacia, responsabilidad, transparencia, rendición de cuentas, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Ello plantea un doble reto en la gestión y dirección de las empresas públicas: A los gerentes jurídicos, de formarse o actualizarse en el complejo ordenamiento jurídico de derecho público que deberán conocer, interpretar y aplicar a partir de la constitución en un caso o estatización de las antiguas empresas privadas en el otro; y a los gerentes corporativos, en la utilización de las mejores prácticas en la gobernanza empresarial, a los fines de alcanzar la sostenibilidad de las empresas con responsabilidad social corporativa⁵⁸⁹.

Precisado lo anterior, cabe efectuar unas reflexiones finales sobre la empresa pública en el derecho nacional.

⁵⁸⁹ Orjuela Córdoba, Sandra, La responsabilidad social empresarial y la sostenibilidad en el sector energético. Construyendo el futuro, *Energía Eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Centro de Estudios de Regulación Económica-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 74-120.

V. Consideraciones finales

Las empresas públicas en el concepto amplio del término, alejadas del ordenamiento jurídico, se caracterizan por las prácticas siguientes⁵⁹⁰:

1. Confunden la misión empresarial (ser una empresa competitiva, eficiente, que presta servicios de calidad o produce bienes a bajo costo para los usuarios o los consumidores y produce dividendos a los accionistas); con la persecución de fines indefinidos de carácter social, cultural y político que no se corresponden con su objeto social (Petróleos de Venezuela desde el año 2003) e incluso los religiosos (Banfoandes entre 2003-2008)⁵⁹¹.
2. La politización de los cargos directivos, quienes actúan guiados por criterios ajenos al campo de la gerencia eficiente, productiva y competitiva, es decir, de las mejores prácticas gerenciales, basadas en criterios técnico-económicos se pasó a una gestión no profesional, basada en criterios políticos, lo que genera ineficiencia en la gestión⁵⁹².
3. La contratación de personal no profesional, carente de la cualificación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que exigen una especialización técnica para ejecutar la gestión. No es infrecuente que se sustituya al personal

⁵⁹⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 12-13; De La Cuétara, Juan Miguel y Noriega Sandberg, Raquel, El Proyecto de Ley Argentina de Servicios Públicos. Análisis Crítico, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 242-243.

⁵⁹¹ El diario El Universal, titulaba el 1° de agosto de 2004, "Banfoandes donó un millardo a iglesia evangélica para un acto", https://espanol.groups.yahoo.com/neo/groups/upla-ven_ccs/conversations/messages/4884. Es preciso señalar que el presidente de Banfoandes al momento de la donación pertenecía a dicha iglesia.

⁵⁹² Se sustituyeron en el desempeño de la presidencia de Petróleos de Venezuela a personas técnicamente capacitadas que tenían años de gerencia y formación en el negocio petrolero y en su lugar se designó como Presidente [C.E.O.] al Ministro de Energía y Petróleo, que es y actúa como un político de ideología marxista, según sus propias declaraciones de prensa.

capacitado, en el cual se han invertido años en su formación, por el entorno de los familiares, amigos o relacionados que más allá de su preparación profesional vienen a buscar qué negocios hacen y cuánto dinero obtienen de una pasantía breve, pero rentable en la empresa pública.

4. El aumento desproporcionado del número de empleados que ingresan a trabajar en la empresa⁵⁹³, produce una burocratización no para mejorar la gestión, sino para ocupar plazas de trabajo muchas veces inexistentes e innecesarias, pero que permiten pagar los favores políticos de los directivos de turno, incluso a costa de reducir la productividad⁵⁹⁴.
5. La descapitalización por mala gestión, genera el sobreendeudamiento, que no se realiza para mejorar la calidad de la prestación de los servicios, el aumento en la producción de los bienes, el incremento de la inversión o lograr una mayor eficiencia, sino con la finalidad de afrontar los gastos corrientes de la empresa, como personal, servicios, bienes, etc. (Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico).
6. La exclusión de la empresa de las reglas de la competencia, además de materializar una violación al principio de sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, constituye un desconocimiento del modelo de economía social de mercado que surge de la Constitución⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Petróleos de Venezuela incrementó la nómina de empleados en la industria petrolera, que en 2003 tenía de 40.000 personas a tener en la actualidad 140.626 personas, http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/faq.tpl.html&newsid_temas=8

⁵⁹⁴ En el año 1999 la producción de la cesta petrolera era de 3.300.000 barriles diarios aproximadamente y para noviembre de 2018, la producción ha descendido a 1.171.000 barriles diarios aproximadamente. OPEP, Monthly Oil Market Report, 13 November 2018, https://www.opec.org/opec_web/en/publications/338.htm

⁵⁹⁵ La doctrina científica ha señalado que "...entre los principios propios del sistema de economía social de mercado en el que la Constitución de 1999 se inscribe, destacan los principios de igualdad y no discriminación y la libre competencia entre las empresas públicas y las empresas

7. Las empresas públicas tienen la virtud que aún estando mal gestionadas, no se atrasan, nunca quiebran y muchos menos se liquidan, -como señala la doctrina científica- se encuentran investidas de la inmortalidad (Banco Industrial de Venezuela).
8. Lo anterior se traduce en ausencia de desarrollo e innovación que contribuyan al progreso de la sociedad, lo que afecta e incluso impide que se desarrollen servicios de calidad técnica adecuada -cuando se prestan si se tiene la fortuna de recibirlos, resultan ineficientes-, no satisfacen las necesidades de los usuarios y los costos que se pagan son sumamente elevados, porque no existen servicios o bienes más caros que aquéllos que no se tienen⁵⁹⁶.

privadas y, por consiguiente, en el ejercicio de la actividad empresarial pública de que se trate, las empresas públicas se habrán de someter sin excepción ni privilegio alguno -directo ni indirecto- a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado, pues de lo contrario ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia vulnerando el artículo 113, C, no pudiendo tampoco incurrir en prácticas o abusos que al amparo de la posición de dominio puedan cometer las empresas públicas". Araujo-Juárez, José, Régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado, *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 208-209.

⁵⁹⁶ Debe mencionarse en materia de infraestructuras que la autopista que une a las ciudades de Caracas (capital de la República) con La Guaira, - donde se encuentran el principal aeropuerto internacional y el principal puerto internacional de Venezuela-, el peaje iba a ser aumentado conforme al contrato de concesión en una suma irrisoria -Bs. 100,00- y ante la protesta de un grupo de usuarios habitantes de La Guaira, el gobierno decidió no aumentar la tarifa del peaje y ponerle fin al contrato de concesión con la empresa mexicana concesionaria, lo que produjo un conflicto que debió ser resuelto mediante arbitraje internacional, en tanto que la autopista quedó totalmente abandonada. Después de varios años sin mantenimiento ni del concesionario, ni del Estado y de las advertencias al gobierno por el Colegio de Ingenieros de Venezuela, respecto a la factibilidad que uno de los viaductos iba a colapsar y se caería, se tuvo que cerrar temporalmente el tránsito de vehículos por dicha autopista, el día 5 de enero de 2006. Ello produjo como consecuencia que los usuarios que se habían negado a pagar el aumento contractual del peaje de Bs. 100, hayan tenido que pagar para transportarse por la carretera alterna sumas que oscilaban alrededor de los Bs. 400.000, que el tiempo de traslado entre ambas ciudades pasase de entre 30 o 35 minutos a tener que realizarse grandes colas que llevaban a un promedio entre 2 y 6 horas cada día, para efectuar el traslado entre las ciudades, lo que produjo que muchas personas que tienen su residencia en una ciudad y trabajaban en la otra hubiesen perdido el trabajo. A pesar de la negativa del vocero gubernamental del Ministerio de Infraestructura Guillermo Rangel, efectuada al periódico Últimas Noticias, el 18 de marzo de 2006 que el viaducto no colapsaría, el día domingo 19 de marzo de 2006, ante la vista de todo el país el viaducto se derrumbó dejando definitivamente interrumpido el tráfico por esa autopista. En fin, el ahorro del aumento del peaje y un acto demagógico del gobierno

Algunos de estas características que se han hecho presentes en la empresa pública de latitudes distintas, llevaron a pronosticar la defunción de la empresa pública⁵⁹⁷, sin embargo, más recientemente en la búsqueda de readaptarlas y que subsistan en el mundo actual, se ha señalado que “...no hay que proscribir necesariamente a la empresa pública. Sigue siendo un instrumento legítimo de los gobiernos siempre que su creación esté justificada, siempre que se vea libre de injerencias políticas y siempre que no se revista de privilegios cuando actúe en el mercado en competencia con las privadas”.⁵⁹⁸

En razón de lo anteriormente expuesto, es posible finalizar señalando que la creación y gestión de la empresa pública requiere una profunda reflexión y una transformación tanto en el fondo como en la forma, pero ello no será posible lograrlo en tanto no se restituyan la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela. Justamente ese es parte del reto que tiene por delante la sociedad en este momento.

impidieron la continuación de los trabajos que hacía la concesionaria, el gobierno tampoco asumió el mantenimiento y construcción de la nueva infraestructura, finalmente se produjo el desplome de la vía y como consecuencia todos han pagado la elevación de los costos y del tiempo por el traslado de personas y bienes entre ambas ciudades, así como el incremento en los servicios, lo que ha hecho que se cumpla el brocárdico que no existe servicio más caro e infraestructura más costosa, que aquélla que no se tiene.

⁵⁹⁷ Ariño Ortíz, G., El servicio público como alternativa, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 23, Civitas, Madrid, 1979, pp. 537-560.

⁵⁹⁸ Ariño Ortíz, G., Discurso de clausura del IV Congreso de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, *Revista de Regulación Económica. Empresas & Finanzas*, N° 2, ESAN, Lima, 2010, p. 9.

**LA LEY CONSTITUCIONAL DE PRECIOS
ACORDADOS EMITIDA POR LA ASAMBLEA
NACIONAL CONSTITUYENTE. SU
INCONSTITUCIONALIDAD, NUEVA
REGULACIÓN DE PRECIOS A TRAVÉS DEL
DIÁLOGO Y SU DESCONOCIMIENTO POR
LAS VÍAS DE HECHO DE AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS**

JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Derecho Administrativo de la UCAB. Realizó estudios de doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Magister en Estudios Superiores en Administración Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en colaboración con la Universidad de Alcalá de Henares de España. Profesor en la especialización de Derecho Administrativo (UCAB) y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela (UCV).

La Ley Constitucional de Precios Acordados emitida por la Asamblea Nacional Constituyente publicada en la Gaceta Oficial N° 6.342 del 22 de noviembre de 2017, usurpa las funciones de la Asamblea Nacional, la cual conforme al artículo 187 de la Constitución vigente tiene la función de legislar en la materia de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. Por consiguiente, la Asamblea Nacional Constituyente (en adelante ANC), al dictar leyes supuestamente constitucionales vacía de contenido e invade las competencias de la Asamblea Nacional. De igual manera, la ANC se desvía de su

función prevista por el artículo 347 de la Constitución vigente, la cual es redactar una nueva Constitución. De tal manera que, la Asamblea Nacional Constituyente al dedicar parte de su tiempo y de su actividad a decretar “Leyes Constitucionales” se aparta de la finalidad establecida en el artículo 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como usurpa, como se ha referido, las funciones previstas en la Carta fundamental por la Asamblea Nacional.

Esto aunado al origen fraudulento e inconstitucional de la ANC que fue convocada directamente por el Presidente de la República, sin la debida consulta y aprobación por parte del soberano mediante referéndum, vulnerándose así, de igual forma, el artículo 347 de la Constitución de 1999.

Por otra parte, en nuestro criterio, no se puede sostener que estas “leyes constitucionales” emitidas por la ANC, se subsumen en la tesis de Carl Schmitt que define como Leyes Constitucionales: aquellas que pueden modificar limitadamente la Constitución sin tocar o rozar las decisiones políticas fundamentales. En efecto, la tesis de Carl Schmitt se refiere a leyes dictadas por el Poder Legislativo, en nuestro caso el antiguo Congreso o la Asamblea Nacional y no así el Poder Constituyente, el cual tiene como finalidad, de acuerdo con el artículo 347 de la carta magna, la transformación del Estado, la creación de un nuevo ordenamiento jurídico y la redacción de una nueva Constitución.

De seguidas nos referiremos a la regulación de precios a partir de la estructura de costos, haciendo una breve referencia a la regulación histórica de los precios en Venezuela y a las etapas que se han verificado en Venezuela a partir de la Ley de Costos de Precios Justos del 2011, para luego enfocarnos en el análisis de la denominada Ley Constitucional de Precios Acordados, su naturaleza, las críticas a la misma y los aspectos que contempla dicha ley.

1.- Regulación, formación de precios y mercado

La formación de precios responde a la estructura de costo de un bien o servicio y al margen de ganancia, así como a la rivalidad entre los agentes económicos, a la competencia y a ley de la oferta y la demanda de los mismos en un determinado mercado. Ahora bien, la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) pretende regular nuevamente los precios de una serie de bienes y servicios “*priorizados*” por el Ejecutivo Nacional, en razón de lo cual no será la demanda ni la oferta la que determinen los precios, sino que será la autoridad administrativa la que determine los precios de dichos bienes y servicios a través de un “diálogo” con el sector privado, los trabajadores y el sector comunal. Por consiguiente, se reduce el espacio de libertad económica y de libre competencia y se determinan los precios de todos los productos “*priorizados*” con base en una regulación basada en un diálogo o concertación, mediante la celebración de convenios “voluntarios” entre diversos sectores del país, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1 y 3 de la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA).

2.- Los Controles de Precios

El control de precios de bienes y servicios existe en Venezuela desde el año de 1939, concretamente mediante decreto del 9 de septiembre de 1939 (Gaceta Oficial N° 19.975 del 9-9-39) dado el conflicto europeo y la Segunda Guerra Mundial, se tomaron medidas para evitar las consecuencias de la guerra sobre el bienestar de la población venezolana fundamentándose en las previsiones de la Constitución de 1936 sobre la técnica de restricción de las garantías económicas. Así, ha señalado la doctrina: “*se declararon una serie de artículos alimenticios, de habitación, del vestido, del transporte, combustibles y fuerza motriz, materias primas y productos manufacturados y medicinas, drogas y aparatos medicinales como artículos de primera necesidad*”

en todo el territorio de la República” (art. 1). La consecuencia fue la creación, en las capitales de los Distritos de la República, de las Juntas Ejecutivas con competencia para fijar y publicar cada quince días los precios máximos al mayor y al detal⁵⁹⁹. Así se ha utilizado por más de setenta años la política de control de precios para controlar la especulación o abuso de precios y la inflación, siendo la referida política ineficaz e ineficiente a través de los años.

Ahora bien, específicamente en cuanto al control de precios a partir de los costos de los productos y sus estructuras (estructuras de costos), para luego limitar el margen de ganancia, a diferencia de la imposición tradicional en Venezuela desde el año 1945 de precios de venta al público (PVP) o de precios máximos de venta al público (PMVP), hemos tenido las etapas que se refieren de seguidas.

⁵⁹⁹ Brewer Carias Allan R.: *Evolución del Régimen Legal de la Economía. 1939-1979* Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia. 1980 p.36 Véase igualmente: Abadí, Anabella y Garcia, Carlos “El Control de Precios en Venezuela (1939-2015): De la Segunda Guerra Mundial a la “Guerra Económica”. Caracas 2016. Universidad Monteavila-UCAB- CEDICE. Caracas. P. 19 y ss Consúltese así mismo Morles Hernandez, Alfredo: *Curso Derecho Mercantil Tomo I (Introducción, La Empresa. El Empresario)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1998. p. 177 quien señala: “Si bien después de la Primera Guerra Mundial y con ocasión de la crisis económica de los años 1930, en los principales países desarrollados se adoptó legislación contra los abusos industriales, comerciantes y financistas inescrupulosos, ha sido después de la Segunda Guerra Mundial que el Estado ha adquirido mayor conciencia de su papel rector de la economía, conforme a principios de justicia social, dictando una serie de medidas legislativas y creando instituciones dedicadas a mantener un equilibrio entre el derecho a ejercer actividades lucrativas y el derecho a recibir servicios y bienes de calidad que guarden correspondencia con el precio que paga el público ”

3.- Etapas a partir del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de julio de 2011

3.1. El 18 de julio de 2011 se publicó en Gaceta Oficial N° 39.715 el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos según el cual (en función del carácter estratégico de los bienes y servicios) la Superintendencia Nacional de Costos y Precios (SUNDECOP), podía establecer distintos regímenes, pudiendo éstos *ser regulados, controlados o no sujetos* (art 13 de dicho Decreto Ley).

Los sujetos de aplicación de este decreto tenían el deber de informar sus precios, en tanto y en cuanto, sus productos hubiesen sido seleccionados en virtud de su carácter “*estratégico*” tal y como lo previeron tanto el Reglamento Parcial de la SUNDECOP,⁶⁰⁰ como las Providencias Administrativas de la SUNDECOP N° 006 y 007, que desarrollaron las normas para el funcionamiento del Registro Nacional de Bienes y Servicios. Así, a pesar de que primeras lecturas de dichas normas hubiesen podido indicar que se pretendía regular los precios de todos los productos, se aclara y precisa a través del artículo 3 de la Providencia N° 006, que las etapas del Registro Nacional de Precios de Bienes y Servicios eran aplicables sobre los productos *seleccionados*. De allí pues, sólo aquellos productos seleccionados por la SUNDECOP podían ser registrados y notificados sus precios y sus costos, determinando la Superintendencia el precio justo del bien o servicio o modificando el mismo de oficio o a solicitud del interesado. De tal manera que, en cuanto al resto de los bienes y servicios no tenían la obligación, en esta etapa del control de precios radicada en los costos, de notificar sus costos

⁶⁰⁰ Gaceta Oficial N° 39.802 del 17 de noviembre de 2011.

y precios, salvo que con anterioridad a noviembre de 2011 ya se hubiesen determinado sus precios o se tratase de bienes o servicios objeto de control de precios con base en el sistema previsto en el artículo 5 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (Ley Indepabis), así como en las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Así se produjo en su momento la Providencia de la SUNDECOP signada con el N° 007, según la cual se estableció la obligación de notificación de costos y precios a los sujetos de aplicación que produjesen, importasen, transformasen, distribuyesen o comercializasen los productos que se indicaban en el artículo 2 de la referida providencia.⁶⁰¹ De resto, con las salvedades indicadas, no existía la obligación para el resto del universo de bienes y servicios, hasta esta etapa o fase en virtud del principio *favor libertatis*, de notificar los costos y precios a la SUNDECOP.

Por otra parte, este Decreto Ley de enero de 2011 estableció en su artículo 19 que: “Los costos y gastos informados al Sistema Automatizado de Administración de Precios no podían exceder a los registrados contablemente”.

⁶⁰¹ El artículo 2 de la Providencia N° 007 publicada en la Gaceta Oficial N° 39.805 del 22 de noviembre de 2011 estableció lo siguiente: La notificación de precios a los cuales hace referencia el artículo precedente, deberá ser formulada ante la Superintendencia Nacional de Costos y Precios por todos aquellos sujetos de aplicación que produzcan, importen, transformen, distribuyan y/o comercialicen los siguientes productos finales: (1) Compotas en todas sus presentaciones; (2) Agua Mineral en todas sus presentaciones; (3) Jugos de frutas pasteurizadas en todas sus presentaciones; (4) Pañales desechables para bebés en todas sus presentaciones; (5) Champú para el cabello en todas sus presentaciones; (6) Enjuague para el cabello en todas sus presentaciones; (7) Desodorante en todas sus presentaciones; (8) Jabón de baño en todas sus presentaciones; (9) Máquinas de afeitar en todas sus presentaciones; (10) Papel higiénico en todas sus presentaciones; (11) Toallas sanitarias en todas sus presentaciones; (12) Crema dental, dentífricos y enjuagues bucales en todas sus presentaciones; (13) Cloro en todas sus presentaciones; (14) Ceras para pisos en todas sus presentaciones; (15) Detergentes en todas sus presentaciones; (16) Jabón en panela para lavar en todas sus presentaciones; (17) Lavaplatos líquido, gel, o crema en todas sus presentaciones; (18) Limpiadores (desinfectantes) en todas sus presentaciones; y, (19) Suavizantes y enjuagues para la ropa en todas sus presentaciones.

De tal manera que, una política de fijación de precios tomó en cuenta de manera relevante los registros contables, sin tomar en consideración las expectativas de ganancias o utilidades esperadas u otros factores dinámicos en la conformación del precios; conteniendo incluso una contradicción en términos con el artículo 17 del mismo Decreto Ley de enero de 2011; pero lo importante a destacar, es que implicó un “congelador” para la determinación de los precios y su conformación, atendiendo sólo a los registros contables, teniendo los particulares que impulsar y probar lo conducente a los efectos de modificar los criterios formulados por la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones.

3.2. Decreto N° 600 mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de Precios Justos publicado el 23 de enero de 2014 en la Gaceta Oficial N° 40.340.

En dicho Decreto Ley se establece por primera vez en Venezuela un margen de ganancia máximo de treinta por ciento (30%) sobre la estructura de costos del bien o servicio previendo así un techo o “Mark Up” para las empresas, que estandarizó el nivel de ganancias, implicando ello la imposibilidad de obtener ganancias que superen en un treinta por ciento (30%) la estructura de costos, teniendo que contar con el respaldo financiero y contable de sus estructuras de costos. Esta, sin lugar a dudas, fue la norma más importante de este Decreto Ley y núcleo de ésta regulación, incorporando el concepto novedoso de la estructura de costos de las empresas, que resulta la base fundamental a los efectos de la determinación de los retornos de las empresas⁶⁰².

⁶⁰² Soteldo Silva, Carolina: “Regulación legal a las ganancias empresariales comerciales e industriales y su impacto financiero en la manera de hacer negocios en Venezuela. Consideraciones financieras y contables” en *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la Normativa complementaria*. FUNEDA caracas 2014 p. 127 y ss.

En este sentido, en el marco de esta nueva limitación se dictó la Providencia Administrativa N° 003/2014 del 7 de febrero de 2014, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.351 del 7 de febrero de 2014, emitida por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE). Mediante esta norma se fijaron los Criterios Contables Generales para la Determinación de Precios Justos, la cual sigue en términos generales la Norma Internacional de Contabilidad N° 2 sobre inventarios (NIC 2)⁶⁰³ y que prevé los criterios de cumplimiento obligatorio en la contabilidad en los sujetos de aplicación del Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos. Pero estableciendo dicha norma la particularidad en Venezuela, de fijar el límite del 12,5% de gastos dentro de la estructura de costos aunado al límite máximo de ganancias de treinta por ciento (30%) sobre la estructura de costos ya establecido en el Decreto Ley.

Ahora bien, se estableció, así mismo, en el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos de enero del 2014, en su artículo 21, la Creación del Registro Único de Personas que desarrollen Actividades Económicas (RUPDAE) y en la disposición transitoria 8va de dicho decreto, la obligación de inscribirse en el registro. Así, destacamos que en esta fase de la regulación los sujetos de aplicación de la ley debían registrarse, inscribir y mantener sus datos actualizados, según lo previsto en el artículo 22 de dicho Decreto, con la salvedad de aquellos regulados por ley especial. Por tanto, el sistema es diferente en esta fase de la regulación al previsto anteriormente por el artículo 3 de la Providencia Administrativa N° 006 de la SUNDECOP, según la cual sólo debían cumplir las etapas de registros *aquellos productos seleccionados*. En esta fase, a partir del Decreto Ley publicado en el mes de enero de 2014, es más omnicomprensivo, y todos los sujetos debían registrarse y dar la

⁶⁰³ [Http://www.fccpv.org/cont3/data/files/NIC-2-2010.pdf](http://www.fccpv.org/cont3/data/files/NIC-2-2010.pdf)

información que exigía la inscripción en línea y el video publicado en la página Web: www.superintendenciadepreciosjustos.ve. Así mismo, a todos los productos y no sólo a los seleccionados por la SUNDDE se les establece el margen de ganancia previsto del treinta por ciento (30%) sobre su estructura de costos.

El establecimiento de un margen máximo de ganancia de treinta por ciento (30%) sobre la estructura de costos constituye un mecanismo de “*autorregulación*” de los precios, que ciertamente limita el derecho a la libertad económica al imponer un margen máximo de ganancias sobre la estructura de costos pero que, de otra parte, con ese límite a la libertad constituye un mecanismo de *autorregulación o autodeterminación* propio de cada agente económico o empresa, dada su propia estructura de costos y gastos, así como, su lugar en la producción o en la cadena de comercialización.

3.3. Decreto N° 1.467 mediante el cual se dicta la reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 del 19 de noviembre de 2014.

Mediante este Decreto No. 1.467 se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de reforma parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos y se efectuaron varios cambios, entre los cuales figuraron: i) la ampliación del delito de especulación, ii) previsiones en cuanto a los Derechos de las Personas en relación a los bienes y servicios, iii) previsiones en cuanto al Sistema de Adecuación Continua de Precios y iv) establecimiento de penas de prisión y posibilidad de llevarlas a su límite máximo en los casos de delito de especulación, acaparamiento, boicot y contrabando de extracción cuando se cometan sobre bienes provenientes del sistema de abastecimiento del Estado o con obtención de divisas asignadas por el Estado. Dentro de estos

cambios, consideramos que el más relevante, es el que se refiere a la ampliación del delito de especulación, previéndose como aquel que *enajene bienes o preste servicios a precios o márgenes de ganancias superiores a los fijados mediante la autorregulación*, de acuerdo con las normas que al efecto dicte la Superintendencia Nacional de Precios Justos. Si bien es cierto que ya el Decreto N° 600 de 23 de enero de 2014, en el tercer párrafo de su artículo 51, había establecido algo similar, esta nueva reforma del Decreto Ley reafirmó y exaltó el punto, implicando lo que podía constituir delito de especulación el vender por encima de los precios fijados por la autoridad competente, así como también el enajenar bienes o prestar servicios a un precio superior o márgenes superiores a los determinados por medio de la autorregulación. Entendemos por autorregulación, los precios o márgenes determinados por los sujetos de aplicación del Decreto ley e informados a la administración competente, fundamentados en la conformación de su estructura de costos y en tanto y en cuanto no supere el margen de ganancia del treinta por ciento (30%) sobre dicha estructura. En virtud de lo cual, existió un mayor control y una reducción de nuevos espacios de libertad en cuanto al diseño de la política de precios de las empresas.

En efecto, en el señalado Decreto No. 600 publicado el 23 de enero de 2014 se previó que:

“... quienes vendan bienes o presten servicios a precios superiores a los fijados determinados por la SUNDDE, serán sancionados por vía judicial con prisión de ocho a diez años.

Igualmente serán sancionados con la ocupación temporal del almacén, depósito, unidad productiva o establecimiento, hasta por 180 días, más multa de un mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) unidades tributarias.

La misma sanción será aplicable a quienes vendan bienes o presten servicios a precios superiores a los que hubieren informado a la SUNDDE (resaltado nuestro)”.

De tal manera que, desde la publicación del Decreto Ley N° 600 del 23 de enero de 2014, se previó el delito de especulación para quienes vendieran bienes o presten servicio a *precios superiores a los que hubieren informado a la SUNDDE*. Por consiguiente, tal delito no sólo era aplicable para los que vendiesen por encima de los precios determinados por la autoridad competente sino también para aquellos que vendiesen o prestasen servicios a precios superiores a los informados, ampliando de esa manera el conjunto de bienes y servicios que podían ser objeto del delito de especulación, tradicionalmente referido a bienes y servicios cuyos precios determinados fuesen determinados por la autoridad competente y que se extendía también a los bienes o servicios cuyos precios fueran informados a las autoridades competentes. Ello amplió así el radio de control por parte de la administración y redujo la libertad económica, en cuanto a la determinación de los precios, ya que una vez informados los precios, no puede excederse del mismo.

Es decir, de acuerdo con este Decreto 1.467, si se vulnera la autorregulación y se superan los precios determinados e informados por los propios sujetos de aplicación a las autoridades competentes, así como si se superan sus márgenes, estarían subsumidos en el delito de especulación. Claro está que con estas previsiones se redujo el ámbito del derecho de libertad económica y de organización empresarial, ya que los sujetos de aplicación no podrían tener márgenes de ganancias superiores al treinta por ciento (30%) sobre su estructura de costos en ninguno de sus bienes o servicios. Así mismo, se redujo la libertad de organización empresarial porque una vez que el agente económico diseñara sus precios e informara a la SUNDDE, quedaba atado al precio del bien o servicio

informado, pudiendo la administración competente determinar su precio justo o modificarlo (artículo 32 del Decreto 1.467). No obstante, quedaba la posibilidad también, de haber cambios en la estructura de costos, que el sujeto de aplicación pudiese, en virtud del principio *favor libertatis*, volver a informar los precios a que haya lugar por ante la administración competente. Lo contrario significaría un congelamiento de precios de todos los bienes cuyos precios hubiesen sido informados a la SUNDDE con la consecuente violación del derecho de libertad económica. Queda a salvo el supuesto de que la SUNDDE con base en la información suministrada, y conforme a sus potestades administrativas, determine o modifique los precios. De igual manera, una vez determinados los precios por los agentes económicos, podía la empresa ser fiscalizada y la SUNDDE no reconocer determinados costos o gastos, ordenando mediante actos administrativos o medidas cautelares ajustes o reducciones de precios.

3.4. Providencia Administrativa N° 057 SUNDDE de fecha 18 de noviembre de 2014, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.547 de fecha 24 de noviembre de 2104.

Según esta Providencia Administrativa el precio de venta justo debe ser establecido y marcado en todos los productos, bienes y mercancías comercializados en todo el territorio nacional y ningún bien deberá ser comercializado sin que lleve marcado el precio de venta justo; así como ningún servicio deberá prestarse sin que esté indicado su precio de venta justo sobre marcaje de precios. En esta fase de la regulación a noviembre de 2014, ningún bien podía ser comercializado sin llevar marcado su “precio justo” de conformidad con la Providencia Administrativa N° 057, ya sea el precio de venta justo fijado por la administración competente, esto es, la Superintendencia Nacional Para la Protección de Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) o ya sea aquellos precios determinados

por el productor o importador (art 6 de la Providencia N° 057) y en ninguno de estos casos podía superar el margen del treinta por ciento (30%) sobre la estructura de costos.

3.5. Así mismo, se dictó la Providencia Administrativa N° 073 publicada en la Gaceta Oficial N° 40.571 de 30 de diciembre de 2014.

En esta Providencia Administrativa se establece que el precio de venta justo definido en la Providencia Administrativa N° 057 ha de ser considerado como el precio máximo en el cual un bien o servicio puede ser comercializado (art 1 de esta providencia)

3.6. Providencia Administrativa N° 070 emanada de la Vicepresidencia de la República y SUNDDE, se reimprime por error material en la Gaceta Oficial N° 40.775 de fecha 27 de octubre de 2015, mediante la cual se regulan las modalidades para la Determinación, Fijación y Marcaje de precios en todo el territorio nacional.

Se establecen, mediante esta providencia administrativa N° 070, nuevas categorías de precios definidas de la siguiente manera:

Precio Máximo de Venta de Productor o importador (PMVPI) Aquel determinado y fijado por el sujeto de aplicación que produce o importa el bien con el fin de comercializarlo entre otros sujetos de aplicación encargados de su venta al usuario final

Precio Máximo de Venta al Público (PMVP): cuya determinación y fijación corresponde al prestador del servicio, o del productor o importador del bien. Es el resultado de la sumatoria del precio de venta del productor o importador, más el margen de intermediación que corresponde al resto de los eslabones de la cadena de comercialización, con

las restricciones que se establecen en dicha providencia en cuanto al Margen Máximo de Ganancia y el Margen Máximo de Intermediación.

Precio Justo: Es el precio determinado y fijado para un bien o servicio por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos.

A través de esta Providencia Administrativa, incluso ahora por actos de rango sublegal, se establece una nueva limitación al derecho de libertad económica y al libre diseño o bosquejo en la conformación de los precios de las empresas o agentes económicos que consiste en:

- i) Limitar el margen máximo de ganancias para los importadores de bienes hasta un máximo de veinte por ciento (20 %) sobre la estructura de costos.
- ii) Se limita y reitera en un treinta por ciento (30%) el margen de ganancia de los productores nacionales y prestadores de servicios; y
- iii) Se establece, independientemente del número de intermediarios o eslabones que intervengan en la cadena de distribución o comercialización de un bien o servicio, el margen máximo de intermediación permitido para toda la cadena es de hasta un sesenta por ciento (60%).

3.7. Aviso Oficial mediante el cual se corrige por error material el Decreto 2.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos de fecha 8 de noviembre de 2015 publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de 12 de noviembre de 2015.

Según lo previsto en el artículo 27 de este Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, en esta fase de la regulación de precios la política

nacional de precios justos comprenderá, al menos las categorías de Precio Justo y Precio Máximo de Venta:

Así las cosas:

- i) El Precio Justo *sólo* será determinado por la Superintendencia Nacional Para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE)
- ii) El precio Máximo de Venta al Público (PMVP) podrá ser determinado y fijado por el productor o importador del bien o por el prestador del servicio, pudiendo ser determinado o fijado de oficio por la Superintendencia.

De esta manera se reserva a la autoridad administrativa competente la categoría de “Precio Justo”.

Este Decreto Ley mantiene la limitación, en virtud de la cual ningún margen de ganancia superará el treinta por ciento (30%) de la estructura de costos del bien producido o servicio prestado en el territorio nacional (art 31 del Decreto 2.092). Continúa este Decreto Ley insistiendo, como se señala en su exposición de motivos, *“en una política regulativa de precios justos, la cual está destinada a enfrentar la especulación, como principal causa de la inflación en Venezuela y que resulta en el aumento exagerado en los precios de los productos, como se observa comparando los costos de los productos de la cesta básica venezolana, desde su salida en el lugar de origen hasta los centros de acopio y su destino final”*.

No obstante, no se atacan las verdaderas causas de la inflación, no se toman medidas en la política fiscal, no se reduce el gasto público, se continúa emitiendo excesivamente dinero inorgánico, no se estimula la inversión nacional y extranjera a través del otorgamiento de medidas de seguridad jurídica y económica. Incluso en cuanto a los productos de la cesta básica venezolana, se obliga a su venta a pérdida -lesionando los derechos económicos de los productores- lo cual ha sido sostenido por el sector empresarial

venezolano y es en este marco que surge la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA).

4.- Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) y la Inconstitucionalidad de Origen de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC).

4.1. El presidente se arrogó la voluntad popular violando el artículo 347 de la Constitución vigente de 1999.

En fecha 22 de noviembre de 2017 es publicada en Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.342 la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA). Como hemos destacado, la ANC fue convocada de manera inconstitucional y fraudulenta por el Presidente de la República mediante el Decreto 2.830 de primero de mayo de 2017, ya que el Presidente convocó de manera directa a la ANC arrogándose, la voluntad popular, violando el artículo 347 de la Constitución vigente y usurpando las funciones del Poder Constituyente originario (el pueblo). En efecto, sólo el pueblo puede convocar a una ANC y para ello precisamente se establece el referendo consultivo. De tal manera, el Decreto 2.830 es inconstitucional ya que el Presidente se arrogó la voluntad popular al convocar directamente a una ANC. Así las cosas, el Presidente debió consultar al pueblo, como depositario del Poder Constituyente originario, mediante referendo consultivo, si estaba de acuerdo o no con una ANC, lo cual no ocurrió, viciando dicha convocatoria de inconstitucionalidad⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ Alfonzo Paradisi, Juan Domingo: "Comentarios a los Decretos 2.830, 2.831 y 2.878 sobre la pretendida Asamblea Nacional Constituyente y sus Bases Comiciales no aprobadas por el Pueblo" en Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria. Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, p. 381 y siguientes.

4.2 Las bases comiciales fueron determinadas unilateralmente por el presidente sin consultar al pueblo.

De igual manera, las bases comiciales han debido ser consultadas al soberano para que las aprobase mediante el sufragio, lo cual tampoco ocurrió y mal podría el Presidente de la República determinar anticipadamente o prefijar las bases comiciales, como de hecho quedó establecido en el artículo 2 del Decreto 2.830, lo cual vulneró lo establecido en el artículo 348 de la Constitución vigente. En efecto, exacerba la inconstitucionalidad cometida, dado que en Venezuela ya existía el antecedente judicial en virtud de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Política Administrativa del 18 de marzo de 1999, con ponencia del magistrado Hermes Harting, mediante la cual se ordenó reformular el contenido de la pregunta 2, plasmada en Decreto publicado en la Gaceta Oficial N° 36.658 del 10 de marzo de 1999 y que pretendió confiar unilateralmente al Presidente de la República, para ese entonces, la fijación de las bases comiciales. En efecto, en dicha oportunidad se ordenó por el Tribunal Supremo de Justicia reformular el contenido de la pregunta número 2, relativa a las bases comiciales, para que, examinadas dichas bases, decidiese igualmente su incorporación al referendo consultivo sobre la propuesta del Ejecutivo Nacional a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Por consiguiente, el Presidente de la República al predeterminar las bases comiciales, la “*Constituyente Comunal*” es violatoria de la Constitución vigente, ya que no es universal al ser elegida por sectores y por ámbitos territoriales.

4.3. La ANC es una constituyente “corporativista” y por lo tanto no es plural ni Universal.

Al haber el Presidente de la República predeterminado unilateralmente las bases comiciales en ámbitos territoriales y sectoriales apunta a una constituyente corporativista y esa predeterminación

hace que las bases no sean universales ni plurales. Esto recuerda a regímenes no democráticos, donde se han implantado esos temas corporativistas. En efecto, en los regímenes fascistas, como la Italia de Mussolini y la Alemania de Hitler, se intentó reemplazar las cámaras políticas por cámaras de profesionales, haciendo que ellas absorbieran la totalidad del poder legislativo⁶⁰⁵. Esta predeterminación, en cuanto a los ámbitos sectoriales y territoriales, rememora el proyecto de reforma constitucional rechazado mayoritariamente por el pueblo venezolano en el año 2007, en cuyo proyecto de reforma se pretendió establecer una economía socialista, tal y como lo establecía el artículo 112 y la disposición transitoria novena de dicho proyecto de reforma constitucional⁶⁰⁶.

4.4. Los Objetivos Programáticos son Similares a los de la Reforma constitucional Rechaza e Improbada por el Pueblo el año 2007.

Así, al elegir a una Constituyente por sectores o con representantes sectoriales, no es universal y, además implica, no una elección por voto directo mediante sufragio conforme al artículo 63 de la Constitución vigente, sino una elección indirecta o de segundo

⁶⁰⁵ Naranjo Mesa, Vladimiro: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Editorial Temis. Undécima edición. Bogotá-Colombia 2010, p. 278.

⁶⁰⁶ En el artículo 112 y la disposición transitoria novena del proyecto de reforma constitucional del año 2007 rechazado por la mayoría del pueblo venezolano mediante referéndum consultivo se establecía: "Artículo 112. El Estado promoverá el desarrollo de un modelo económico productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible. Así mismo, fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción o distribución social, pudiendo ser ésta de propiedad mixtas entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista." "Novena. Hasta tanto se dicten las normas que desarrollen los principios establecidos en el artículo 112 de esta Constitución, el Ejecutivo Nacional podrá mediante decretos o decreto ley, regular la transición al Modelo de Economía Socialista." (subrayado nuestro)

grado ⁶⁰⁷. De igual forma, los objetivos programáticos establecidos por el Presidente de la República en el Decreto 2.830, equivalen al modelo propuesto en la Reforma constitucional rechazado por el pueblo venezolano en referendo popular en el año 2007. Aunado a lo anterior, muchos de los objetivos programáticos señalados en el Decreto 2.830 pueden ser perfectamente alcanzados mediante leyes dictadas por el Poder Legislativo, con apropiadas y eficientes políticas públicas en ejecución de la Constitución vigente y no siendo necesaria para tal fin una ANC que debe tener el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, vulnerándose así el artículo 347 de la Constitución vigente.

4.5. La ANC es fraudulenta ya que se separa de su finalidad.

De igual manera, la Asamblea Nacional Constituyente es fraudulenta ya que se separa de la supuesta finalidad prevista en el artículo 347 de la Constitución que es, como se ha dicho, el redactar una nueva Constitución. Así las cosas, se ha señalado que es fraudulenta ya que se separa de la finalidad prevista en el artículo constitucional y se utiliza para suplir o sustituir las funciones de la Asamblea Nacional, vaciando de contenido al Poder Legislativo, poder cuyos miembros fueron elegidos democráticamente en diciembre de 2015, además de que dicta una serie de actos y Leyes Constitucionales que no son tales, como se explicará más adelante. Lo que se desea destacar es que, además de inconstitucional por violar normas constitucionales, y su carácter ilegítimo por no ser consultado el Poder Constituyente Originario, se manifiesta su

⁶⁰⁷ Véase en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional N° 355 de fecha 16 de mayo de 2017 mediante la cual se anuló el artículo 9 y la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal mediante la cual se previó una elección de segundo grado de los cinco miembros de la Junta Parroquial Urbana elegidos por voceros y voceras de los Consejos Comunales y validados por asambleas de ciudadanos y no directamente a través del sufragio libre, universal, directo y secreto previsto en el artículo 63 de la Constitución de 1999 vigente.

carácter fraudulento por separarse de la finalidad que prevé la Constitución.

4.6. Las Bases Comiciales fueron Impuestas por el Presidente de la República y no son Plurales ni Universales, violando el Derecho a Elegir de los Venezolanos.

Así mismo, el Decreto 2.831, mediante el cual se creó la comisión Presidencial para la elaboración de la propuesta de bases comiciales territoriales y sectoriales, es igualmente violatorio de la Constitución, al romper con los principios de universalidad y pluralidad propios de los comicios electorales. En efecto, lo previsto en las bases comiciales impidió de hecho que los venezolanos pudiesen elegir a todos los integrantes de la ANC, ya que únicamente pudieron elegir aquellos que fueran candidatos postulados por sus sectores o por los territorios cuyos representantes pudiese elegir. Esta determinación previa y unilateral establecida en los Decretos 2.830 y 2.831 en cuanto a que los constituyentes debían ser elegidos por sectores y territorios, es igualmente inconstitucional porque es el Presidente de la República y no el pueblo el que está determinando de manera anticipada las bases comiciales e impidió, además, que cada venezolano pudiera elegir a cada uno de los miembros de la futura Asamblea. De tal modo que, se logra de esa manera construir una fórmula electoral a través de circuitos electorales que beneficiaban al gobierno, para así poder elegir una ANC elegida con bases comiciales no universales, cercana políticamente al gobierno y que pusiese sustituir a la Asamblea Nacional y poder luego transformar completamente el Estado venezolano. Por último, el Decreto Presidencial 2.878, mediante el cual se establecieron las bases comiciales para la ANC, vulneró la voluntad popular, ya que dichas bases comiciales fueron impuestas al pueblo y no consultadas a éste a través de referendo consultivo. Así, el artículo primero del Decreto 2.878 impuso los sectores en los cuales serían elegidos los

representantes, implicando unas bases sesgadas y no universales, ya que no todos los electores estaban comprendidos en esos sectores predeterminados por el Presidente de la República. Así mismo, el artículo segundo señaló que la ANC estaría integrada por 364 miembros escogidos territorialmente, conforme a una distribución de un constituyente por municipio, transformando una elección de la ANC a una elección de concejales⁶⁰⁸ o representantes municipales y destacándose que al establecerse la elección de diputados a la Constituyente en el ámbito territorial con base en municipios, resulte mucho mayor el número de diputados a elegir en Táchira (30) vs. los del Distrito Capital (7), implicando que no se tomó en cuenta la población sino el número de municipios existentes en cada Estado, desnaturalizándose así el principio de “un ciudadano igual a un voto”. Así las cosas, se vulneró con estas bases comiciales de la ANC el principio de representación del pueblo y de los Estados en su conjunto (artículo 201 de la Constitución vigente de 1999). En efecto, al ser el Estado venezolano un Estado Federal Descentralizado, previsto en el artículo 4 de la Constitución de 1999, la representación ha debido organizarse conforme al porcentaje de población de cada Estado y el Distrito Capital, asegurando la representación de manera global y no sectorial, sin embargo, ello fue desconocido por el Presidente de la República y por el Consejo Nacional Electoral⁶⁰⁹ viciando a la Asamblea Nacional Constituyente de ilegitimidad e inconstitucionalidad.

⁶⁰⁸ Brewer Carías, Allan: La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, p.118

⁶⁰⁹ En contraste, en las bases comiciales que fueron previstas para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 publicadas en Gaceta Oficial N° 36.669 del 25 de marzo de 1999, se empleó el criterio de base poblacional y se estableció la elección de 104 constituyentes en 24 circunscripciones regionales coincidente con los Estados y el Distrito Federal de acuerdo con su número de habitantes.

4.7. Pronunciamiento de la Comunidad Internacional en cuanto al no reconocimiento de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC).

No podemos dejar de un lado que la comunidad internacional se ha pronunciado también mayoritariamente en relación al no reconocimiento de la Asamblea Nacional Constituyente ni los actos que emanen de ella. Por su carácter ilegítimo, en este sentido, se pronunciaron los cancilleres en Lima el día 8 de agosto de 2017 rechazando la ruptura del orden democrático en Venezuela (declaración de los cancilleres en Lima suscrita por los representantes de: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay y Perú)⁶¹⁰, declaración ratificada en una segunda reunión de los cancilleres en fecha 20 de septiembre de 2017⁶¹¹. De igual manera, la Unión Europea se ha pronunciado al establecer el no reconocimiento de la Asamblea Nacional Constituyente debido a que: *“Se corre el riesgo de menoscabar otras instituciones legítimas previstas por la Constitución, como la Asamblea Nacional. Las circunstancias en las que se celebraron las elecciones plantean nuevas dudas sobre la capacidad de la Asamblea Nacional Constituyente de representar de forma eficaz a todos los componentes de la población venezolana. Para todos aquellos que se oponen a entablar unas negociaciones serias, ha servido de excusa para seguir potenciando el conflicto y haciendo uso del poder sin control. Asimismo, no están claras las atribuciones legales de la Asamblea Constituyente*⁶¹². Por otra parte, el Presidente de Estados Unidos de América, Donald Trump, a través de la orden N° 13808 del 24 de agosto de 2017, impuso sanciones financieras al Gobierno de Venezuela y a PDVSA en virtud, entre otras razones, *“del establecimiento de una Asamblea Constituyente ilegítima, que ha*

⁶¹⁰ <https://www.dipublico.org/106922/texto-de-la-declaracion-de-lima-peru-sobre-venezuela-suscrita-por-12-estados-el-8-de-agosto-de-2017/>

⁶¹¹ http://www.el-nacional.com/noticias/latinoamerica/grupo-lima-redoblara-esfuerzos-para-lograr-salida-crisis-venezolana_204906

⁶¹² <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/08/02/hr-venezuela/>

usurpado el poder de la Asamblea Nacional democráticamente electa y otros poderes públicos del Gobierno de Venezuela”.

5. Consideraciones en cuanto a la Ley Constitucional de Precios Acordados

Pasamos de seguidas a realizar el análisis en específico sobre la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA), la cual, como todo acto de ejecución de la Constitución, debe respetar las normas de la carta fundamental vigente y dentro de ellas las que definen la Constitución Económica y las normas que prevén los Derechos Económicos. Todas estas leyes, desde el dictado del Decreto de Costos y Precios Justos (2011) y sobre todo del Decreto de Ley de Orgánica de Precios Justos (2014), han pretendido el establecimiento de un *Sistema Socialista*, siguiendo el Plan de la Patria 2013-2019 y han pretendido desconocer el Sistema Económico de la Constitución de 1999, que no previó una Constitución de modelo soviético y que estableció normas atinentes a una economía social de mercado. Ahora, con el dictado de la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA), en cuanto a los productos priorizados, se reconocen elementos esenciales para la supervivencia de las empresas (márgenes de ganancias y valor de reposición), pero se sigue bajo el ámbito de una economía controlada a través de un supuesto “diálogo” que inserta elementos como *las comunas* que no tienen que ver con la conformación real de los precios y que, si bien pueden ser mecanismos de participación social, se ha excedido esta regulación en permitir la intervención de las mismas en cuanto a la producción y actividad económica. En efecto, a través de la intervención de las comunas se puede delimitar o reconducir la distribución o se pueden distorsionar los precios o niveles de ganancias, logrando así la paralización de las empresas, controlando su producción o desviando sus productos, lo cual ahora se prevé también en cuanto a los trabajadores en la Ley

Constitucional de los Consejos Productivos de las Trabajadoras y los Trabajadores⁶¹³.

5.1. No es una Ley Constitucional: de acuerdo con la tesis Carl Schmitt.

En Venezuela bajo, la vigencia de la Constitución de 1961 y con ocasión del desarrollo de dos normas específicas de dicha Constitución, como lo eran: el artículo 137 de la Constitución y el artículo 22 de la misma, se sostuvo la tesis de las Leyes Constitucionales. En efecto, en el artículo 137 se estableció la denominada “*cláusula de descentralización*”⁶¹⁴ en desarrollo de la cual se dictó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Gaceta Oficial No. 4.153 Extraordinario del 28 de diciembre de 1989); y por su parte, con fundamento en el artículo 22 en el cual se dictó la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado. Ambos artículos requerían la aprobación del respectivo proyecto de ley por el voto de las dos terceras partes de los miembros de las cámaras en sesión conjunta

⁶¹³ Véase por ejemplo el artículo 1° y el artículo 4.2 y el artículo 11.3 del Ley Constitucional de los consejos productivos de los trabajadores publicada en la Gaceta Oficial N° 41.336 de 6 de febrero 2018. En efecto el artículo 1° prevé: “La presente Ley Constitucional tiene por objeto regular la constitución, organización y funcionamiento de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores, para la participación protagónica de la clase productiva y distribución de bienes y servicios en las entidades de trabajo públicas, privadas mixtas y comunales, a fin de garantizar el desarrollo productivo de la Nación y su acceso oportuno para el Pueblo, en aras de fomentar una nueva conciencia y cultura de trabajo. Artículo 4: Esta Ley Constitucional tiene las finalidades siguientes:”2. Coadyuvar en la construcción del modelo económico socialista, del sistema de producción, abastecimiento, comercialización y distribución de bienes y servicios para satisfacer las necesidades del Pueblo. Artículo 11: Las trabajadoras voceras y los Trabajadores voceros tendrán los siguientes deberes:... Informar al órgano rector acerca de los lineamientos, planes y proyectos de la entidad productiva en la que fue constituido, en relación a las políticas de producción, distribución e intercambio, así como al mejor aprovechamiento de los recursos, que correspondan adelantar en la rama de actividad económica a la que pertenezca la entidad de trabajo, a objeto de contribuir corresponsablemente al cumplimiento de los objetivos y fines de esta Ley Constitucional. (los subrayados son nuestros).

⁶¹⁴ Consúltese Ayala Corao, Carlos: “Naturaleza y Alcance de la Descentralización Estatal” en Leyes para la Descentralización Política de la Federación. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, p.59 y ss.

(voto calificado o legitimación agravada), así como dichas leyes carecían del veto presidencial. El artículo 137 de la Constitución de 1961 preveía la posibilidad de que el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, atribuyese a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional a fin de promover la descentralización administrativa, modificando de esa forma el reparto constitucional de competencias. El artículo 22 preveía la posibilidad -muy importante para esas décadas del 50 al 90- de alcanzar la elección de los gobernadores de estado mediante sufragio universal, directo y secreto. Las referidas disposiciones legales fueron calificadas por la doctrina venezolana, dados los requisitos o condiciones agravadas para su aprobación, así como por su finalidad, de verdaderas super leyes⁶¹⁵ en el sentido de leyes constitucionales, así como de leyes “*super o supra orgánicas*”⁶¹⁶. Ahora bien, posteriormente, con el análisis de la Ley Orgánica de Descentralización, se sostuvo⁶¹⁷ que dicha Ley constituía una Ley Constitucional, tratándose de una suerte de autorización del Poder Constituyente originario para que el Congreso actúe como Poder Constituyente derivado dentro de los límites que establecía la propia Constitución del 61. En efecto, Ayala Corao, siguiendo la tesis de Carl Schmitt, señaló que: “estas leyes que integran normativamente el Texto Fundamental, pero se diferencian de él, y que pueden llegar a modificar limitadamente la Constitución sin tocar sus *decisiones políticas fundamentales*, son las que Schmitt denominó “leyes constitucionales”.

Se trata de leyes de rango constitucional que, si bien están integradas al Texto Fundamental, se diferencian de él en que

⁶¹⁵ Pérez Luciani, Gonzalo: La Actividad Normativa de la Administración en Revista de Derecho Público enero marzo 1980, No. 1. P. 9 y ss. Editorial Jurídica Venezolana.

⁶¹⁶ Aguilar Gorrondona, José Luis: “Leyes Rígidas No Orgánicas en la Constitución de 1961 en Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo III. Universidad Central de Venezuela Caracas 1979 p. 1985 y ss.

⁶¹⁷ Ayala Corao: Carlos Op. Cit., p.108.

pueden ser modificadas por vía legislativa (especial o agravada), a diferencia de la Constitución en sentido estricto la cual contiene las decisiones políticas fundamentales intangibles -al menos mediante la vía legislativa ordinaria”

Así mismo, la antigua Corte Suprema de Justicia, en pleno, mediante Sentencia de fecha 17 de noviembre de 1990, ponencia del Magistrado Román Duque Corredor con relación a un recurso por razones de inconstitucionalidad de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estados, destacó la categoría diferente de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estados. En efecto, dicha sentencia sentó:

“Por tanto, esa delegación que el constituyente hizo al legislador para que estableciera la forma de elección y remoción de los gobernadores, a que se ha hecho referencia, significa que “el órgano administrativo deberá diseñar y establecer un verdadero sistema (omissis), siendo necesario definir el alcance y consecuencias que su puesta en vigencia pueda provocar, en razón de la orientación que se adopte en su orientación (omissis)” y por ende, desde esa perspectiva, se observa que ese sistema tiene que establecerse por una ley pero una ley que configura una categoría diferente, ya que, además de exigir un mayor rigor en su aprobación por las cámaras legislativas (ser admitida en sesión conjunta por el voto favorable de las dos terceras parte, no puede ser objeto de veto presidencial y porque además al sustituir un régimen transitorio constitucional (la designación presidencial de los gobernadores), se convierte en la práctica en una norma de rango constitucional, que no podrá ser revertida.” (subrayado nuestro)

Así las cosas, a la denominada Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) se le asigna por la ANC, junto con otras, la

calificación de Ley “Constitucional”. Pero, cabe señalar que dicha supuesta Ley “Constitucional” no es emanada de la Asamblea Nacional, sino de la pretendida ANC, la cual, hemos señalado es: i) Irrita, ya que fue convocada directamente por el Presidente de la República no habiendo sido aprobada dicha convocatoria por el pueblo o soberano y habiéndose el Presidente arrogado la voluntad popular; ii) Usurpa la soberanía popular ya que no fueron aprobadas por el pueblo las bases comiciales sino que se predeterminaron las mismas por el Presidente de la República, de manera unilateral; iii) Inconstitucional porque vulneró el artículo 347 de la Constitución vigente; y iv) Fraudulenta ya que se ha separado de su finalidad, como lo constituye la redacción de una nueva Constitución que, hasta la fecha de escribir este trabajo, no conocemos su texto ni la redacción de ninguno de los artículos que integran el proyecto. Así como tampoco se ha divulgado la deliberación en cuanto a sus artículos ni contenido de los mismos. Incluso la Asamblea Nacional Constituyente es de dudosa legitimidad, porque hasta la propia compañía que asesoró durante años los procesos electorales en Venezuela (Smartmatic)⁶¹⁸ sostuvo en los medios de comunicación social, críticas y dudas en cuanto a lo fidedigno y real de dicho resultado de aprobación de la elección de los constituyentistas.

Por todas estas razones, la ANC nació viciada de nulidad absoluta, la cual se extiende a todos los actos y leyes emanadas de ella, entre ellas, la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) dictada por la ANC.

⁶¹⁸ <https://www.derechos.org/ve/actualidad/empresa-smartmatic-revela-fraude-constituyente-de-la-dictadura>; http://www.el-nacional.com/noticias/politica/smartmatic-denuncia-manipulacion-eleccion-constituyente_196658 “Smartmatic, empresa encargada del conteo de votos electrónicos en Venezuela, desestimó los resultados presentados por el Consejo Nacional Electoral (CNE) en las elecciones de la asamblea nacional constituyente del pasado 30 de julio y alegó que fueron manipulados. “No podemos garantizar resultados de la constituyente, creemos que la data para la elección fue manipulada”, indicó Antonio Mugica, director de Smartmatic, durante una conferencia en Londres.”

Por otra parte, no nos parece aplicable a las supuestas Leyes Constitucionales dictadas por la ANC la tesis de Carl Schmitt⁶¹⁹ quien distinguió entre Constitución y Ley Constitucional. La tesis de Schmitt se refiere a la distinción entre Constitución y Leyes Constitucionales, señalando que: “la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma, sino que toda normación reside en una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica”.

5.1.1. Las Leyes Constitucionales deben emanar del Parlamento sin Poder Rozar las Decisiones Políticas Fundamentales.

En efecto, las decisiones políticas fundamentales o el acto de Constitución es dictado por la ANC, en cambio, las leyes constitucionales son emanadas del parlamento o del Poder Legislativo; así pueden existir leyes constitucionales que pretendan reformar limitadamente la Constitución sin poder tocar las decisiones políticas fundamentales. Entre estas decisiones políticas fundamentales se citan, entre otras: la decisión de ser una República, la decisión de constituir una democracia, la decisión de ser un Estado de Derecho con establecimiento de derechos fundamentales y división de poder. Por ello, sostenemos que la tesis de Carl Schmitt no es aplicable a las “Leyes Constitucionales” dictadas por la ANC. Ya que, según la tesis de Schmitt, la Constitución, sus decisiones políticas fundamentales tienen carácter intangible (no modificable mediante Ley emanada del Poder Legislativo), distinguiéndolas, de las denominadas Leyes Constitucionales que -según este criterio- deben emanar del Parlamento o Poder Legislativo, pudiendo ahora si ser modificadas o reformadas con los procedimientos y votos

⁶¹⁹ Schmitt Carl: Teoría de la Constitución. Alianza Editorial S.A. Segunda reimpresión. Madrid 1996 p. 47 y ss.

mayoritarios requeridos. De tal manera que, la calificación de Leyes Constitucionales emanadas de la ANC no se adapta en nuestro criterio a la tesis sostenida por Carl Schmitt, así como tampoco, al análisis realizado anteriormente en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1961, ya que, como se ha dicho, esas leyes analizadas (tanto la Ley Orgánica de Descentralización como la Ley de Elección y Remoción de los Gobernadores) fueron dictadas por el antiguo Congreso de la República y se integraron en la Constitución y no fueron emanadas del Poder Constituyente.

Ahora bien, habría que analizar si las denominadas Leyes Constitucionales dictadas por la ANC pueden modificar las decisiones políticas fundamentales; y en nuestro criterio, además de los vicios de nulidad que tiene en su origen dada la convocatoria, las bases comiciales y finalidad de la ANC, de igual manera la ANC no podría dictar leyes que afecten las decisiones políticas fundamentales.

5.1.2. La Constitución vigente de 1999 prevé normas sobre la finalidad y propósito de la ANC

De igual manera la ANC no podría dictar leyes que afecten las decisiones políticas fundamentales en virtud de lo previsto en nuestro derecho positivo en los artículos 347 y 348 de la Constitución vigente. Esto es, la Constitución de 1999 prevé de manera expresa la finalidad del Poder Constituyente a diferencia del proceso desarrollado con fundamento en la Constitución del 61 que no previó la existencia del Poder Constituyente. Así las cosas, ahora hay normas de rango constitucional que delimitan la finalidad de dicho Poder Constituyente como lo es la previsión del artículo 347 que establece que el objeto de la misma es redactar una nueva constitución y, de igual manera, constituye igualmente una violación del artículo 187 ya que la ANC usurpa las funciones propias del Poder Legislativo Nacional. Esto es, por ejemplo, la

ANC sustituye al Poder Legislativo al dictar la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA), al establecer normas en cuanto a la estabilidad de los precios, al prever normas en cuanto al ingreso y salario de los trabajadores, sobre la creación de la unidad tributaria, así como a la finalidad en cuanto a la producción, distribución y bienes de las empresas o agentes económicos, es decir, la ANC se convierte en un legislador económico y ordinario vaciando de contenido completamente al Poder Legislativo Nacional en su función legislativa.

Así mismo, se debe destacar aquí que la previsión constitucional del artículo 349 que establece que *“los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la ANC”* se refiere, claro está, a todos los trabajos y decisiones concernientes a la elaboración y dictado de una nueva Constitución tal y como lo prevé el artículo 347 de la misma.

Por ello, es absurdo sostener que el Poder Legislativo no puede dictar leyes en materia económica o dar cumplimiento a sus funciones con base en sus competencias constitucionales mientras se redacta la nueva Constitución y, de igual manera, es contrario a la Constitución vigente que la ANC sustituya en sus funciones o vacíe de contenido las funciones legislativas de la Asamblea Nacional. Lo lógico, de acuerdo con las previsiones de la Constitución vigente, es que la Constituyente se avoque a la finalidad prevista como lo es la redacción de una nueva Constitución so pena de incurrir en usurpación de funciones de acuerdo con los artículos 138 y 187 de la Constitución vigente. Se debe destacar que obviamente no estamos en la redacción de una primera Constitución originaria, sino en una nueva Constitución teniendo presente la evolución constitucional y las constituciones anteriores, en virtud de lo cual no puede crearse un interregno vacío sin norma superior

que regule los actos dictados en ese período mientras se redacta la nueva Constitución.

5.1.3. Las Leyes Constitucionales dictadas por la ANC son leyes ordinarias salvo algunos casos.

De otra parte, es curioso y paradójico igualmente que las supuestas “leyes constitucionales” dictadas por la ANC no se traten de leyes que pretendan modificaciones puntuales de la Constitución, salvo el caso de la Ley Constitucional de los Consejos de los Trabajadores y alguna otra, sino que se traten de leyes en su mayoría relativas a la función propiamente legislativa, la cual le corresponde a la Asamblea Nacional. Entre estas leyes esta la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA)⁶²⁰, Ley Constitucional Contra el Odio por la Convivencia Pacífica⁶²¹ y de Tolerancia, Ley Constituyente que crea el Conglomerado “Agro Sur”⁶²², Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria⁶²³, Ley Constitucional del Régimen Tributario para el desarrollo Soberano del Arco Minero⁶²⁴, Ley Constitucional de Inversiones Extranjeras⁶²⁵, Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas⁶²⁶. Pareciera, además que dichas leyes “constitucionales” están más bien dictadas con el propósito de sustituir al parlamento y ejercer la función legislativa habitual de la Asamblea Nacional, para pretender en un futuro contar con las aprobaciones y autorizaciones legislativas que hoy por hoy no se tienen y que viciarían de nulidad cualquier contrato de interés nacional o endeudamiento que comprometa los intereses económicos de la

⁶²⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.342 extarordinaria de fecha 22 de noviembre de 2017.

⁶²¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 41.274 de fecha 8 de noviembre de 2017.

⁶²² Publicada en la Gaceta Oficial N° 41.272 de fecha 6 de noviembre de 2017.

⁶²³ Publicada en la Gaceta Oficial N° 41.305 de fecha 21 de diciembre de 2017.

⁶²⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 41.310 de fecha 29 de diciembre de 2017.

⁶²⁵ Publicad en la Gaceta Oficial N° 41.310 de fecha 29 de diciembre de 2017.

⁶²⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N°41.318 de fecha 11 de enero 2018.

República (esto para el supuesto de que carezca de la autorización o aprobación del órgano constitucionalmente competente, como lo constituye la Asamblea Nacional).

Así mismo, algunas de ellas vienen a completar la denominada “legalidad socialista”. Esto es, el establecimiento de un sistema que no previó la Constitución de 1999 y que está muy en sintonía con el Plan de la Patria 2013 – 2019, como la Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadores y Trabajadoras o la propia Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA). En estos casos, ciertamente, estarían más cerca del concepto de Leyes Constitucionales e incluso dependiendo de su alcance rozando Decisiones Políticas Fundamentales, como es el caso de leyes que rocen la decisión en cuanto al modelo de Estado de Derecho y que pretendan establecer un sistema económico distinto al social del mercado y se pretenda imponer un sistema de precios semejante a una economía dirigida o central planificada, en cuyo caso debe tener control judicial constitucional o del pueblo mediante referéndum que apruebe dicho cambio como expondremos de seguidas ⁶²⁷.

⁶²⁷ Consúltese en este sentido el voto salvado en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, de fecha 2 de noviembre de 2007, el magistrado Jesús Eduardo Cabrera expuso que: un cambio como el pretendido en la pretendida Reforma Constitucional conduciría no a una reforma sino a una nueva Constitución la cual debería ser votada por el poder Constituyente Originario. En efecto, el magistrado Cabrera expuso: “En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo. No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: Créditos Indexados) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002. Consúltese en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2042-021107-07-1374.htm>. En este sentido, ya el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 2042 de fecha 24 de enero de 2002 “había sostenido”: no es que el Estado Social de Derecho propenda un Estado Socialista, o no respete la libertad de

5.2. Estas “Leyes Constitucionales” emanadas de la ANC deben someterse a las normas de la Constitución vigente de 1999, a los límites previstos en los artículos 347 y siguientes de la Constitución para el Poder Constituyente, al principio de separación de poderes y, en todo caso, deben estar sometidas al control ejercido por el pueblo mediante referéndum.

La ANC como órgano del Poder Público no puede estar exenta de control Constitucional, para evitar así mismo incurrir en los errores del proceso constituyente de 1999, y debe estar sometida al control de las normas de la Constitución (siendo sus “leyes” actos de ejecución directa de la Constitución vigente), así como al control político ejercido por el pueblo mediante referéndum.

De tal manera que los “actos” que se dicten durante el proceso de elaboración de la Constitución deben estar sometidos al control judicial constitucional con la salvedad del texto final de proyecto de Constitución elaborado y aprobado por la ANC (este acto final que contiene el proyecto de Constitución no tiene control judicial constitucional), pero debe ser aprobado por el pueblo -el soberano- mediante referéndum (control Político).

Así ha sostenido la profesora Hernández Camargo: “En efecto, si bien es cierto, el poder constituyente originario corresponde al pueblo, es éste como tal quien tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes en la Asamblea Constituyente,

empresa o el derecho de propiedad, sino que es un estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (Art. 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (Art. 114 eiusdem); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (Art. 117 constitucional)”.

los cuales son sólo mandatarios elegidos por el pueblo para un fin determinado, pero nunca pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni puede identificarse a la Asamblea con el poder constituyente originario. Es apropiado tomar en cuenta la útil distinción entre lo que se ha denominado el soberano y el órgano soberano.”⁶²⁸

En el mismo sentido, Brewer Carias, ha sostenido que: “El soberano, esto es, el pueblo organizado políticamente, no tiene limitaciones legales como poder constituyente, pero los órganos del soberano, además de las limitaciones que éste le impone, está sometido a diferentes tipos de control, incluido el político, por parte de quienes le han elegido a través del referéndum aprobatorio del texto constitucional que han elaborado”⁶²⁹.

No obstante, la particularidad en este caso de las “Leyes Constitucionales” dictadas por la ANC es que carezcan en absoluto de control. Es errado sostener o pensar que las denominadas “leyes constitucionales” están exentas del control judicial constitucional ya que todos los actos dictados por la ANC deben apegarse a las normas de la Constitución de 1999 y lo único que pudiese estar fuera del control constitucional serán las nuevas instituciones que se creen a través del texto constitucional redactado, el cual debe ser igualmente sometido a la aprobación del pueblo mediante referéndum.

No desconocemos ni ignoramos las sentencias emitidas por la antigua Corte Suprema de Justicia: sentencia N° 17 del 19 de enero de 1999 en Sala Político Administrativa, con ponencia de Humberto J. La Roche; sentencia de 14 de octubre de 1999, en Pleno con ponencia de Iván Rincón Urdaneta, mediante las cuales se sentó que “*el Poder Constituyente tiene un carácter absoluto e*

⁶²⁸ Hernández Camargo, Lolimar. El Proceso constituyente venezolano de 1999. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas 2008.P.158 y ss.

⁶²⁹ Brewer Carias Allan R.: Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente. Editorial Jurídica Venezolana Caracas 199. 104

ilimitado” (sentencia del 19-01-99) y sentencia del 14 de octubre de 1999, según la cual “*el Poder Constituyente es autónomo, ilimitado e indivisible.*” No obstante, diferimos de dicho criterio, ya que como se ha mencionado, el que tiene poderes ilimitados es el soberano -el pueblo mismo- no así el órgano o Asamblea a la cual se le delega ese poder originario y ella, la Asamblea, como lo es propio de Estados Democráticos y Constitucionales si debe tener controles, como por ejemplo, el control judicial y el control político (este último ejercido mediante el referéndum aprobatorio. Lo contrario es crear órganos omnímodos, carentes de control, propios de los regímenes de fuerza o autoritarios que pueden decidir cualquier arbitrariedad sin control alguno. Esto es lo que podría acontecer con las Leyes Constitucionales, de sostenerse que están exentas de control judicial y que, como hemos señalado, tienen una raíz o fundamento nulo, ya que son emanadas de una Asamblea Nacional Constituyente nula; cuya convocatoria y bases comiciales fueron inconstitucionales e ilegítimas ya que no fueron aprobadas por el pueblo (arrogándose el Presidente de la República la voluntad popular). Además, se separa la ANC de su finalidad, como es la tarea de redactar la nueva Constitución y que en virtud de dicha separación ha reemplazado en sus funciones legislativas a la Asamblea Nacional, viciando sus actos “Leyes Constitucionales”, entre otros, de desviación de poder⁶³⁰.

⁶³⁰ En relación al control judicial de los Actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, así como la diferencia entre Poder Constituyente, es decir, el Pueblo en sí mismo y La Asamblea Nacional Constituyente como órgano representante del pueblo, véase los votos disidentes de Hildegard Rondon de Sanso, Humberto La Roche, Hermes Harting, y Belén Ramírez Landaeta en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 14 de octubre de 1999 caso: Enrique Capriles Radonski. Véase igualmente en cuanto al sometimiento de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente a la Constitución y al derecho la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 21 de julio de 1999 que resolviera el recurso de interpretación interpuesto por Alberto Franchesqui, Jorge Olavarría y Gerardo Blyde en la cual se señalara: “Por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente, deriva de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal, el mecanismo para su conformación se rige por todo el ordenamiento jurídico vigente, y específicamente, por las normas que a tal efecto se enunciaron en la Resolución No. 990519-154, del 19 de mayo de 1999, dictada por el Consejo Nacional Electoral, esto es,

No obstante, la lectura que le han dado los constituyentistas y los representantes de los Poderes Públicos -salvo la mayoría de los diputados de la Asamblea Nacional- es que los actos emanados de la ANC y las leyes constitucionales tienen un rango superior y fuerza derogatoria de las leyes orgánicas y ordinarias (véase por ejemplo la disposición derogatoria de la ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA), ya que emanan del Poder Constituyente y no tienen límites. De tal manera que, todos los actos dictados por la ANC en ese interregno, desde su Integración hasta el dictado de la Constitución, carecen de control y se considerarán ilimitados. Por supuesto, tal pensamiento es inconstitucional, sumamente peligroso y que asemeja dichos actos a regímenes de fuerza o dictatoriales. Como hemos expresado, es errado ese pensamiento e inconstitucional en sistemas democráticos y constitucionales, ya que lo que carece de límites es el pueblo mismo, pero no el órgano o Asamblea que representa al pueblo, el cual si tiene y debe tener límites para evitar incurrir en arbitrariedades o regímenes de fuerza y autoritarios. De seguidas analizamos en concreto diversas disposiciones de la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA), la cual, a pesar de su inconstitucionalidad de origen, dado que es emanada de la ANC y de las críticas que hemos señalado, se está aplicando por el Ejecutivo Nacional.

5.3. Objeto de la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA).

La LCPA tiene por objeto establecer los principios y bases fundamentales para establecer el Programa de Precios Acordados (PPA) mediante el diálogo y la corresponsabilidad entre los sectores público, privado, comunal y de los trabajadores y trabajadoras, a

las Bases Comiciales aprobadas mediante Referendo del 25 de abril de 1999, la Constitución de la República, la Ley del Sufragio y Participación Política, y las demás normas electorales dictadas al efecto por el Consejo Nacional Electoral”.

través del estímulo a la producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios que el Ejecutivo declare como priorizados.

Así las cosas, se establece, por una parte, un programa de “concertación de precios” o de “acuerdo de precios” entre varios sectores, público, privado, trabajadores y comunas, reconociéndose márgenes de ganancias por sectores, pudiéndose llegar a márgenes superiores al treinta por ciento (30%) sobre las estructuras de costos, reconociéndose el valor de reposición, previéndose la fijación de la tasa de cambio por el Estado y se establece la revisión periódica, de los precios acordados. Por otra parte, se establece que este Programa de Precios Acordados (PPA) mediante el diálogo entre diversos sectores, se realizará en relación con los bienes *Priorizados* por El Ejecutivo Nacional.

En nuestra opinión los precios deberían ser determinados por el mercado y por el libre juego de la oferta y la demanda, salvo cuando existan fallas en el mercado. Ahora bien, en este marco restrictivo de los derechos económicos fijado por la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) es relevante que: a) constituya un verdadero diálogo entre pares o partes iguales, con posibilidad de negociación y de participación del sector privado entre otros sectores y no una mera imposición del “precio justo” o una imposición por parte del Gobierno; b) que se respeten los acuerdos y sean revisados periódica y oportunamente; y c) que se determinen esos bienes y servicios priorizados. En el resto de los bienes y servicios se debe aplicar el treinta por ciento (30%) de ganancia sobre la estructura de costos, en tanto y en cuanto, permanezca vigente el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos -que como hemos señalado es también limitativo de los derechos económicos⁶³¹- hasta

⁶³¹ Véase en ese sentido Alfonso Paradisi, Juan Domingo : “El Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, la Limitación del Margen de Ganancias sobre la Estructura de Costos” en Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la Normativa Complementaria. FUNEDA. Caracas 2014. P. 11 y ss.

tanto se cree el Sistema Integrado de Seguimiento y Control para el Abastecimiento Soberano y Cumplimiento de la Política de Precios, tal y como lo prevé la disposición transitoria. Lo ideal sería que esto fuera una transición para atacar la escasez y la elevación de los precios, para luego pasar a una política de aumento de la productividad, de libre mercado, con libre competencia, rivalidad entre las empresas, inversión nacional y extranjera, competencia y progreso, permitiendo -quizás- en virtud de fallas del mercado o grandes necesidades de la población, unos determinados y escasos productos regulados por un periodo limitado de tiempo.

Pero esta nueva regulación no apunta hacia allá, sino pareciera apuntar de conformidad con la disposición transitoria única de la LCPA a un futuro Sistema Integrado de Precios, con seguimiento de controles y políticas de precios centralizados, es decir más control e intervención sobre los precios⁶³².

5.4. La Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) deja vigente el Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos en cuanto no colida con dicho Decreto Ley.

Conforme a la disposición derogatoria única, esta Ley Constitucional sólo deroga las disposiciones que colidan con dicha ley; así mismo, en su disposición transitoria remite en materia sancionatoria en cuanto a su incumplimiento a las disposiciones del Decreto Ley Orgánica de Precios Justos. Por consiguiente, puede sostenerse que el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, publicado el 12 de noviembre de 2015, continúa vigente en aquellas disposiciones que no colidan con la Ley Constitucional de Precios Acordados

⁶³² La disposición transitoria única de la LCPA establece: “El incumplimiento de los precios acordados será sancionado de conformidad con lo previsto en el Decreto, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, hasta tanto se cree el Sistema Integrado de Seguimiento y Control para el Abastecimiento Soberano y cumplimiento de la política de precios” (subrayado nuestro).

(LCPA) y que el régimen sancionatorio aplicable es el previsto en el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos. Así las cosas, salvo para los productos Priorizados- como explicaremos infra -el régimen de margen de ganancia del treinta por ciento (30%) sobre la estructura de costo previsto por el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos sigue vigente.

5.5. Ámbito de Aplicación de la Ley Constitucional de Precios Acordados

La Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) se aplica a las personas naturales y jurídicas, de derecho público o privado que directa o indirectamente intervengan en la producción, acondicionamiento, almacenamiento, transporte, manufacturación, circulación, intercambio, distribución y comercialización de los bienes y servicios priorizados por el Ejecutivo Nacional. Por tanto, se regresa a la regulación de 2011 según la cual la administración competente, dado el carácter estratégico de los bienes, seleccionaba los mismos a los efectos de su registro, información y determinación de Precios Justos (artículo 13 del derogado Decreto Ley de Costos y Precio Justos de julio de 2011, Reglamento Parcial de la Ley de Costos y Precios Justos y antigua Providencia N° 007). Ahora, la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) dispone que se aplicará la ley a las personas que intervengan directa o indirectamente en todas las actividades, desde la producción hasta la comercialización, relacionadas con bienes y servicios Priorizados por el Ejecutivo Nacional.

De allí pues, de no tratarse de bienes o servicios *priorizados* por el Ejecutivo Nacional no se encuentran subsumidos en el ámbito de la aplicación de Ley Constitucional de Precios Acordados y les debería ser aplicable el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos.

5.6 La Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) no determina los bienes y servicios priorizados.

A pesar de que la LCPA establece en su art. 3 que el Ejecutivo Nacional determinará los bienes y servicios priorizados, no determina ni cuáles son, ni tampoco determina su número. Entendemos que, de acuerdo con diversas previsiones de la Ley, ésta garantiza elementos en la conformación de precios importantes como lo es la tasa de cambio (a pesar de que deja bajo la competencia del Estado su determinación), el valor de reposición, el margen de ganancia que puede variar según la naturaleza, estacionalidad, productividad, localidad y oportunidad de la producción y de la distribución. De igual manera se prevé una revisión periódica de los precios.

Ahora bien, al no determinarse cuáles son los productos y su número, ello le da una gran discrecionalidad administrativa al Ejecutivo Nacional para aumentar esa lista de productos priorizados con la posible limitación de márgenes de ganancias y limitaciones al diseño de los precios, limitándose así la libertad económica de los agentes económicos. Aun más, en el artículo 11 de la LCPA, el Ejecutivo Nacional se reserva la competencia de incorporar al Programa de Precios Acordados (PPA) cualquier bien o servicio considerando su importancia estratégica para satisfacer necesidades del pueblo (norma ésta que repite a grandes rasgos el sistema de determinación de categorías de precios que establecía el artículo 13 del Decreto Ley de Costos y Precios Justos con base en su carácter estratégico).

Cabe señalar aquí que el Presidente de la República mencionó una lista de 50 bienes y servicios prioritarios y el Vicepresidente de la República también se refirió el 12 de noviembre de 2017 a que se publicaría una lista de precios acordados en cuanto a 50

productos ⁶³³. Así las cosas, en fecha 21 de agosto de 2018 se publicó la resolución en la Gaceta Oficial N° 6.397 Extraordinario mediante la cual se establecen los precios al consumidor para los productos que en ella se señalan estableciéndose en dicha Gaceta Oficial en el marco de la Ley Constitucional de Precios Acordados los precios de 25 rubros. La referida Gaceta Oficial fue reimpressa por fallas en los originales en la misma fecha. Así mismo, en fecha 31 de agosto de 2018 se publica en Gaceta Oficial 6.401 Extraordinario la resolución de la Vicepresidencia sectorial de economía mediante la cual se autoriza el acuerdo alcanzado para la fijación de los precios al consumidor para los productos y las presentaciones que en ella se indican, los cuales serán de obligatorio cumplimiento por las personas naturales y jurídicas de derecho público y privado en la República Bolivariana de Venezuela. Entre dichos productos se encuentran los rubros de cuidado personal jabón de tocador, desodorante, crema dental, papel higiénico, toallas sanitarias, cloro, detergente en polvo y jabón de panela. Cabe destacar que en dicha Gaceta Oficial y en el marco del Programa de Precios Acordados (PPA) se señalan las 17 empresas que participaron en dicho acuerdo para el establecimiento de los precios al consumidor. Así mismo, en la referida Gaceta Oficial del 31 de agosto de 2018 se publicó la resolución mediante la cual se reforma el artículo 1° de la resolución de la Vicepresidencia Sectorial de Economía 001-2018 de fecha 21 de agosto de 2018 publicada originalmente en la Gaceta Oficial N° 6.397 Extraordinario y que de igual manera en el marco del Programa de Precios Acordados publica el acuerdo entre el Ejecutivo Nacional y los sectores-actores del área productiva, distribución y comercialización señalando en su artículo 1° los precios a nivel del consumidor, entre otros alimentos de primera necesidad, para: carne de res, pollo, arroz blanco de mesa,

⁶³³ <https://www.elcorreodelorinoco.com/rubros-del-plan-50-anunciado-maduro/>

harina precocida, pasta alimenticia. Recientemente, en fecha 4 de septiembre de 2018, se dictaron las normas técnicas Nos. 319 y 298 publicadas por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos socioeconómicos (SUNDDE) según las cuales respectivamente se establecen los criterios para el cumplimiento de los Precios Acordados de la carne de bovino y sus diferentes tipos de cortes así como los Precios Acordados Máximo de Venta al Público del rubro higiene y aseo personal. Es importante destacar que el artículo 7 de la referida norma técnica N° 298 establece que para los fines de esa norma técnica queda sin efecto, la aplicación de la Providencia Administrativa 070/2015 (publicada en la Gaceta 40.775 de fecha 27 de octubre de 2015) en cuanto al contenido referente a los márgenes de ganancia para comercialización y la intermediación de estos productos. Así mismo, lo establece la norma técnica N° 319 del 4 de septiembre de 2018 de la SUNDDE para los precios de la carne de bovino y sus diferentes tipos de cortes derogándose en consecuencia mediante su artículo 5 la aplicación de la Providencia 070/2015 de la SUNDDE en relación al margen de ganancia para la comercialización y intermediación de estos productos.⁶³⁴

⁶³⁴ Las referidas providencias Nros.: 298/2018 y 319/2018 fueron publicadas en la página Web de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos socioeconómicos (SUNDDE) De igual manera, el 1 de septiembre de 2018, fueron publicadas en la página web de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) una serie de normas técnicas que establecen el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) a nivel del consumidor, de los siguientes productos: leche líquida pasteurizada, huevos de consumo, mortadela, sardina fresca, arroz blanco de mesa (tipo I, II y III), harina de maíz precocida, harina de trigo, café tostado molido, azúcar refinada (uso doméstico), pasta alimenticia elaborada con mezcla de trigo (durum y sémola), harina de trigo panadero, sardina y atún en lata, pollo entero beneficiado, arvejas, caraotas negras, frijol, lentejas, mayonesa, margarina, mantequilla, sal de mesa y salsa de tomate. <http://sundde.gob.ve/index.php/blog-wrapper/normas-tecnicas-17-rubros>

Con anterioridad, en fecha 20 de noviembre 2017 producto de mesas de trabajo entre el sector productivo venezolano y la administración pública (SUNDDE) conjuntamente con la Vicepresidencia de la República se llevaron a cabo una serie de acuerdos en relación a diversos rubros alimenticios priorizados como por ejemplo: pescado, maíz, pollo, café, arroz y azúcar estableciéndose en Providencias Administrativas de la SUNDDE N° 072/2017 el Precio Máximo de Venta de productor y/o importador (PMVPI) el precio máximo a nivel de venta a nivel de distribuidor mayorista (PMVDMA) y el precio máximo de venta al público (PMVP)

Cabe destacar que esta regulación de precios máximos al consumidor para determinados productos priorizados vuelve a anteriores controles de precios utilizados en años anteriores, ya que se fija el precio máximo de venta al público a nivel del consumidor y no a nivel del productor o importador así como también se derogan los márgenes de comercialización de la cadena de comercialización previsto anteriormente en los artículos 5 y 6 de la Providencia de la SUNDDE N° 070.

Por otra parte, de acuerdo a la ley Constitucional de Precios Acordados el Estado se reserva la competencia de establecer los precios de los bienes y servicios priorizados cuando así lo requieran circunstancias especiales o el interés general o social así lo precise (art. 12 LCPA) aumentando esta norma el Poder discrecional del Ejecutivo Nacional. Por consiguiente, de existir circunstancias de interés general o social, así como circunstancias especiales, no habría participación de los sectores privado, de trabajadores o comunal sino el Estado se reserva la fijación de precios de los productos priorizados.

5.7. Se establece el diálogo y la responsabilidad social como medio para establecer los precios de los bienes y servicios priorizados por el Ejecutivo Nacional.

del arroz. De igual manera mediante Providencias Administrativas de la Vicepresidencia de la República conjuntamente con la SUNDDE signadas con los Nros.: 074, 075, 076, 077, 078, 082 y 083 todas del 20 de noviembre de 2017 se determinaron los precios acordados de los siguientes rubros: café tostado molido, café verde al productor, carne de pollo, maíz húmedo, pescado, crema dental y toallas sanitarias respectivamente. Todo ello producto de un proceso de negociación entre el sector productivo nacional conjuntamente con la Vicepresidencia de la República Nacional y la SUNDDE y todo ello como antecedente de la publicación de la Ley Constitucional de Precios Acordados la cual fue publicada en Gaceta Oficial el 22 de noviembre de 2017. Consúltese <http://www.correodelorinoco.gob.ve/sundde-publico-lista-de-precios-acordados-para-el-azucar-arroz-cafe-pescado-pollo-y-maiz/>; http://www.el-nacional.com/noticias/economia/publican-nuevos-precios-acordados-para-rubros-alimenticios_212392; <http://www.vicepresidencia.gob.ve/index.php/2017/11/21/publicados-precios-acordados-del-pescado-maiz-pollo-cafe-y-arroz/>

Si bien esto pareciera ser una flexibilización en la determinación de precios “justos” que establece el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, ya que no sólo lo concentra en la autoridad administrativa, sino que posibilita la participación del sector privado en la determinación de precios de bienes y servicios priorizados, debe realmente verificarse una verdadera *negociación* entre las partes y más aún deben respetarse los acuerdos alcanzados.

Ahora bien, este mecanismo de “Precios Acordados” no es nuevo y hace recordar a la ley que creó la Comisión Nacional de Costos Precios y Salarios de 1984 (Ley CONACOPRESA) ⁶³⁵, la cual no fue exitosa como mecanismo de regulación de la economía, como instrumento para mejorar la producción de bienes y servicios, así como en cuanto al logro de un balance real entre las necesidades del consumo, las remuneraciones de los trabajadores y el ingreso real de la población. Esta nueva ley, la LCPA, establece dentro de sus finalidades: art 2.2 “estimular la buena práctica de producción distribución y comercialización para garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios priorizados según

⁶³⁵ Por cierto, no es la primera vez que se compara estas leyes con la Ley que creó La Comisión Nacional de Costos Precios y Salarios. En efecto, la primera ley de esta fase de la regulación en base a los costos, esto es la denominada ley de Costos y Precios Justos de julio de 2011 fue comparada con la ley CONACOPRESA y con la comisión tripartita creada en el segundo gobierno de Caldera, pero la Doctrina asertivamente criticó tal comparación con la denominada ley CONACOPRESA ya que dicha ley establecía verdaderos canales de participación, en un ambiente de institucionalidad, de decisiones consensuadas con control de la legalidad y constitucionalidad en contraste con la situación actual. Véase Palacios Leonardo: “La Tributación en la Ley De Costos y Precios Justos” en *Ley de Costos y Precios Justos* Editorial Jurídica venezolana. Caracas 2012 p. 338 quien señaló: “ En nuestro criterio, tal comparación no resulta improcedente sino también inaceptable en virtud que aquellas experiencias, si bien respuestas igualmente erráticas para resolver los entuertos de las políticas económicas y monetarias derivaron en inflación, constituyeron formas de <<administración concertada>> donde los grupos organizados de la sociedad, constitucionalmente auspiciados y reconocidos, tenían verdadera participación en la toma de decisiones de la Administración por vía de consulta”... “La Conacopresa, no obstante el fracaso que implícitamente conllevaba su existencia, que no era otro que la regulación de la economía, permitió la configuración, por lo menos en la nominalidad de la ley, de una instancia propositiva y de discusión que buscaba los acuerdos entre empresarios, trabajadores y gobierno en un ambiente de institucionalidad y de decisiones consensuadas y con una vigencia de control de legalidad y constitucionalidad, prácticamente inexistentes en la institucionalidad actual”.

precios acordados”. Se trata entonces de un nuevo control de precios, a través de mecanismos de diálogo, que en la medida que no ofrezcan seguridad ni incentivos a los productores y en la medida que tales acuerdos no sean respetados, dicha política de control de precios a través del dialogo fracasará. Así mismo, debe tratarse de verdaderos acuerdos y no de imposiciones del gobierno al sector productivo, donde efectivamente se escuchen y se atiendan los problemas y las necesidades de los diversos sectores y se canalicen y plasmen en dichos acuerdos⁶³⁶. Lo ideal y la aspiración es que los precios sean determinados por el mercado por el libre juego de la oferta y la demanda (salvo cuando falle el mercado) y no a través de una regulación e imposición de precios.

Sin embargo, a pesar de estos supuestos “diálogos” y del establecimiento de precios entre las empresas y los representantes del gobierno luego de la publicación en noviembre de 2017 de la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA), menos de dos meses después, en el mes de enero de 2018 se verificaron una serie de fiscalizaciones por parte de la Superintendencia para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) en varias cadenas de supermercados de Caracas, ordenando bajar drásticamente o “de golpe” los precios de los bienes y mercancías, echando por tierra los márgenes de ganancias y precios establecidos conforme al Decreto Ley Orgánica de Precios Justos (30% sobre las estructuras de costos), recordando lo sucedido en noviembre de 2013 (caso Daka) en el sector de línea blanca y tiendas de tecnología. Así, estos ajustes indiscriminados y generalizados de precios en cadenas de supermercados- contrarios al espíritu del supuesto diálogo

⁶³⁶ Como antecedente citamos <https://www.elcooperante.com/tarek-el-aissami> anunció que ya tiene los precios acordados de cinco rubros/. “Ya tenemos precios acordados, con precio de venta máximo a los consumidores, a nuestro pueblo, cuando digo precios acordados es porque no es un precio impuesto, se establecieron mecanismos claros de estructura de costos y la ganancia justa para nuestros sectores productivos y un mecanismo que garantiza plena producción para todos los sectores de estos primeros cuatro rubros”.

en mesas de negociación entre el sector productivo nacional y el Ejecutivo Nacional en relación a bienes priorizados conforme a lo previsto en la propia Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA)- constituyeron vías de hecho, arbitrarias, y contrarias a los precios máximos previstos de acuerdo con los mecanismos del Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos. Estableciéndose, así, medidas de ajustes de precios unilaterales por parte de la SUNDDE⁶³⁷, de corte populista, sin procedimiento legal alguno ni posibilidad de contradictorio, ni oportunidad de ejercicio del derecho a la defensa⁶³⁸.

⁶³⁷ Estas medidas de ajustes de precios, dictadas como medidas preventivas en el marco de fiscalizaciones en nuestro criterio son inconstitucionales, ya que son dictadas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, son dictadas sin contradictorio y sin el cabal ejercicio del derecho a la defensa. Véase en este sentido las críticas sobre la inconstitucionalidad de estas medidas en Alfonso Paradisi, Juan Domingo : “Comentarios en cuanto a los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto 6.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios;” así como en “ La Constitución Económica establecida en la Constitución de 1999, el sistema de economía social de mercado y el Decreto 6.071 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria” ambos trabajos publicados en la revista de Derecho Público N° 115 julio- Septiembre 2008. Editorial Jurídica Venezolana. En efecto, en mucho de los casos de procedimientos de fiscalización por la SUNDDE son dictadas medidas preventivas y luego el procedimiento no continúa, no habiendo posibilidad de oposición a la medida preventiva y en otros casos, no se inicia el procedimiento administrativo sancionatorio. Además, responden muchas veces a movimientos espasmódicos, con intentos de controlar los precios bajo supuestas medidas para satisfacer necesidades del pueblo, no obedeciendo a políticas estructurales que vayan a la raíz del problema para controlar la inflación como es atender realmente a las políticas fiscales de gasto público, de no emisión de dinero inorgánico, de incentivar la producción, de estimular y garantizar la inversión nacional y extranjera y de ofrecer medidas de seguridad jurídica y económica. Véase antecedentes como caso EPK del 21 de diciembre de 2016 en el cual se realizan ordenes de reducción de precios y venta supervisadas en 31 tiendas a nivel nacional de productos:http://www.elnacional.com/noticias/economia/sundde-ordeno-reduccion-precios-tienda-epk_72270. Véase, asimismo el caso del decomiso de juguetes a la compañía Kreisel y su distribución a través de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (Claps), en LA HUMANIDAD (<http://efectococuyo.com/category/la-humanidad>) ([HTTP://EFFECTOCOCUYO.COM/CATEGORY/PRINCIPALES](http://EFFECTOCOCUYO.COM/CATEGORY/PRINCIPALES)); <http://www.finanzasdigital.com/2016/12/sundde-Kreise/> “William Contreras, informó del decomiso de más de tres millones 821 mil juguetes almacenados en los depósitos de la empresa, los cuales serán distribuidos por los Comités de Abastecimientos (CLAP), por acaparamiento, boicot en la venta, abuso de posición de dominio por parte de la compañía entre otros delitos”

⁶³⁸ Economía (<http://efectococuyo.com/category/economia>), principales (<http://efectococuyo.com/category/principales>.) “fiscalizaciones de la SUNDDE bajaron “de golpe” precios en supermercados en Caracas 5 de enero de 2018 autor Crisleida Porras [HTTP://EFFECTOCOCUYO.COM/AUTHOR/CRISLEIDAP](http://EFFECTOCOCUYO.COM/AUTHOR/CRISLEIDAP)); SUNDDE obliga a bajar precio de mercancía

Tales fiscalizaciones sorpresivas de la SUNDDE efectuadas en el mes de enero de 2018 en diversas cadenas de supermercados constituyó un duro golpe a la seguridad jurídica, al deseo de las empresas de continuar con el ejercicio de actividades económicas en el país, al derecho de libertad económica de las sociedades mercantiles, al desconocer los precios en el marco de las referidas fiscalizaciones y ordenar un súbito ajuste de los mismos, desconociendo, entre otras, los márgenes de ganancia y fundamentalmente, el valor de reposición, que constituyó una de las supuestas ventajas ofrecidas por el vicepresidente de la República y por los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. Esto es, el ofrecimiento por parte del Vicepresidente de la República de respetar e incluir el valor de reposición, lo cual fue positivizado o establecido en el artículo 7, numeral 5 y 9, numeral 5 de la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) publicada el 22 de noviembre de 2007. Así, una de las trabas económicas, como lo constituía el reconocimiento del valor de reposición por parte de la administración competente en materia de precios se reconoce y se establece en la Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA). No obstante, mes y medio después de su previsión legal, esto es, en enero de 2018, es completamente desconocido dicho valor de reposición, al ordenar ajustes de precios generalizados e indiscriminados, sin procedimientos en las cadenas de supermercados, creando gran inseguridad jurídica, graves lesiones a los derechos económicos y desincentivos en relación con la continuidad de la actividad económica por parte de diversas compañías en Venezuela. Así las cosas, las empresas tuvieron importantes pérdidas dadas esas órdenes arbitrarias de rebajas o ajustes de precios relevantes que no permiten el valor de reposición y que peor aún causó daños económicos en

a 70% ·5Ene(https://twitter.com/hastaag/5Ene?src=hash&ref_src=twsrcEtfw); [Http:www.El mundo.com.ve/noticias/economía/políticas-publicas/sundde-ordena-bajar-precios-26-cadenas supermercados](http://www.El_mundo.com.ve/noticias/economía/políticas-publicas/sundde-ordena-bajar-precios-26-cadenas-supermercados))

las compañías; implicando todo ello un ambiente de inseguridad jurídica y económica, porque, en cualquier momento puede presentarse una nueva orden de rebaja de precios, sin fundamento jurídico, que afecte la estabilidad económica de las empresas y su viabilidad económica⁶³⁹.

Así mismo, mediante el Decreto N° 3.548 de fecha 25 de julio de 2018 publicado en la Gaceta Oficial N° 41.446 de la misma fecha, el cual a su vez es el Decreto N° 54 en el marco del estado de excepción y de emergencia económica, se reprogramó en el estado venezolano el inicio de la reconversión monetaria para el 20 de agosto de 2018, la cual inicialmente estaba pautada para el 4 de junio y luego reprogramada para el 4 de agosto, según lo establecido en el Decreto N° 3.445 de fecha 01 de junio de 2018 publicado en Gaceta Oficial N° 6.379 Extraordinario de la misma fecha.

De igual manera, mediante la Resolución N° 18-07-02 publicada en la Gaceta Oficial N° 41.460 del 14 de agosto de 2018, el BCV dictó las normas que regirán el proceso de reconversión monetaria dentro de las cuales se señala todo lo relativo a la reexpresión y el redondeo a aplicarse, la circulación del Bolívar Fuerte (Bs.F.) y el Bolívar Soberano (Bs.S.), la doble expresión en BsF. y Bs.S. del precio de los bienes y servicios, las normas aplicables a los

⁶³⁹ Al momento de revisar este trabajo, en fecha 17 de abril de 2018 la SUNDDE ha ordenado luego de una fiscalización el congelamiento y la reducción de precios entre un 70% y 100 % de las baterías para automóviles. Si bien, en principio, parece no referirse a bienes determinados como priorizados se insiste por la SUNDDE con medidas preventivas cautelares, inaudita parte, de ajustes de precios en base al Decreto Ley Orgánica de Precios por supuestos indicios de incumplimientos de obligaciones de la ley que se contraponen a un proceso de diálogo entre el sector productivo y el sector empresarial y que esperamos que sobre dichas medidas exista posibilidad de contradictorio, ejercicio de derecho a la defensa y promoción de pruebas así como respeto a los derechos económicos. Véase: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/sundde-redujo-congelo-los-precios-baterias-duncan_231371 "La SUNDDE ordenó una medida preventiva de ajuste y congelación de precios en las 45 sucursales de la empresa distribuidas en todo el territorio nacional. El ajuste inmediato de precios fue entre 70% y 110%". Véase: El Mundo Economía y Negocios de fecha 18 de abril 2018 "SUNDDE ordenó ajuste y congelación de precios de baterías Duncan"

cheques, la preparación de los estados financieros, así como el apoyo y colaboración de los entes y órganos de los Poderes Públicos y la adecuación de los sistemas de las empresas en el proceso de reconversión monetaria.

Ahora bien, una vez entrado en vigor el proceso de reconversión monetaria en Venezuela en el mes de septiembre de 2018, fueron privados de libertad nuevamente, -como aconteció a principios del año 2018- varios trabajadores y gerentes de supermercados, por supuestamente vulnerar el establecimiento los precios acordados y por supuestos casos de especulación y boicot en base al decreto de Ley Orgánica de Precios Justos.⁶⁴⁰ Creando nuevamente un ambiente de inseguridad jurídica y de dificultad para la continuidad de las empresas y agentes económicos relacionados con la distribución y comercialización de productos básicos o de primera necesidad para la colectividad venezolana.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ En relación a las detenciones de los gerentes de supermercados: Artículo del portal web de Efecto Cocuyo: “Maduro confirma detención de 34 gerentes de supermercados por esconder productos” de fecha 20 de septiembre de 2018. Disponible en: <http://efectococuyo.com/sucesos/maduro-confirma-detencion-de-34-gerentes-de-supermercados-por-esconder-productos/>. Artículo del portal web de NTN24. “Al menos 11 gerentes de Central Madeirense y Excelsior Gama habrían sido detenidos” de fecha 19 de septiembre de 2018. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.ntn24.com/america-latina/venezuela/alertan-que-fue-detenido-gerente-de-excelsior-gama-ubicado-en-los-palos> La noticia dice así: “Al menos 11 gerentes de las cadenas de supermercados Excelsior Gama y Central Madeirense habrían sido detenidos este miércoles luego de una fiscalización realizada por funcionario de la SUNDDE junto a la Policía y Guardia Nacional”.

Artículo del portal web de Efecto Cocuyo: “Liberan a grupo de gerentes acusado de boicot” de fecha 26 de septiembre de 2018. Disponible en el siguiente enlace: <http://efectococuyo.com/economia/liberan-a-gerentes-se-supermercados-acusados-de-boicot/>. La noticia dice así “Doce gerentes de la cadena de supermercados Central Madeirense fueron liberados la noche de este martes, 25 de septiembre, luego de permanecer detenidos casi una semana por órdenes de la Sundde (Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos), reseñó el portal Crónica Uno”.

⁶⁴¹ A la fecha de la culminación de la redacción del presente trabajo fue publicado en Gaceta Oficial N° 6.405 Extraordinario de fecha 7 de septiembre de 2018 el Convenio Cambiario N° 1 entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela. El cual prevé en su artículo 1° que dicho convenio cambiario tiene por objeto la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional. Siendo ello así, ello debería un impacto en las estructuras de costos y en la formación de los precios y habría que ver que ello no introduce cambios en esta materia tanto en el Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos como en la Ley bajo análisis como lo es la Ley Constitucional de Precios Acordados

5.8. La Ley Constitucional de Precios establece un Programa de Precios Acordados (PPA) para aquellos productos y/o bienes que sean priorizados por el Ejecutivo Nacional.

De esta manera que se regresa a la fase legislativa o de regulación de julio de 2011 según la cual se regulaban y seleccionaban los bienes que se considerasen “estratégicos” prioritarios básicos (Providencias Administrativas N° 006 y N° 007 de la SUNDECOP). La diferencia ahora es que en esta nueva y última fase de la regulación de precios se hace supuestamente a través de Precios “Acordados”. Obviamente, la capacidad de negociación es muy diferente entre las empresas y el gobierno nacional y más aún cuando han acontecido fiscalizaciones y órdenes de ajustes de precios (no exactamente sobre bienes priorizados) sin procedimiento y que constituyen una arbitrariedad, así como un desconocimiento de los derechos económicos de las empresas y una falta de seguridad jurídica para los agentes económicos.

5.9. La LCPA Reconoce: Necesidad de márgenes de ganancias; Determinación de márgenes de ganancias por sectores económicos.

La Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) reconoce en su artículo 4 que el diálogo que se efectúe entre los sectores públicos, privados, comunal y de los trabajadores como medio para establecer los precios de los bienes y servicios priorizados por el Ejecutivo Nacional debe implicar la celebración de convenios voluntarios y duraderos que permitan asegurar el acceso para las personas a bienes y servicios, la estabilidad de precios y el reconocimiento de las ganancias necesarias. Asimismo, dentro de los lineamientos y el Programa de Precios Acordados (PPA) se establece que dichos precios serán acordados en función de su eficiencia para asegurar el acceso de las personas a los bienes y

servicios debiendo incluir o permitir las ganancias ordinarias. En cuanto a lo que debe constituir un margen de ganancia “ordinaria” esta nueva regulación basada en el diálogo prevé en el artículo 9.6 de la LCPA que el margen de ganancia ordinaria debe ser el resultado del estudio sectorial y su aplicación debe ser diferenciada según su naturaleza, estacionalidad, productividad, envergadura de los actores, región o localidad, así como la oportunidad de la producción y distribución. De allí pues, tomando en cuenta estas variables, deberán llegarse a precios acordados que reflejen las ganancias ordinarias en el sector conforme a dichos parámetros. Pero, en cualquier caso, constituye un precio regulado y no libre.

5.10. Valor de reposición. La Ley Constitucional de Precios Acordados (LCPA) establece dentro de los lineamientos del Programa de Precios Acordados (PPA) el costo de reposición.

Esto, como se ha señalado en el presente trabajo, ha constituido una aspiración del sector productivo y comercial para poder continuar fabricando y/o comercializando diversos productos, entre ellos los de la canasta básica y sobre todo en una economía inestable azotada por un proceso de hiperinflación. Esta situación ha constituido un problema, ya que muchas veces se ha pretendido que se produzcan muchos bienes a pérdida, esto es, por debajo de sus costos de producción, lo cual es absurdo e inconstitucional por la violación del núcleo duro o esencial de los derechos de contenido económico, en concreto los derechos a la libertad económica y de propiedad. Así lo ha sostenido, incluso, el Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de la Sala Constitucional, de fecha 1 de octubre de 2003, caso, Inversiones Parkimundo C.A. en la cual se sentó:

“se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los

costos de producción. Como entiende la doctrina española, el Estado, no puede siquiera, mediante Ley fijar el precio de un producto final” ... al margen y por debajo de los costos reales y totales que son necesarios para su producción. Hacerlo de otro modo supondría imponer a un sector determinado una carga singular en relación con los demás...” (Resaltado nuestro).

Por ello, esta nueva regulación de precios a través del diálogo entre diversos sectores prevé el reconocimiento de los costos de reposición tal y como se señala en el artículo 7, numeral 5. De igual manera, en el artículo 9 de la LCPA se establece que se entenderá como costos de reposición el análisis de los inventarios y su valorización será un elemento clave en la negociación de los precios acordados.

De manera que dentro de la valoración de los bienes y servicios, en esta regulación de precios, constituye un elemento esencial el reconocimiento del costo de reposición imprescindible para que las empresas puedan mantenerse en una economía hiperinflacionaria preservando su capital y permitiendo ganancias razonables. Si no se reconoce el costo de reposición en una escalada de la tasa de cambio, así como de los precios, los empresarios no tendrán ganancias, perderán su capital y se verán obligados a retirarse del mercado y a no producir más estos bienes. Así en una economía hiperinflacionaria, donde los empresarios deben importar materias primas o productos terminados, ¿quién puede predecir luego de tres meses de la venta de un determinado bien ¿cuál será la tasa de cambio o el valor de reposición? En este caso el empresario calculará o estimará sus precios en función de su apreciación de lo que podrá ser la tasa de cambio futura para la fecha de la reposición. Así en una economía hiperinflacionaria debe reconocerse dicho costo y el método de valorización de los inventarios es fundamental, porque

de lo contrario, los precios quedarán rezagados y las empresas venderán a pérdida y seguramente quebrarán. Por ello, el método de valorización apropiado es indispensable. Aquí el artículo 9.5 de la LCPA señala que serán reconocidos como métodos de valorización de los inventarios:

i.- Los costos promedios ponderados, ii.- el método de valoración de inventario conocido como P.E.P.S. (Primeros en Entrar y Primeros en Salir - First in / First out)⁶⁴² y iii.- cualquier otro método determinado en los convenios de precios acordados entre el Ejecutivo Nacional y los Empresarios, que garantice el cumplimiento de las finalidades de la ley.

Se ha sostenido por el sector empresarial que algunos de estos métodos no son apropiados en una economía hiperinflacionaria y que depende también, en alguna medida, de la velocidad de la rotación de los productos de las empresas. Por ello es importante, el acuerdo flexible en cuanto a la consideración de otros métodos que puedan garantizar la producción rentable de los bienes.

5.11. Ponderación o pesos de los costos.

Los precios de los productos deben ser revisados periódicamente. La revisión se debe realizar sobre la base de la información disponible en el Sistema Informático de Administración de Precios u otras fuentes de información. El Programa de Precios Acordados (PPA) deberá establecer una metodología de actualización

⁶⁴² Véase en este sentido Providencia Administrativa No. 003/2014 de la SUNDDE Mediante la cual se fijan criterios contables generales para la determinación de precios justos publicada en la Gaceta Oficial N° 40.351 de 7 de febrero de 2014, artículo 5, la cual establece como criterios de aplicación las fórmulas de cálculo del costo establecidas en los principios de contabilidad de aceptación general en la República Bolivariana de Venezuela. Estas fórmulas establecen: 1) cuando sea posible identificar los costos asociados a cada artículo específico producido o servicio prestado, se debe utilizar obligatoriamente la identificación específica de costos. 2) Cuando resulte impracticable la asignación de costos a cada artículo específico producido o servicio prestado, se pueden utilizar los siguientes métodos de selección de existencia final: Primero en Entrar, Primero en Salir (PEPS); o Costo Promedio Ponderado (CPP)

de los precios que debe tener en cuenta las modificaciones en los precios de producción, importación y comercialización que hayan tenido lugar. El precio actualizado será el resultante de multiplicar los pesos o ponderadores definidos para cada insumo involucrado, remuneraciones y costos indirectos por los nuevos precios. Por consiguiente, la variación del precio acordado será el resultado de la sumatoria de variaciones de precios multiplicadas por el peso de cada insumo, remuneraciones y costos indirectos en la estructura de costos.

6.- Conclusión.

Esta nueva regulación de precios a través del diálogo para bienes priorizados, es dictada por la ANC siendo un órgano incompetente para ello, que fue convocada y constituida usurpando las funciones del soberano y en violación de las disposiciones de la Constitución. Que así mismo ha usurpado las funciones propias legislativas del Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional). En nuestro concepto la LCPA, es una ley viciada de nulidad absoluta al igual que otras de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), que no constituye una ley constitucional ya que no es emanada del parlamento ni se subsume en la tesis de Carl Schmitt.

Pero, además, esta regulación de bienes y servicios a través del diálogo ha sido desconocida por las propias autoridades del gobierno nacional y autoridades administrativas como la Superintendencia Nacional para la Defensa de Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) causando daños a las empresas, estableciendo sanciones y privando de libertad a gerentes y trabajadores de las empresas encargadas de la distribución y comercialización de productos básicos para la sociedad venezolana.

Constituye una aspiración de los sectores económicos que no se le obligue a vender a pérdida, y que sus costos- entre ellos el costo de

reposición- sean reconocidos sobre todo en una economía hiperinflacionaria. Por ello, es imprescindible que las revisiones de los precios acordados sean periódicas, lo cual debería ser tarea propia y natural del empresario de acuerdo con las leyes del mercado, pero ello es imposibilitado por la regulación que ahora se prevé mediante el diálogo entre diversos sectores, tales como: el sector público, el comunal y los trabajadores; esta negociación trae dificultades para acuerdos céleres o rápidos e incorpora variables exógenas a la conformación de los precios, aspirándose en todo caso, que no se trate de una imposición de precios.

LEYES SINGULARES Y BIODIVERSIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Doctor en Derecho de la Universidad de Bolonia, Italia. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza y Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Coordinador del Observatorio de Políticas Ambientales y es autor de diversas publicaciones.

Resumen: El objeto de este estudio es analizar el papel que desempeña la ley singular como medio de protección o desprotección de espacios naturales. Tras situar la materia en el contexto del modelo de Estado Sostenible, se refieren las modalidades de leyes empleadas en relación con los espacios naturales, contrastando críticamente las leyes de declaración y las de desclasificación con la primera doctrina constitucional sobre las leyes singulares. A continuación, se pone de relieve la notable evolución de la propia jurisprudencia constitucional sobre las leyes singulares, en planteamientos reforzados por la jurisprudencia europea, que resultan de útil aplicación frente a leyes de regresión ambiental, finalizando con unas reflexiones sobre el sentido de las reservas de ley en los sistemas normativos de la biodiversidad.

Palabras clave: espacios naturales protegidos, declaración, reserva de ley; parques nacionales, declaración, reserva de ley.

Abstract: The object of this study is to analyze the role of singular laws in the protection of natural areas. The article starts by describing the issue in the context of the Sustainable State model. Then it refers to

the modalities of laws used in relation with natural areas, critically confronting the laws of declaration and the laws of disqualification with the initial constitutional doctrine on singular laws. After that, the article focuses on the evolution of the constitutional jurisprudence on singular laws, in the form of a series of approaches reinforced by the EU case-law which are useful against laws of environmental regression. The article finishes with a few reflections on the point of the reservations of law in the regulatory systems of biodiversity.

Keywords: natural protected areas, declaration, reservation of parliamentary law; national parks, declaration, reservation of parliamentary law

Índice: 1. Legalidad y sostenibilidad. - 2. Las modalidades de leyes de espacios naturales protegidos. - 3. La primera doctrina constitucional sobre las leyes singulares (*caso Rumasa*). - 4. Aplicación a las leyes de declaración de espacios (*casos Manzanares, Ley de Conservación, Es Trenc y Sa Punta de N'amer*). - 5. La sorprendente respuesta ante una ley de desclasificación (*caso Itoiz*). - 6. La nueva doctrina constitucional de las leyes singulares (*caso Parlamento de Canarias*). - 7. Una interesante perspectiva europea (*casos Boxus y Solhay*). - 8. Aplicación frente a leyes singulares de regresión ambiental (*casos Santovenia de Pisuergra, Ciudad del Medio Ambiente y Fuentes Carrionas*). - 9. Las reservas de ley en los sistemas normativos de la biodiversidad. BIBLIOGRAFÍA

1. Legalidad y sostenibilidad

El Estado Social y Democrático de Derecho conforma un modelo político en constante evolución que condensa los valores, medios y objetivos esenciales del poder público general. Procedente de la Ley Fundamental de Bonn (1949: arts. 20 y 28), llegó a la Constitución española (1978: art. 1) y a otros textos constitucionales. En el mismo se acumulan sucesivos sustratos históricos que parten de las revoluciones burguesas y el liberalismo (Estado Liberal o

de Derecho), conectan después con los movimientos obreros y el socialismo (Estado Social o del Bienestar) y terminan expresando el acceso al poder de las clases populares (Estado Democrático o Plural). Cada una de esas grandes aportaciones históricas cuenta con su propia evolución, de manera que no han de concebirse mecánicamente como líneas sucesivas, pues las trayectorias se mezclan en las diferentes experiencias. No obstante, en términos generales, cabe identificar una suerte de tendencia progresiva a mejorar el significado del constitucionalismo, que así, ha ido incorporando nuevos contenidos: el principio de legalidad, la división de poderes y los derechos individuales en la primera generación, los derechos sociales de sindicación, huelga, educación y sanidad en la segunda, y finalmente las garantías de participación real y efectiva en ámbitos políticos, económicos y sociales⁶⁴³.

Pues bien, la consolidación de las políticas ambientales ha llevado a algunos estudiosos a sostener la conveniencia de ampliar el modelo para incluir la referencia al inicialmente denominado Estado Ambiental o Ecológico⁶⁴⁴. En la actualidad, probablemente, la fórmula más adecuada de recoger los nuevos valores sería la del Estado Sostenible, pues el concepto de sostenibilidad ofrece mayor amplitud⁶⁴⁵. El nuevo estatuto del ciudadano habría de comprender, junto a los derechos políticos, sociales y de participación,

⁶⁴³ Véase ampliamente Ángel Garrarena Morales, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho* (Madrid, Tecnos, 1984).

⁶⁴⁴ Véanse: Luciano Parejo Alfonso, "La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿hacia el Estado Ecológico de Derecho?", *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 100-101 (1994); María Jesús Montoro Chiner, "El Estado Ambiental de Derecho. Bases constitucionales", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Martín Mateo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000); Jesús Jordano Fraga, "La Administración en el Estado Ambiental de Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 173 (2007).

⁶⁴⁵ El principio del desarrollo sostenible es la fórmula que rápidamente se ha extendido para expresar sintéticamente el conjunto de los principios ambientales, las funciones públicas de tutela ambiental y aun los nuevos derechos ambientales. Consagrado en el Informe Brundtland (1987) como el desarrollo que atiende a las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de atender a las suyas, ha experimentado una rápida difusión internacional y nacional. Véase Roberto O. Bustillo

los derechos de la sostenibilidad sobre los bienes comunes, la economía circular y el consumo responsable.

Entre los bienes comunes –categoría todavía imprecisa en su contorno y en sus efectos-, la biodiversidad se ha consolidado como destacado objeto de conservación y disfrute colectivo, integrando el concepto jurídico del patrimonio natural. En el mismo, la posible titularidad pública o privada de los elementos de la naturaleza es cuestión que pasa a un segundo plano, pues la Administración *patrimonializa* el valor correspondiente a la permanencia, tutela y valorización de los bienes y recursos naturales.

El principal instrumento de tutela de la biodiversidad lo encontramos en los espacios naturales protegidos. Empezando por los parques nacionales, en la legislación española han ido estableciéndose diversas modalidades de parques, reservas, monumentos, paisajes y otras⁶⁴⁶. Se trata, por tanto, de una materia objeto de una importante tradición legislativa que ha experimentado transformaciones vinculadas a las trascendentales reformas políticas, organizativas y económicas del propio Estado español en el último cuarto del siglo XX.

Así, de una parte, la profunda descentralización del poder público permite constatar la proliferación de leyes autonómicas regulando las modalidades de protección; además, las aplicaciones, esto es, las declaraciones protectoras, han conformado una línea de actuación constante que manifiesta una intensa vinculación –no exenta ciertamente de incógnitas y contradicciones- de

Bolado y M^a Fuensanta Gómez Manresa (eds.), *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas* (Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2014).

⁶⁴⁶ La primera regulación general de la materia se remonta a la Ley de Parques Nacionales (1916), cuyo contenido accedió posteriormente a la Ley de Montes (1957), hasta su derogación por la Ley de Espacios Naturales Protegidos (1975) que, a su vez, fue sustituida por la Ley de Conservación (1989) y ésta por la Ley del Patrimonio Natural (2007) y la Ley de Parques Nacionales (2007 y 2014). Para un estudio detallado de esta evolución normativa, véase Fernando López Ramón, *Política ecológica y pluralismo territorial* (Madrid, Pons, 2009), 30-68 y 82-92.

los poderes territoriales a la filosofía de la conservación. De otra parte, por encima del nivel estatal, la integración en la CEE (actual UE) conllevó la inmediata aplicación de la Directiva de Aves (1979), que había puesto en marcha un importante sistema de áreas protegidas; con la Directiva de Hábitats (1992), se formalizaría la red europea Natura 2000, que constituye probablemente la política internacional regional más exigente del planeta en la tutela del patrimonio natural⁶⁴⁷.

Esas grandes transformaciones permiten apreciar la evolución desde una tutela de tipo estético y elitista, limitada inicialmente a unos cuantos selectos museos naturales, a una verdadera ordenación del territorio vinculada a la conservación de la biodiversidad; es la materialización en este campo del paso del Estado Liberal al Estado Sostenible. Por tanto, los problemas que vamos a tratar bajo la óptica del principio de legalidad no son cuestiones de laboratorio, sino elementos de enorme trascendencia social.

El Estado y las Comunidades Autónomas han establecido complejos sistemas legales para la defensa del patrimonio natural. Se trata de verdaderos conjuntos articulados de técnicas jurídicas que, entre otros aspectos, establecen los objetivos y las clases de espacios, los procedimientos de declaración, los mecanismos de planificación y regulación de los usos y las actividades, las coberturas sancionadoras y los demás elementos de un régimen jurídico completo.

⁶⁴⁷ En España, la red está formada actualmente por 1.467 LIC (lugares de importancia comunitaria) y 644 ZEPA (zonas de especial protección de aves), que comprenden una superficie total de más de 210.000 km²: 137.000 km² de superficie terrestre, lo que representa aproximadamente un 27% del territorio nacional, y 72.500 km² de superficie marina (datos obtenidos en www.mapama.es). Véase Fernando López Ramón, "Biodiversidad: la red Natura 2000", *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, núm. 41 (2017).

El enlace entre biodiversidad y legalidad, que aquí vamos a desarrollar, expresa la dialéctica entre el Estado de Derecho y el Estado Sostenible. Ambos modelos generales han de compaginarse en concretas instituciones que no pueden entenderse como portadoras de valores exclusivos de uno de tales modelos, sino, necesariamente implicando elementos compartidos. Los nuevos fines del Estado Sostenible han de construirse, en consecuencia, sobre la base del respeto a los contenidos del Estado de Derecho.

Por eso, nos interesa adentrarnos en la teoría general de la ley singular y comprobar su impacto en el ámbito de la conservación de la biodiversidad. Como vamos a ver al hilo de la evolución de la jurisprudencia constitucional española, esa teoría general ha experimentado grandes variaciones, pasando de unos primeros planteamientos de alcance moderado sobre la ley singular, a un escrutinio profundo de los límites que la rodean. Advertimos ahí, en paralelo con la formación del Estado Sostenible, una profunda mutación del significado de la ley.

En efecto, en la España democrática los legisladores se han multiplicado al reconocerse los poderes autonómicos junto al poder estatal. El fenómeno de la ley singular, que no es nuevo, se ha potenciado en la pluralidad de experiencias territoriales. Paralelamente, el proceso de juridificación del poder ha extendido sus mecanismos de control sobre las leyes en general y sobre las leyes singulares particularmente. Así, en uno de los cambios más importantes del Estado de Derecho, muestra probablemente del Estado Democrático, el poder legislativo se somete a controles cada vez más intensos, llegándose incluso a postular la garantía judicial para los titulares de los derechos e intereses legítimos afectados.

La evolución de nuestra jurisprudencia constitucional en relación con las leyes singulares testimonia bien a las claras esa evolución. Aquí vamos a tratar de exponerla críticamente con el objetivo

final de comprender su incidencia sobre las leyes de protección o desprotección de las leyes singulares⁶⁴⁸.

2. Las modalidades de leyes de espacios naturales protegidos

En el contexto señalado de la notable ampliación de los objetivos de conservación de la biodiversidad, ha de constatarse la proliferación de leyes estatales y autonómicas referidas a los espacios naturales, conforme a dos manifestaciones típicas:

- a) *Leyes aprobadas al margen de una ley general reguladora.* A veces se explican por la búsqueda de una mayor resonancia en la opinión pública, como sucedió con el parque nacional de Covadonga, objeto de la primera declaración de nuestra historia, que se incluyó en una ley que conmemoraba el correspondiente centenario del inicio de la Reconquista (1918). En algunas experiencias, las leyes de declaración han podido ser adoptadas como respuesta inmediata ante la situación de peligro o riesgo percibida en un espacio. Estas leyes referidas a concretos espacios, a veces, han constituido el inicio de la conservación autonómica, como sucedió en Cataluña con las leyes de los parajes naturales de La Garrotxa y Pedraforca (1982), que fueron seguidas de la regulación general contenida en la Ley de Cataluña de Espacios Naturales (1985). También se ha dado el supuesto de leyes que simultáneamente establecían un sistema general y declaraban un conjunto de espacios, como sucedió en Canarias (1987) o en Andalucía (1989). Y, cómo no, encontramos asimismo leyes de desclasificación total

⁶⁴⁸ Los cambios experimentados en la doctrina constitucional justifican ocuparse de nuevo de la ley singular y la conservación de la biodiversidad; véase Fernando López Ramón, "La problemática de las leyes singulares y las reservas de ley para la declaración de parques nacionales y otros espacios naturales protegidos", en Francisco López Menudo (dir.), *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Madrid, Lustel, 2011).

o parcial de espacios protegidos que han implicado una clara regresión ambiental, según se reflejaba en la Ley de Navarra de desclasificación de las reservas afectadas por la presa de Itoiz (1996). En todo caso, al aprobarse al margen de un sistema general, son estas leyes las que mayores problemas nos van a suscitar en su contraste con la teoría de la ley singular. Especialmente, parece han de preocupar las leyes de contenido desclasificador a las que hemos de referirnos más adelante.

- b) *Leyes aprobadas en aplicación de un sistema previamente establecido en una ley general.* Es decir, nos encontramos aquí ante reservas formales de ley para la declaración de determinados espacios naturales protegidos. En nuestra tradición legislativa en la materia, inicialmente dominó el criterio de la decisión administrativa, con la única excepción ya citada de Covadonga. Sin embargo, en la Ley de Espacios Naturales Protegidos (1975) se impuso la reserva de ley para la declaración no sólo de los parques nacionales sino incluso de elementos aislados de la naturaleza, como una roca o un árbol notables. Los sucesivos legisladores, ahora ya estatales y autonómicos, han continuado previendo reservas de ley para declarar determinados espacios naturales protegidos. Así, en la legislación básica se ha establecido la reserva de ley para la declaración de los parques nacionales⁶⁴⁹. En la

⁶⁴⁹ La reserva de ley para los parques nacionales ha venido previéndose tanto en la Ley de Conservación (1989: art. 22.1) como en la posterior Ley de Parques Nacionales (2007: art. 10.1) y también en la vigente Ley de Parques Nacionales (2014: art. 8.1). Probablemente en tal opción ha influido la distribución de competencias en la materia, pues mediante la declaración de un parque nacional el Estado impone un sistema de protección para un ámbito territorial amplio, estableciendo una excepción a las competencias ordinarias que corresponden a las Comunidades Autónomas en materia de protección del medio ambiente. Es lógico que se quiera rodear a esa excepción de las máximas garantías, haciendo que sean las Cortes Generales las que, tras el correspondiente acuerdo con la Comunidad Autónoma concernida, expresen formalmente la concurrencia de los requisitos determinantes de la declaración de parque nacional y, por tanto, de la competencia estatal para realizarla.

legislación autonómica puede constatarse la exigencia de ley para declarar los parques naturales o regionales (en Castilla-León, Murcia, Navarra, Aragón, Extremadura, Castilla-La Mancha, La Rioja, Islas Baleares, Cantabria y Canarias) y también las reservas naturales (Castilla y León, Murcia, Navarra, Aragón, Galicia, Islas Baleares, Cantabria y Canarias), siendo excepcional el caso de Islas Baleares que la establece asimismo para la categoría propia de los parajes naturales⁶⁵⁰.

Pues bien, a la vista de esas modalidades de empleo de la ley para la conservación de la biodiversidad, vamos a comprobar su ajuste con la doctrina sobre las leyes singulares elaborada en la jurisprudencia constitucional. Empezaremos resaltando a tal fin la incidencia de la primera versión de esa doctrina constitucional.

3. La primera doctrina constitucional sobre las leyes singulares (*caso Rumasa II*)

En la jurisprudencia constitucional española, la reflexión sobre la ley singular se inició con el *caso Rumasa II* (1986)⁶⁵¹, que determinó

⁶⁵⁰ Probablemente a esa extensión de la reserva de ley contribuyó, en la Ley de Conservación (1989: art. 18.1), la regla que solo permitía constituir zonas periféricas de protección en los espacios naturales protegidos que hubieran sido declarados por ley, exigencia que ha desaparecido de la vigente Ley del Patrimonio Natural de 2007.

En un cuadro completo de la legislación autonómica de espacios naturales protegidos encontramos las siguientes modalidades de declaración: *a*) Declaración administrativa en todo caso: Comunidad Valenciana (Ley 11/1994: art. 24, aunque sin perjuicio de las declaraciones que se considere oportuno realizar por ley) y Euskadi (Decreto Legislativo 1/2014: art. 19); *b*) Declaración por ley de parques y reservas, y declaración administrativa de los restantes espacios naturales protegidos: Murcia (Ley 4/1992: art. 48.3), Navarra (Ley Foral 9/1996: art. 4.1), Cantabria (Ley 4/2006: art. 19), Aragón (Decreto Legislativo 1/2015: art. 19), Castilla y León (Ley 4/2015: art. 66) y Canarias (Ley 4/2017: art. 109.1); *c*) Declaración por ley de los parques y declaración administrativa de los restantes espacios naturales protegidos: Extremadura (Ley 8/1998: art. 33), Castilla-La Mancha (Ley 9/1999: art. 34) y La Rioja (Ley 4/2003: art. 23); *d*) Declaración por ley de las reservas y declaración administrativa de los restantes espacios naturales protegidos: Galicia (Ley 9/2001: art. 24); y, *e*) Declaración por ley de parques, reservas y parajes, y declaración administrativa de los restantes espacios naturales protegidos: Islas Baleares (Ley 5/2005: arts. 23 y 24).

⁶⁵¹ STC de 19 diciembre 1986, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Eugenio Díaz Eimil, voto particular: Francisco Rubio Llorente y Antonio Truyol Serra, *caso Rumasa II* (ECLI:ES:TC:1986:166).

un entendimiento moderadamente exigente de la figura. En efecto, si bien el TC empezaba considerando que las leyes singulares se configuran como “*ejercicio excepcional*” de la potestad legislativa, en realidad, circunscribía los “*rigurosos límites*” (FJ 10) a los que las mismas habían de subordinarse esencialmente al principio de igualdad en la ley, concretado en la exigencia de que la diferencia de trato establecida por la ley singular respondiera “*a una situación excepcional igualmente singular*” (FJ 11).

Los otros dos límites de las leyes singulares identificados entonces por el TC carecían en buena medida de trascendencia: el referido al principio de división de poderes no era sino una reiteración de la exigencia de excepcionalidad que ya derivaba del principio de igualdad; y el relativo al respeto del derecho fundamental a la tutela judicial resultaba notablemente rebajado al considerarse que el expropiado podía defender su derecho de propiedad mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley singular lesiva de las garantías de ese derecho.

Conviene precisar que, posteriormente, en la STEDH de 23 junio 1993 (*caso Ruiz Mateos*), aunque no se rechazó que la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC proporcionara la garantía del derecho a un proceso equitativo del expropiado, sí se consideró violado tal derecho humano al no haberse permitido la participación del mismo expropiado en el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley singular. En consecuencia, si bien con considerable retraso, por Ley Orgánica 6/2007 se reformó la LOTC a fin de prever la audiencia del interesado (art. 37.2).

Estos primeros pasos del TC en *Rumasa II* conectaban con la tesis doctrinal que venía y viene considerando superado el dogma de la generalidad de la ley, de manera que ésta “*puede ser, y es lo corriente, un mandato preceptivo general, pero puede ser también un mandato singular o*

*excepcional*⁶⁵². La infracción del derecho a la tutela judicial no podía considerarse necesariamente producida por toda ley singular, ya que en tal caso bastaría con comprobar que el ámbito de aplicación de una ley se encuentra limitado espacial o temporalmente para deducir indefectiblemente su inconstitucionalidad, lo que llevaría a mantener la generalidad como un requisito universal de la ley.

El TC, en *Rumasa II*, asumió plenamente que nuestro sistema constitucional no imponía tal requisito de la ley, sino límites específicos que sólo podían hacerse valer por los sujetos legitimados a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. En tal sentido, el límite particularmente activo frente a la ley singular era el derivado de la eventual infracción del principio de igualdad en la ley, que prohíbe el establecimiento de regímenes jurídicos discriminatorios, esto es, de diferencias de trato que carezcan de una justificación razonable. En consecuencia, conforme a esta primera doctrina, las exigencias de la tutela judicial no actuaban con carácter independiente, sino fundamentalmente al servicio del principio de igualdad. Hubiera sido insuficiente, pues, alegar que frente a la ley singular los particulares afectados no podían emplear los mismos recursos que cabía utilizar frente a la actuación administrativa. Habría que justificar la existencia de discriminación derivada del contenido de la ley y hacerlo a través, exclusivamente, de los remedios establecidos para declarar su inconstitucionalidad.

En relación con ello, se podría sostener que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Constitución: art. 24) no se establece frente a todo tipo de actuación de los poderes públicos, ni siquiera frente a toda la actuación administrativa, sino para

⁶⁵² Así lo han expresado de manera invariable Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol I, 1ª ed. (Madrid, Civitas, 1974), 87-88; y 18ª ed. (2017), 150-152; criterio que incluso parecía recordarse en la sentencia *Rumasa II* al estimar “superada por la moderna doctrina científica” la resistencia conceptual a las leyes singulares (FJ 10).

garantizar el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las personas. En términos constitucionales, tal derecho fundamental aparece reforzado por el sometimiento de la Administración al control de legalidad que ejercen los tribunales (Constitución: art. 106.1), lo que justificaría entender violado el derecho fundamental a la tutela judicial si se pretendiera la exclusión del control judicial directo de cualquier actuación administrativa. Pero, frente al legislador, el derecho a la tutela judicial sólo podría canalizarse por la vía de suscitar, en un litigio relativo a la aplicación de la ley, la duda sobre el ajuste de dicha ley a los límites constitucionales, a fin de que, si el juez competente así lo estimara, plantease la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

Por tanto, conforme a este planteamiento, una cuestión de inconstitucionalidad fundada exclusivamente en el argumento de que el recurrente no había dispuesto frente a la ley de los mismos recursos de los que dispondría en vía judicial contra una actuación administrativa, habría de ser desestimada por no existir ninguna garantía judicial directa del control de las leyes. En definitiva, según *Rumasa II*, no por la inexistencia del recurso judicial ante la ley, sino por la identificación de indicios razonables de establecimiento en la misma de trato discriminatorio, indicios apreciados por el juez llamado a su aplicación, cabía plantear con éxito la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley singular.

Este primer planteamiento de la jurisprudencia constitucional no fue aceptado de manera generalizada. Con anterioridad a la sentencia *Rumasa II*, J.R. Parada Vázquez (1983) había destacado que la expropiación legislativa alteraba las garantías jurídicas generales, “*previas y posteriores*”, frente al acto del poder público, es decir, los “*derechos a un procedimiento previo y de recurso judicial*”⁶⁵³. En

⁶⁵³ José Ramón Parada Vázquez, “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), vol II, 1152.

la misma sentencia, el magistrado F. Rubio Llorente (1986), en su voto particular, había discrepado de la decisión mayoritaria del TC al entender que la tutela judicial exigida frente a toda expropiación, no podía considerarse proporcionada por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁵⁴. Y enfrentado ya directamente a la postura del TC y aun al criterio dominante en la doctrina española, G. Ariño Ortiz (1989) consideró que la generalidad y abstracción eran esenciales al mismo concepto de ley⁶⁵⁵. También R. Galán Vioque (1997) criticó “*las forzadas interpretaciones constitucionales*” desarrolladas por el TC⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Aseguraba en tal sentido el magistrado Francisco Rubio Llorente que “*ni la jurisdicción constitucional forma parte del poder judicial, ni cabe el recurso de amparo frente a leyes, ni puede reducirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la posibilidad de pedir a un juez o tribunal que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, en términos abstractos basada sólo en dudas que albergue el órgano proponente y sin que exista siquiera la posibilidad de que el autor de la petición (titular del derecho) comparezca ante nosotros en defensa de su tesis*” (caso Rumasa II: voto particular al que se adhirió el magistrado Antonio Truyol Serra).

⁶⁵⁵ Gaspar Ariño Ortiz, “Leyes singulares, leyes de caso único”, *Revista de Administración Pública*, núm. 118 (1989), 68. No obstante, conviene tener en cuenta que el criterio de este autor cuenta con abundantes matices, puesto que el mismo no veía problemas en la aprobación de leyes singulares ampliatorias de la esfera jurídica de los destinatarios, sino exclusivamente en las que conlleven una limitación de tal esfera (*ibidem*, 1, 77) y, además, excluía de la caracterización como leyes singulares incompatibles con el Estado de Derecho las leyes que contienen actos institucionales, ratificación o autorización de tratados internacionales, autorización o aprobación de ciertas decisiones, aprobación de planes, aplicación de reservas formales de ley contenidas en leyes generales, así como las leyes contractuales y las ya citadas leyes de contenido favorable para sus destinatarios (*ibidem*, 74-77). Al final, parece que con tantas exclusiones, el criterio del autor terminaba siendo coincidente con el normalmente asumido por la doctrina, que no implica una configuración institucional limitada del concepto de ley (en el sentido de que ésta deba ser general), pero naturalmente acepta que toda ley ha de respetar los condicionantes constitucionales, que incluyen el principio de igualdad en la ley, elemento que puede desempeñar un importante papel en relación con las leyes singulares, no por proscribirlas, sino por exigir un fundamento razonable de las desigualdades jurídicas que, en su caso, pudieran contener.

⁶⁵⁶ Roberto Galán Vioque, “Rumasa: expropiaciones legislativas y leyes singulares (comentario en torno a las sentencias constitucionales y del TEDH recaídas en este asunto)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 29 (1997), 126-132, donde se ocupaba de la constitucionalidad de las leyes singulares bajo la óptica de los principios de división de poderes y de igualdad, refiriéndose más adelante al control jurisdiccional de las leyes expropiatorias, hasta concluir denunciando los “*excesos hermenéuticos*” en que había incurrido el TC (*ibidem*, 143-146).

No obstante, también ha de destacarse que el criterio de *Rumasa II* fue, en términos generales, aceptado en otros tratamientos doctrinales, sin perjuicio de algunas precisiones. A.J. Porras Nadales (1989), profundizando en las exigencias del principio de igualdad, discurió sobre la justificación de la necesidad objetiva de la ley singular⁶⁵⁷. J.A. Montilla Martos (1994) reconducía el control de constitucionalidad de las leyes singulares a la igualdad y la tutela judicial propugnando el establecimiento de la vía del recurso de amparo constitucional frente a las leyes que afectaran a situaciones jurídicas subjetivas⁶⁵⁸. C. Martínez-Carrasco (1995), desarrolló especialmente los principios de igualdad y proporcionalidad como límites de las leyes singulares, lo que le llevaba a centrar las exigencias en la excepcionalidad del supuesto de hecho determinante de la concreta intervención legislativa⁶⁵⁹. A. Boix Palop (2004) estimó que la doctrina *Rumasa II* era “indudablemente dominante”, llegando a concluir que “el mero carácter singular de una ley no plantea, en sí mismo considerado, objeción constitucional alguna de relevancia”⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Antonio J. Porras Nadales, “La ley singular y el problema del control de su soporte causal (a propósito de la STC 163/1986 de 17 de diciembre)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 30 (1989), 15-17, apreciando también que las leyes de sustancia ejecutiva habrían de conllevar un más intenso control (*ibídem*, 18-19).

⁶⁵⁸ José Antonio Montilla Martos, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español* (Madrid, Civitas, 1994), 215-255, quien consideraba que los límites a las leyes singulares derivaban así, exclusivamente “de principios constitucionales ajenos a la delimitación formal de la ley-fuente del derecho” (*ibídem*, 153), identificando tales límites en: a) el principio de igualdad en la ley, que exige que las diferencias de regulación tengan una justificación razonable; b) la división de poderes, que determina la necesaria sujeción de la ley singular al control de constitucionalidad; y c) el contenido de los derechos fundamentales, que deben ser objeto de regulaciones general (*ibídem*, 153-213).

⁶⁵⁹ Concepción Martínez-Carrasco, *Naturaleza jurídica de las leyes ad hoc* (Madrid, Civitas, 1995), 117-133; previamente la autora había expuesto las características diferenciadoras de las leyes *ad hoc* (*ibídem*, 61-94).

⁶⁶⁰ Andrés Boix Palop, *Las convalidaciones legislativas* (Madrid, Iustel, 2004), 182 y 185, habiéndose ocupado previamente en detalle del régimen constitucional de las leyes singulares (*ibídem*, 145-188).

4. Aplicación a las leyes de declaración de espacios (*casos Manzanares, Ley de Conservación, Es Trenc y Sa Punta de N'amer*)

En todo caso, los planteamientos críticos con la doctrina constitucional del *caso Rumasa II* se trasladaron fácilmente al ámbito de la biodiversidad para destacar la supuesta quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los titulares de los derechos e intereses legítimos afectados por las leyes que declaran espacios naturales protegidos. Varios autores expresaron sus dudas sobre la constitucionalidad de esas leyes por entender que siempre se trataba de leyes singulares o de caso único y, por tanto, inconstitucionales al no ofrecerse la garantía judicial frente a las mismas.

En tal sentido, F. Garrido Falla (1991) dictaminaba que las leyes de declaración de espacios infringían el principio de división de poderes en su vertiente de una novedosa reserva de Administración⁶⁶¹. Por su parte y sucesivamente, A.A. Pérez Andrés (1993) y J.M. Chamorro González (1996) consideraban violados los derechos fundamentales a la garantía judicial y al justo procedimiento para la restricción de los derechos individuales⁶⁶². Se planteaba, así, en el ámbito de la biodiversidad, un problema general del Derecho Público.

⁶⁶¹ Fernando Garrido Falla, "Sobre posible inconstitucionalidad de la Ley 1/1991 del Parlamento de las Islas Baleares (La reserva del ejecutivo)", *Revista de Administración Pública*, núm. 126 (1991). Cabe recordar que la existencia de una reserva de Administración en nuestro sistema constitucional es cuestión que únicamente se había suscitado con carácter general al hilo de algunos planteamientos de Derecho Comparado: en relación con ciertos elementos del ordenamiento francés, véanse las consideraciones de Silvia del Saz, "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", en Carmen Chinchilla, Blanca Lozano y Silvia del Saz, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios* (Madrid, Civitas, 1992), 174; para el análisis de la doctrina alemana, con importantes planteamientos dogmáticos, véase Antonio Embid Irujo, "La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana", *Revista de Administración Pública*, núm. 115 (1988), 415.

⁶⁶² Antonio A. Pérez Andrés, "Las tensiones originadas por la nueva ordenación de los espacios naturales protegidos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16 (1993), 104; Jesús M^a Chamorro González, "La declaración de los espacios naturales y la STC 163/1995", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 27 (1996), 176.

En la jurisprudencia constitucional directamente referida a los espacios naturales protegidos no encontramos un rechazo de las leyes de declaración de los mismos. Antes bien, cuantas veces se ha planteado la cuestión ante el TC éste ha evitado considerarlas inconstitucionales imponiendo interpretaciones del orden jurídico general que evitaran las desigualdades en su aplicación.

Así, en el *caso Manzanares* (1989)⁶⁶³, suscitado el problema de si se producía indefensión de los afectados por privarles de las garantías a la audiencia previa y a la reacción judicial frente al cuadro de limitaciones, vinculaciones y prohibiciones directamente aplicable a las propiedades afectadas por la ley madrileña de declaración del parque regional, el TC consideró que no se había producido una expropiación *ope legis*⁶⁶⁴. De manera que no se planteaba si era admisible la ley para declarar el parque regional, esto es, si concurrían en ella las características de una ley singular que sólo en circunstancias excepcionales cabría aprobar. El TC parecía admitir que la ley no dejaba de ser válida por el hecho de aplicarse a un ámbito territorial limitado en el que establecía el estatuto del derecho de propiedad. De ahí que procediera directamente a calificar si el régimen jurídico contenido en la misma constituía una privación singular de derechos o intereses patrimoniales, esto es, una expropiación legal que hubiera de ser rodeada de las garantías expropiatorias,

⁶⁶³ STC de 19 octubre 1989, recurso inconstitucionalidad, ponente: Miguel Rodríguez-Piñero, *caso Manzanares* (ECLI:ES:TC:1989:170).

⁶⁶⁴ Se lee en la STC de 19 octubre 1989 (*caso Manzanares*); *"Ahora bien, de la lectura de los citados preceptos no puede extraerse la conclusión de que exista una privación de propiedad alguna de los terrenos incluidos en el parque regional, o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable, por lo que no existe medida ablatoria del derecho de propiedad. La ley realiza, eso sí, una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que... no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger. No cabe duda, por otra parte, que si las exigencias que impone la protección de los espacios naturales llevaran al poder público a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería obviamente sujeta a la legislación vigente en materia de expropiación; y lo mismo ha de decirse en relación con cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños que aunque legítimos deban ser objeto de resarcimiento."* (F) 8).

derivando de la respuesta negativa a ese interrogante el rechazo de la violación de los derechos fundamentales al justo procedimiento y a la tutela judicial efectiva.

Una postura similar se advierte también en el *caso Ley de Conservación* (1995)⁶⁶⁵, donde se aseguraba, primero, que *“la declaración de que un espacio natural merece la protección... es un acto netamente ejecutivo que consiste en aplicar la legalidad, individualizándola y, por tanto, es también un acto materialmente administrativo”* (FJ 18), pero, después, se evitaba el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la ley (ley-acto habría que decir conforme al pronunciamiento previo) por la que se declara un espacio natural protegido, pues *“cualquiera que fuere la naturaleza intrínseca de las leyes con un objeto singular o un sujeto individualizado”*, se consideró que *“la declaración de que un determinado espacio natural reviste las características para ser considerado parque nacional no se agota con tal declaración sino que conlleva el sometimiento a un régimen jurídico especial para una protección más intensa”* (FJ 21).

La impresión vuelve a ser la misma que la producida en el caso anterior: el TC implícitamente estaba rechazando la invalidez de las leyes que declaran espacios naturales protegidos, pues estimaba que éstas pueden establecer *“un régimen jurídico especial”* en un determinado ámbito territorial. El razonamiento resulta oscurecido en el *caso de la Ley de Conservación* por la previa calificación de la declaración de espacio natural protegido como *“un acto materialmente administrativo”*, calificación que se había realizado a efectos de incluir tal declaración entre las competencias meramente ejecutivas que en materia de medio ambiente correspondían entonces a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, sería incompatible con la naturaleza de un acto administrativo el que éste contuviera un régimen jurídico aplicable con vocación de permanencia, dado que ésa

⁶⁶⁵ STC de 26 junio 1995, recurso de inconstitucionalidad, ponente: Rafael de Mendizábal Allende, voto particular del mismo ponente, *caso Ley de Conservación* (ECLI:ES:TC:1995:102).

es precisamente la característica de la norma jurídica: su no agotamiento en la ejecución, es decir, su inserción en el ordenamiento jurídico para regular los supuestos de hecho que contempla.

En el *caso Es Trenc* (1997)⁶⁶⁶ el problema de la ley singular fue planteado directamente ante el TC siguiendo los planteamientos que se habían suscitado en el ya citado dictamen de F. Garrido Falla⁶⁶⁷. Pero también en esta ocasión se rechazaron las supuestas violaciones del principio de igualdad y de las garantías constitucionalmente previstas para la expropiación forzosa al estimarse que tales violaciones habían sido formuladas “*en términos genéricos y ambiguos que dificultan su cabal comprensión*”. Así, en relación con la denuncia de vulneración del derecho a la igualdad “*no se aporta término idóneo de alteración no razonable del régimen general aplicable a los espacios naturales protegidos*”.

Como estamos viendo, el problema de la ley singular en relación con los espacios naturales protegidos quedaba, en realidad, soslayado en la jurisprudencia que estamos examinando. En el *caso Manzanares* la singularidad se vinculaba al carácter expropiatorio, que se negaba para la ley del parque regional. En el *caso Ley de Conservación* se excluía el carácter singular de las leyes de declaración de espacios naturales protegidos, dado que establecían un régimen normativo especial para un ámbito territorial delimitado, aunque contradictoriamente se había afirmado antes, a efectos de distribución de competencias, que tales leyes eran materialmente de contenido administrativo. Y en el *caso Es Trenc* se eludía el examen de la violación del principio de igualdad al no haberse planteado

⁶⁶⁶ STC de 13 febrero 1997, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Fernando García-Mon, *caso Es Trenc* (ECLI:ES:TC:1997:28).

⁶⁶⁷ F. Garrido Falla (1991). En contra de los criterios del dictamen, véase César Ciriano Vela, “El concepto de ley en el Derecho español actual (A propósito de la Ley 1/1991 del Parlamento balear, sobre espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección, ¿un caso de ley singular?)”, en Fernando López Ramón (dir.), *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos* (Zaragoza, Kronos, 1995), 164.

un adecuado término de comparación. Cabía, por tanto, pensar que la doctrina del *caso Rumasa II* había quedado de alguna manera olvidada o pendiente de confirmación.

El *caso Sa Punta de N'amer* (2000)⁶⁶⁸ sirvió para resolver esas dudas: tras negar la existencia de un reserva reglamentaria en nuestro sistema constitucional y destacar que la ley que protegía el área natural aplicaba una regulación general de la materia, el TC añadía que para la defensa frente a eventuales violaciones constitucionales estaba disponible la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁶⁹.

Por tanto, *Rumasa II* estaba todavía bien vivo al persistir el criterio de que la garantía judicial del afectado por una ley singular quedaba adecuadamente proporcionada por la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, si ese planteamiento ciertamente permitía admitir las leyes de declaración de espacios naturales, el mismo mostraba su alcance problemático al aplicarse a las leyes de supresión, desprotección o desclasificación (término este que aquí emplearemos) de los espacios.

5. La sorprendente respuesta ante una ley de desclasificación (caso Itoiz)

Una de las grandes cuestiones que afronta la protección del medio ambiente, en general y particularmente en la conservación de la biodiversidad, es la facilidad con la que el poder público puede adoptar políticas regresivas. En el diseño de las mismas, la potestad legislativa puede ser un elemento perversamente útil, pues al ofrecer vías limitadas de oposición y control cabe usarla con la finalidad

⁶⁶⁸ STC de 19 octubre 2000, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Tomás S. Vives Antón, *caso Sa Punta de N'amer* (ECLI:ES:TC:2000:248).

⁶⁶⁹ Se aseguraba en la STC de 19 octubre 2000 (*caso Sa Punta de Namer*) que “nuestro modelo de jurisdicción concentrada permite acudir a los jueces y tribunales ordinarios para defender cualquier clase de derechos e intereses legítimos y pone a disposición de estos un instrumento, la cuestión de inconstitucionalidad, destinado a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites de la Constitución.” (F) 5).

de imponer libremente la misma regresión. Ello va a justificar que consideremos requeridas de una particular justificación a las leyes que desclasifican total o parcialmente un espacio natural protegido.

Sin embargo, en el *caso Itoiz* (2000)⁶⁷⁰, fue lamentable y criticablemente desaprovechada la primera ocasión que se presentó de evitar la desclasificación de unos espacios protegidos. La Audiencia Nacional planteaba cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 9/1996 que, al modificar los límites de la zona de protección de unas reservas naturales, impedía ejecutar la sentencia que había anulado el proyecto del embalse de Itoiz precisamente en la parte que afectaba a la zona de protección anteriormente delimitada. El supuesto parecía encajar perfectamente entre las modalidades de las leyes de caso único dado que su objeto concreto quedaba directamente agotado y, por tanto, ejecutado con la exclusión de determinados territorios de las zonas protegidas. Por añadidura, tanto las declaraciones del Gobierno de Navarra como los antecedentes parlamentarios y la misma exposición de motivos de la ley abonaban la tesis de que el legislador autonómico había procedido a reformar los límites de las zonas protegidas con la exclusiva finalidad de evitar la ejecución de la sentencia que impedía parcialmente la realización del embalse proyectado (y ya construido, por cierto, de manera que en ejecución de sentencia hubiera debido de demolerse en la parte que afectaba a las zonas protegidas)⁶⁷¹. Parecía, pues, un “*caso de libro*” de desconocimiento del derecho a

⁶⁷⁰ STC de 14 marzo 2000, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Julio D. González Campos, *caso Itoiz* (ECLI:ES:TC:2000:73).

⁶⁷¹ En realidad la modificación de la zona de protección de las reservas naturales fue llevada a cabo por la Ley Foral 9/1996 antes de que se produjera sentencia firme sobre el proyecto de embalse. Tal proyecto era del año 1990 y había sido anulado por SAN de 29 septiembre 1995, que fue objeto de recurso de casación parcialmente estimado en STS de 14 julio 1997. Pero con independencia de esos datos, la modificación de los linderos de las reservas naturales fue realizada “*por la trascendencia que esta cuestión ha suscitado recientemente en relación con la construcción del embalse de Itoiz*”, según se decía en la exposición de motivos de la Ley Foral 9/1996; de manera que el legislador navarro previno anticipadamente una sentencia firme condenatoria y procedió a imposibilitar su ejecución modificando las zonas protegidas.

la tutela judicial efectiva, uno de cuyos contenidos esenciales es el derecho a la ejecución de las sentencias.

No fue así, ya que el TC rechazó caracterizar a la Ley Foral 9/1996 como una ley de caso único dictada con la finalidad de evitar la ejecución de una sentencia judicial. Se afirmó sorprendentemente que dicha ley contenía *“una regulación de carácter no sólo formalmente general, sino que ése es su carácter intrínseco en atención a su contenido”*, dado que *“su objeto es el de establecer un régimen general de protección ambiental de los espacios naturales de la Comunidad Foral de Navarra”* (FJ 5). Y, en efecto, la Ley Foral 9/1996 estableció el régimen general todavía vigente de conservación de la naturaleza en Navarra, solo que dentro de ese régimen general se procedió a modificar los linderos previamente establecidos de las zonas protegidas que resultaban afectadas por el embalse de Itoiz. El TC consideró irrelevante *“que tanto las declaraciones de ciertos representantes políticos como las iniciativas parlamentarias emprendidas por estos... evidencian que la finalidad principal de la Ley Foral 9/1996 fue la de impedir la ejecución de la sentencia”*, puesto que tales manifestaciones *“pertenecen al ámbito del debate y las opciones políticas”*. La irrelevancia del motivo de la ley siguió manteniéndose aun después de constatar que el mismo determinó la opción legislativa, ya que se trataba de *“un hecho notorio... que el legislador ha estimado que no podía silenciar al establecer un nuevo régimen general de protección de los espacios naturales de Navarra”* (FJ 6).

Descartada la arbitrariedad en la ley foral, se rechazó asimismo la violación del derecho a la ejecución de las sentencias al entenderse que la imposibilidad de ejecutar el fallo era *“una circunstancia sobrevenida”* que derivaba de la lícita modificación de la normativa aplicable (FJ 9)⁶⁷². En definitiva, se sostuvo que *“nos encontramos ante*

⁶⁷² La argumentación del caso Itoiz resulta llamativa, en especial cuando el TC considera que el interés tutelado por el fallo anulatorio del TS era *“garantizar la existencia de zonas periféricas de protección en las reservas naturales”*, interés que *“coincide en lo sustancial”* con *“el interés general encarnado en el régimen de las zonas periféricas de protección que ha establecido la Ley*

una regulación que es no sólo formalmente sino intrínsecamente general y no ante una regulación ad casum del legislador” (FJ 15).

El respeto por la trayectoria del TC no puede evitar que en este caso manifestemos la más rotunda discrepancia tanto de la argumentación como de la conclusión obtenida en el *caso Itoiz*. La Ley Foral 9/1996 era y es sin duda una ley general, pero incluyó dentro de ella una previsión que tenía el exclusivo objeto de evitar la ejecución de una sentencia, como paladinamente se expresaba, no sólo en los antecedentes parlamentarios, sino en el mismo preámbulo de la norma. En relación con las reservas naturales afectadas por el embalse de Itoiz era una ley de caso único a la que debía de haberse exigido la justificación de que la alteración de los límites protegidos era debida a las necesidades de protección de las reservas o al menos a la concurrencia de intereses públicos superiores no consistentes simplemente en el mantenimiento a ultranza de la obra pública.

En la propia argumentación de *Itoiz*, el TC trató de explicar la conservación del embalse con apoyo en la normativa autonómica que, tanto antes como después de la anulación judicial del proyecto, permitía autorizar dentro de la zona protegida la realización de infraestructuras declaradas de interés general o de utilidad pública (FJ 14). Sin embargo, el hecho cierto es que no se siguió esa posibilidad establecida con carácter general. De haberse hecho así, esto es, de haberse autorizado en vía administrativa la construcción del embalse en las zonas protegidas, habría sido posible a los interesados entablar el correspondiente recurso contencioso-administrativo a fin de controlar el ejercicio de la potestad. Se excluyó tal posibilidad al seguirse una vía ciertamente torticera: la

Foral 9/1996... pues uno y otro interés radican en la necesidad de que exista una zona periférica de protección de las tres reservas naturales afectadas por la construcción del embalse de Itoiz” (FJ 13). Parece, así, que cualquier zona llamada periférica habría de cumplir funciones tutelares.

modificación por ley de los límites de las zonas protegidas con el objetivo de evitar la garantía del control judicial.

El *caso Itoiz* no es más que un ejemplo de una conducta extendida entre nuestros poderes ejecutivos y administrativos especialmente en el ámbito del urbanismo. Viene siendo frecuente, en efecto, la aprobación de modificaciones de los planes urbanísticos, tanto con la finalidad exclusiva de facilitar concretos aprovechamientos no previstos en los mismos, como para imposibilitar la ejecución de sentencias que anulan actuaciones urbanísticas ilegales. Frente a ello, en la jurisprudencia contencioso-administrativa se advierten líneas claramente opuestas a tales modificaciones del planeamiento, esto es, de la norma jurídica aplicable⁶⁷³. Pues bien, en el *caso Itoiz* la intervención de la ley singular para evitar la ejecución de la sentencia impidió el control jurisdiccional que podía haberse desarrollado conforme a esos planteamientos⁶⁷⁴.

⁶⁷³ En la jurisprudencia contencioso-administrativa cabe constatar, de una parte, la tesis que impone la anulación de esas modificaciones del planeamiento por apreciar en las mismas el vicio de desviación de poder, salvo cuando se demuestre la concurrencia de específicas circunstancias de interés público determinantes de la alteración del planeamiento (SSTS de 12 noviembre y 26 diciembre 2001 y de 17 febrero 2003), y de otra parte, una progresiva y saludable tendencia a considerar que *“el tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia”* (SSTS de 23 julio 1998 y 30 enero 2001), exigiéndose incluso a la Administración, cuando la modificación del planeamiento urbanístico incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales por sentencia firme, *“demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico”* (SSTS de 5 abril 2001, 10 diciembre 2003 y 4 mayo 2004).

⁶⁷⁴ El problema suscitado es de envergadura. En relación con él, en la doctrina se había ido asentando la tesis que estima necesario condicionar el cese de los efectos de la declaración tutelar a la existencia de circunstancias objetivas de degradación de la naturaleza imposibles de remediar, al considerar la declaración de un espacio natural protegido como una aplicación del principio constitucional de protección del medio ambiente. Y esos planteamientos tuvieron acogida, primero, por parte de algunos legisladores autonómicos (Canarias, 1994; Extremadura, 1998; Castilla-La Mancha, 1999; Galicia, 2001) y finalmente, por parte del legislador básico estatal (LS 2007: art. 13.4; actualmente, TRLS, 2015: art. 13.3; y en términos iguales, Ley del Patrimonio Natural, 2007: arts. 48 y 51.1): *“sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada”*. Obsérvese que, al tratarse de normas básicas, estos requisitos operan tanto en

De cualquier forma, la doctrina *Itoiz* fue confirmada en la STEDH de 27 abril 2004 (*caso Gorraiz Lizarraga*), que mostró una considerable indiferencia hacia los intereses ambientales al estimar preferente el mantenimiento de la obra pública, que sorprendentemente se identificaba con los intereses generales relacionados con el urbanismo y la ordenación del territorio⁶⁷⁵.

La doctrina constitucional aplicada fue, en realidad, la culminación de las débiles exigencias establecidas en *Rumasa II* para las leyes singulares. Si tal debilidad había servido para legitimar las declaraciones de espacios en *Manzanares*, *Ley de Conservación*, *Es Trenc y Sa Punta de N'amer*, también había podido emplearse despreocupadamente para amparar la desclasificación de las reservas naturales en *Itoiz* bajo la cobertura de una regulación general de la materia. Y es que una garantía judicial limitada al control de constitucionalidad deja amplios márgenes de arbitrariedad al poder público.

6. La nueva doctrina constitucional de las leyes singulares (*caso Parlamento de Canarias*)

La doctrina *Rumasa II* mantuvo su vigencia durante casi veinte años, hasta el *caso Parlamento de Canarias* (2005)⁶⁷⁶, que estableció un

los supuestos de declaración administrativa de los espacios naturales protegidos como en los de declaración de los mismos por leyes especiales, y ora sean las declaraciones del Estado ora de las Comunidades Autónomas. Para un tratamiento más amplio de la cuestión, me permito remitir a Fernando López Ramón, "El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20 (2011).

⁶⁷⁵ Véase el análisis crítico de Rafael Fernández Valverde, "La presa de Itoiz o el comienzo de una historia interminable de validaciones legislativas (STC 73/2000, de 14 de marzo y STEDH de 27 de abril de 2004)", en Eduardo García de Enterría y Enrique Alonso García (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Madrid, Civitas, 2012). Para un estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre los límites de las convalidaciones legislativas, véase A. Boix Palop (2004), 60-70 y 185-186, quien también trata críticamente del *caso Itoiz*.

⁶⁷⁶ STC 3 marzo 2005, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: M^a Emilia Casas Baamonde, *caso Parlamento de Canarias* (ECLI:ES:TC:2005:48).

nuevo parámetro en la garantía judicial comprometida por leyes singulares. Así, frente a la postura que consideraba salvaguardado el derecho a la tutela judicial por la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el TC estableció el *criterio de la garantía equivalente a la judicial* contra la ley singular expropiatoria⁶⁷⁷.

Se declaró, así, inconstitucional la ley que imponía la expropiación de dos fincas (necesidad de ocupación) para ampliar el edificio parlamentario sin justificar las razones determinantes de su elección entre las diversas fincas colindantes con el mismo, ya que “*el legislador autonómico disponía de una pluralidad de edificios que, al encontrarse en una misma manzana edificatoria, parecían igualmente idóneos, al menos a primera vista, para conseguir hacer efectiva la ampliación de la sede parlamentaria*” (FJ 8).

El problema podría haberse enfocado más sencillamente advirtiendo que la ley en cuestión había rebasado el límite establecido en la legislación general expropiatoria, que incluye una reserva de ley para la declaración de utilidad pública de la expropiación de inmuebles (LEF: art. 11), pero sin incluir la identificación de los concretos inmuebles afectados, cuya determinación corresponde a la fase de declaración de la necesidad de ocupación (LEF: art. 15). Es decir, el legislador canario, probablemente considerando evidente que la ampliación de su sede debía hacerse por las fincas afectadas, literalmente, declaró de utilidad pública su concreta adquisición, lo que equivalía a adoptar el acuerdo de necesidad de ocupación en la misma ley sin explicar las razones de su elección ni dar margen para referir la expropiación, alternativamente, a otras fincas colindantes. El TC consideró que así se infringía el derecho

⁶⁷⁷ Se afirmaba en la STC 3 marzo 2005 (caso Parlamento de Canarias) que “*un acto legislativo expropiatorio solo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un juez de lo Contencioso*” (FJ 6).

a la tutela judicial de los expropiados, que no tuvieron la oportunidad de exigir el control judicial de la necesidad de ocupación de sus propiedades⁶⁷⁸.

En todo caso, en la doctrina se destacó inmediatamente la gran novedad de la sentencia del *caso Parlamento de Canarias*, aunque, como viene siendo habitual, el TC se empeñara, en palabras de F. Rey Martínez (2007), en “*camuflar sus cambios de interpretación, como si fueran un simple continuación de doctrinas anteriores*”⁶⁷⁹. El giro con respecto a la doctrina *Rumasa II* era muy significativo, pues como resaltó J. Ortega Bernardo (2007), la cuestión no era ya si la ley singular disminuía el acceso a la justicia y si tal disminución estaba justificada, sino en qué medida decisiones materialmente administrativas adoptadas por ley pueden ser controladas por el TC con el mismo nivel de tutela material que cuando se controlan por los jueces y tribunales⁶⁸⁰. La misma autora sostuvo que, de esta manera, el derecho fundamental a la tutela judicial “*supone un*

⁶⁷⁸ En realidad, la STC del *caso Parlamento de Canarias*, bien entendida, no impedía seguir con la expropiación de los inmuebles en cuestión, puesto que el TC se cuidó de precisar que “*la declaración de utilidad pública de las obras de ampliación de la sede parlamentaria resulta plenamente constitucional*” (FJ 7), limitando la declaración de inconstitucionalidad al “*artículo primero de la Ley canaria, en la medida en que determina la concreta necesidad de ocupación de los edificios*”. Por tanto, la Mesa del Parlamento, siguiendo los trámites previstos en la legislación general expropiatoria, hubiera podido concretar la genérica declaración de utilidad pública de la ampliación de su sede en los concretos inmuebles que considerara necesarios a tal fin. Naturalmente, ese acuerdo habría sido susceptible de recurso contencioso-administrativo al tratarse de un acto parlamentario materialmente administrativo. En la práctica, sin embargo, la pasividad de los órganos parlamentarios determinó que el TSJ de Canarias anulara los acuerdos expropiatorios, ordenando la devolución de los bienes expropiados y la indemnización de los daños causados (ECLI:ES:TSJICAN:2005:3472-3488-3725). Posteriormente, como ya se habían ocupado los bienes y realizado las obras de ampliación del edificio parlamentario, el TSJCAN declaró la imposibilidad material de ejecución de su propias sentencias en autos 78/2014, de 16 abril y 212/2014, de 28 octubre, que se citan en la respuesta del Gobierno canario a una pregunta parlamentaria (9L/PE-0177, BOPC, núm. 167, de 23/12/2015).

⁶⁷⁹ Fernando Rey Martínez, “El nuevo criterio de ‘la tutela materialmente equivalente’ en relación con las expropiaciones legislativas (la STC 48/2005)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19 (2007), 409.

⁶⁸⁰ Julia Ortega Bernardo, “Límites constitucionales en la adopción por ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación del Parlamento de Canarias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172 (2007), 294. Para la autora “*es indudablemente más efectiva la tutela judicial cuando se trata*

claro límite al legislador exigiéndole que no proceda a sustituir sin justificación la actividad administrativa en supuestos en los que no es posible controlar plenamente su decisión”; y esto, “por mucho que cueste afirmarlo, es reconocer un espacio reservado a la actividad de la Administración”⁶⁸¹.

7. Una interesante perspectiva europea (casos *Boxus* y *Solvay*)

Afirmada, en el caso *Parlamento de Canarias*, la inconstitucionalidad de la ley singular que impidiera la garantía judicial, poco tiempo después un asunto europeo iba a relanzar la cuestión al suscitar la necesidad de controlar las leyes singulares que infringieran el Derecho de la Unión. En el caso *Boxus* (2011)⁶⁸², cuyos planteamientos se reiterarían en el caso *Solvay* (2012)⁶⁸³, el TJUE tuvo ocasión de incidir en el alcance y control del poder legislativo cuando adopta proyectos de obras o actuaciones que presentan relevancia ambiental. Se ofrecía, así, una importante vía de juridificación de las leyes de convalidación de variadas obras y actividades, que frecuentemente conllevan la rebaja de los niveles de protección ambiental.

En el origen del supuesto nos encontrábamos ante un acto legislativo del Parlamento valón por el que se ratificaron las autorizaciones administrativas de diversas obras públicas que habían sido impugnadas ante el Consejo de Estado belga. De esta manera se pretendía dejar sin contenido los recursos, que ya no procederían contra el acto legislativo, evitándose además la necesidad de seguir el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de acuerdo con la excepción relativa a los proyectos aprobados por acto legislativo que figura en la Directiva EIA⁶⁸⁴. Sin embargo, el

de un control jurisdiccional (sobre un acto administrativo) que de un control constitucional (sobre una ley)” (ibídem, 298).

⁶⁸¹ J. Ortega Bernardo (*ibídem*, 304).

⁶⁸² STJUE de 18 octubre 2011, asunto C-128/09, caso *Boxus* (ECLI:EU:C:2011:667).

⁶⁸³ STJUE de 16 febrero 2012, asunto C-182/10, caso *Solvay* (ECLI:EU:C:2012:82).

⁶⁸⁴ Directiva 85/337/CEE (art. 1.5), derogada por la Directiva 2011/92/UE, que es el texto vigente sobre evaluación de impacto ambiental (con modificaciones posteriores).

citado Consejo de Estado planteó decisiones prejudiciales sobre la compatibilidad de tal tipo de actuaciones con las exigencias de la citada Directiva y con el derecho de acceso a la justicia establecido en el Convenio de Aarhus (aprobado por la Comunidad Europea en 2005).

La respuesta previsible del TJUE podía considerarse en cierta medida adelantada en los casos *WWF* y *Linster*⁶⁸⁵, que habían precisado los requisitos para exceptuar de evaluación de impacto ambiental los proyectos aprobados por actos legislativos y el derecho de los particulares a alegar ante los órganos judiciales las violaciones de la directiva por parte de cualesquiera autoridades estatales. Esos precedentes se reiteraron en el caso *Boxus*⁶⁸⁶. Sin embargo, su planteamiento fue más lejos al incidir en el espinoso tema de la posición de los tribunales estatales ante las leyes que infringen las exigencias del ordenamiento europeo. Para el TJUE, frente a las decisiones, acciones u omisiones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Aarhus o de la Directiva 85/337, “*los Estados deben contemplar la posibilidad de un recurso que permita impugnar, ante un tribunal de justicia u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley, la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento*”.

⁶⁸⁵ STJUE de 16 septiembre 1999, asunto C-437/97, caso *WWF* (ECLI:EU:C:1999:418); STJUE de 19 septiembre 2000, asunto C-287/98, caso *Linster* (ECLI:EU:C:2000:468).

⁶⁸⁶ La primera cuestión que se planteaba en *Boxus*, al igual que en los casos precedentes, era la relativa a cómo ha de interpretarse la exclusión de EIA de los proyectos adoptados por actos legislativos nacionales. Conforme a los términos de la Directiva EIA, la Gran Sala de Luxemburgo identificó dos requisitos para que procediera la excepción: a) que mediante el acto legislativo se haya adoptado un proyecto detallado donde se incluyan todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente; y b) que a través del procedimiento legislativo se alcancen los objetivos de la Directiva, de manera que el legislador haya podido disponer en el momento de aprobar el proyecto de información suficiente relativa a la descripción del mismo (emplazamiento, diseño y tamaño) y a las medidas previstas para evitar, reducir y, en su caso, compensar los efectos adversos significativos sobre el medio ambiente. La excepción expresa, pues, una lógica deferencia hacia las especialidades del procedimiento legislativo, pero siempre que sustancialmente por medio de éste se garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva.

Ciertamente se reconoció en la sentencia que los Estados miembros disponen de un margen de maniobra para determinar el órgano jurisdiccional o independiente e imparcial competente en estos casos y los correspondientes cauces procesales, pero el Convenio de Aarhus y la Directiva 85/337 “*perderían todo efecto útil*” si la adopción de un proyecto por ley lo sustrajera de todo control jurídico. Por tanto en el supuesto de que no exista recurso alguno “*de la naturaleza y alcance indicados*”, deduce el TJUE, “*correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese del asunto ejercer el control descrito y sacar las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo*”.

La trascendencia de la doctrina es grande. Hasta su formulación, el principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba al juez estatal a dejar sin aplicación toda disposición de la ley nacional, incluso del mismo texto constitucional, contraria al citado Derecho de la Unión. Así ha venido imponiéndose, al menos, desde los *casos Simmenthal* (1978) y *Factortame* (1990), cuya doctrina está reiterada, por ejemplo, en el caso *Winner Wetten* (2010)⁶⁸⁷. La novedad del caso *Boxus* (2011) deriva de la circunstancia de que la violación del Derecho de la Unión pudiera estar consumada directamente por la propia ley estatal que autoriza o legaliza la realización de una obra con violación de las exigencias (EIA en el caso) establecidas en el Derecho de la Unión. En tal supuesto, contra el propio acto legislativo, insistimos, correspondería “*a cualquier órgano jurisdiccional que conociese del asunto*” ejercer el control de la ley implicada. Se exige, pues, la posibilidad de un pleno control jurisdiccional de las leyes que aprueben proyectos de trascendencia ambiental, a fin de

⁶⁸⁷ STJUE de 9 marzo 1978, asunto C-106/77, *caso Simmenthal* (ECLI:EU:C:1978:49); STJUE 19 junio 1990, asunto C-213/89, *caso Factortame* (ECLI:EU:C:1990:257); STJUE de 8 septiembre 2010, asunto C-409/06, *caso Winner Wetten* (ECLI:EU:C:2010:503).

comprobar si éstas cumplen con los requisitos de fondo y forma aplicables para la toma de las correspondientes decisiones⁶⁸⁸.

8. Aplicación frente a leyes singulares de regresión ambiental (casos *Santovenia de Pisuegra*, *Ciudad del Medio Ambiente y Fuentes Carrionas*)

En todo caso, la posterior jurisprudencia del TC español ha reafirmado plenamente el cambio de rumbo que, con respecto a *Rumasa II* (1986) e *Itoiz* (2000), había supuesto *Parlamento de Canarias* (2005). En tres relevantes sentencias se intentó poner fin a la práctica, habitual en algunas experiencias, de emplear la vía legislativa para superar fracasos judiciales del ejecutivo. Los tres supuestos estaban, en efecto, relacionados con planteamientos que habían prevalecido en la Comunidad Autónoma de Castilla y León para imponer concretamente una instalación de tratamiento de residuos, una urbanización y una estación de esquí alpino, todos ellos en suelos no urbanizables de distintas categorías.

En el caso *Santovenia de Pisuegra* (2013)⁶⁸⁹ el TC declaró inconstitucional la reserva de ley establecida en la legislación de ordenación del territorio de Castilla y León para aprobar los “*proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés*”, figura que era aplicada al proyecto de Santovenia en la misma ley. Aunque el TC empezaba recordando la doctrina del caso *Rumasa* y rechazaba la reserva constitucional de Administración, el cambio de doctrina adelantado en *Parlamento de Canarias* resultaba paladino. En efecto, se aseguraba

⁶⁸⁸ Ninguna previsión contiene el ordenamiento español sobre el particular. Las vías de control de la constitucionalidad de las leyes resultan insuficientes puesto que no cumplen con las más amplias exigencias de legitimación y motivos de impugnación establecidos en el Convenio de Aarhus y la Directiva EIA. Véanse las sugerentes observaciones y propuestas sobre las posibles vías de recurso judicial contra leyes singulares, de René J. Santamaría Arinas, “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193 (2014), 190-192.

⁶⁸⁹ STC de 4 junio 2013, recurso de inconstitucionalidad, ponente: M^a Encarnación Roca Trías, caso *Santovenia de Pisuegra* (ECLI:ES:TC:2013:129).

que la cuestión de inconstitucionalidad no satisface el derecho a la tutela judicial de los titulares de derechos e intereses afectados por la ley autoaplicativa, pues, por un lado, su planteamiento es una prerrogativa del juez y no un derecho del justiciable y, por otro lado, la intensidad del control que puede llevar a cabo el TC no equivale al que pueden ejercer los tribunales contencioso-administrativos⁶⁹⁰. Constatada la vulneración del art. 24 Const. por la aprobación del proyecto de Santovenia, también se consideró inconstitucional la reserva de ley que amparaba esa declaración, que “*no constituye un ejercicio normal de la potestad legislativa*”⁶⁹¹.

En el *caso Ciudad del Medio Ambiente* (2013)⁶⁹², se planteaba un supuesto que cabe considerar límite de la ley singular, pues se trataba de una ley que contenía la ordenación urbanística completa de un ámbito, lo que la aproximaba a la figura del plan regional prevista en la legislación general de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma. No se autorizaba simplemente una obra más o menos compleja, como sucedía en el *caso Santovenia*, sino que se planificaba en la misma ley una actuación urbanística, reclassificando el suelo afectado, estableciendo los sistemas generales, los equipamientos y los demás aspectos con el grado de detalle que cabría observar en un plan parcial. No era, por tanto ni una

⁶⁹⁰ Hay coincidencia casi literal con los argumentos expresados en el voto particular de Francisco Rubio Llorente en el *caso Rumasa II* (1986) Por cierto, el hecho de que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sea una prerrogativa del juez no parece significativo a efectos de negar la garantía que para el ciudadano implica. En tal sentido, cabe destacar que la eventual negativa del juez, aunque no sea susceptible de recurso procesal, no impide el sucesivo planteamiento de la cuestión en el mismo proceso y en los diferentes grados o instancias, que pudieran comprender un recurso de amparo requiriendo del TC la autopresentación de la cuestión de inconstitucionalidad.

⁶⁹¹ Cabe informar que posteriormente, tras seguir el correspondiente procedimiento administrativo, el proyecto regional del centro de eliminación de residuos de Santovenia de Pisuerga fue aprobado por Decreto de la Junta de Castilla y León 8/2015, de 22 enero (BOCYL de 23/01/2015), habiéndose desestimado el recurso contencioso-administrativo seguido contra el mismo por STSJCL de 14 junio 2016 (ECLI:ES:TSJCL:2016:2729), confirmada en casación por STS de 11 diciembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4361).

⁶⁹² STC de 5 diciembre 2013, recurso de inconstitucionalidad, ponente: M^a Encarnación Roca Trías, *caso Ciudad del Medio Ambiente* (ECLI:ES:TC:2013:203).

ley autoaplicativa ni una ley de destinatario único, pues “*tiene por objeto la regulación de los usos de determinados terrenos y por destinatario a todos aquellos afectados por el planeamiento, sin perjuicio de que tenga un ámbito territorial de aplicación determinado*”. No obstante, la ley se consideró una ley singular porque había sido dictada “*en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agota su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida adoptada por el legislador ante ese supuesto de hecho*” (FJ 3).

¿No hay una contradicción en el razonamiento del TC que, primero, reclama el carácter ordenador o regulador de la ley en un determinado ámbito territorial y, a continuación, considera que es una ley singular? Lo más llamativo es que, para llegar a esa conclusión, el TC emplea los debates parlamentarios y la exposición de motivos de la ley controvertida, justamente los dos elementos que, como se recordará, había considerado proscritos para acreditar la singularidad del supuesto de hecho en el *caso Itoiz* (2000), entonces con el curioso argumento de que “*pertenecen al ámbito del debate y las opciones políticas*”.

Bien está, en todo caso, la ampliación de los medios probatorios de la singularidad de la ley, aunque hubiera sido deseable asumir expresamente el criterio como nuevo y probablemente no entusiasmarse demasiado con las declaraciones realizadas en los debates parlamentarios. En *Ciudad del Medio Ambiente*, el carácter de la ley singular parece derivar de la intención del legislador, pues “*cuando la utilización de la ley obedece única y exclusivamente a una situación excepcional, el legislador debe estar sujeto a los mismos límites constitucionales que el resto de leyes singulares*” (FJ 3).

Es decir, la ley es singular porque el legislador la emplea en una situación que el mismo estima excepcional. Y el TC deduce esa intencionalidad del legislador nada menos que de las enérgicas manifestaciones realizadas por la oposición en los debates

parlamentarios, donde se suscitaron problemas de clasificación del suelo, de incremento excesivo de la población o de insuficiencia de la planta potabilizadora. Se trata de problemas que al no haberse podido someter al escrutinio contencioso-administrativo, como sucede con el resto de los planes regionales, terminan determinando la inconstitucionalidad de la ley en la argumentación del TC.

La solución del caso no deja de suscitar dudas. Viene a ser algo así como: la ley es singular porque es excepcional y al serlo rebasa los límites de la ley singular. Si, por añadidura, la excepcionalidad se vincula al nivel de la oposición manifestada en los debates parlamentarios, cabe esperar un incremento de las habitualmente descalificadoras posiciones mantenidas en los mismos⁶⁹³.

Afortunadamente, desde el punto de vista de las leyes que afectan a espacios naturales protegidos, explícitamente en *Ciudad del Medio Ambiente*, se aclara la diferencia percibida con respecto a los casos *Es Trenc* (1997) y *Sa Punta de N'amer* (2000), donde se examinaban leyes de declaración de espacios. Tal diferencia consiste en la inclusión de estas leyes en el régimen general establecido en la materia por la Comunidad Autónoma, de manera que “*el uso de la ley no era excepcional*” (*Ciudad del Medio Ambiente*, 2013, FJ 3).

En el caso *Fuentes Carrionas* (2015)⁶⁹⁴, nos encontramos con una ley aprobada para posibilitar estaciones de esquí en un parque natural tras la anulación judicial de la reforma del planeamiento

⁶⁹³ Para una crítica de la doctrina constitucional de los casos *Santovenia* y *Ciudad del Medio Ambiente*, entendiéndose que la distinción entre leyes autoaplicativas y no autoaplicativas lleva a aplicar “*cánones de constitucionalidad diferentes*”, uno basado en la exigencia del derecho a la tutela judicial y otro centrado en la interdicción de la arbitrariedad, véase Germán Valencia Martín, “La discutible relevancia del concepto de *leyes autoaplicativas* en el examen constitucional de las leyes materialmente administrativas (una crítica metodológica a las sentencias *Santovenia* y *Ciudad del Medio Ambiente*)”, en Luis Arroyo Martínez y otros (coords.), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio* (Madrid, Pons, 2015).

⁶⁹⁴ STC de 5 marzo 2015, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Luis I. Ortega Álvarez, voto particular de inadmisibilidad: Francisco Pérez de los Cobos, Pedro González-Trevijano y Ricardo Enríquez Sancho, caso *Fuentes Carrionas* (ECLI:ES:TC:2015:50).

(PORN) realizada con el mismo objeto. Un caso de convalidación legislativa singular, ya que la ley tenía el mismo contenido que el anulado decreto de modificación del planeamiento aplicable. La ley se declaró inconstitucional al no encontrarse ninguna explicación de la necesidad de la misma convalidación.

Tras estos casos, la nueva jurisprudencia constitucional relativa a las leyes singulares puede considerarse ya definitivamente establecida. Entre los administrativistas parece haber dominado la aceptación de los planteamientos de amplio ámbito e intenso escrutinio hechos valer por el TC⁶⁹⁵, proponiéndose incluso el establecimiento de la vía del recurso de amparo frente a las leyes⁶⁹⁶. En cambio, entre los constitucionalistas se advierten discrepancias: J.A. Montilla Martos (2015) ha resaltado las “*insuficiencias*” de esta doctrina constitucional por entender que las leyes singulares pueden ser necesarias en el Estado Social, estimando que la jurisprudencia citada implica “*la desaparición de las leyes singulares estrictamente autoaplicativas y la muy difícil aceptación de las restantes en cuanto limitan la tutela judicial efectiva*”⁶⁹⁷; P. Rodríguez Patrón (2017), por su parte, ha destacado la complejidad de la categoría jurisprudencial de la

⁶⁹⁵ Véanse: Estanislao Arana García, “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como límite constitucional a las leyes singulares”, *Direito Público*, núm. 54 (2013); Omar Bouazza Ariño, “Desclasificación por ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales (el caso de la Ciudad del Medio Ambiente)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 138 (2014).

⁶⁹⁶ José Manuel Díaz Lema, “El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 39 (2013), 72.

⁶⁹⁷ José Antonio Montilla Martos, “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104 (2015), 271-272 y 287. El autor considera que “*la ley no puede limitarse a establecer el marco normativo de la actividad social, sino que constituye un instrumento de acción social del que puede hacer uso el legislador para satisfacer intereses inmediatos de los ciudadanos sin la mediación de la Administración*” (*ibídem*, 271). Su crítica termina centrándose en la falta de atención a las mayores garantías democráticas que el TC podía haber exigido a las leyes singulares, imponiendo vías de control de sus efectos y de su procedimiento de elaboración (*ibídem*, 273 y 291-294). No obstante, también postula el establecimiento del recurso de amparo contra leyes (*ibídem*, 289-291).

ley singular, denunciando la imprevisibilidad del control llevado a cabo por el TC⁶⁹⁸.

Los casos de aplicación del régimen de la ley singular han continuado en la jurisprudencia constitucional. Así, el TC ha considerado vulnerados los límites en dos leyes de convalidación (*casos Vuelta Ostrera*, 2015⁶⁹⁹ y *La Palma* 2018⁷⁰⁰) y en una expropiación legislativa (caso *Yak 42*, 2018⁷⁰¹), mientras que ha rechazado la inconstitucionalidad en otros supuestos de leyes de convalidación (*caso Baza*, 2015⁷⁰²), de establecimiento de un régimen urbanístico transitorio (caso *Madrid*, 2016⁷⁰³) y de regulación general de la hibernación de instalaciones de energía (*caso Castor*, 2017⁷⁰⁴).

9. Las reservas de ley en los sistemas normativos de la biodiversidad

La reserva de ley para la declaración de espacios naturales protegidos suele generar críticas doctrinales por considerarla un factor de rigidez, una cuestión de importancia menor o un elemento difícil de articular en un sistema general y planificador, además de que pudiera entrañar la posible violación de los derechos de audiencia y tutela judicial efectiva de los interesados⁷⁰⁵. Por lo común se prefiere la declaración administrativa previo un procedimiento que

⁶⁹⁸ Patricia Rodríguez Patrón, "La ley singular como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática", *Revista de Derecho Política*, núm. 99, (2017), 190-192.

⁶⁹⁹ STC de 5 noviembre 2015, recurso de inconstitucionalidad, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré, *caso Vuelta Ostrera* (ECLI:ES:TC:2015:233).

⁷⁰⁰ STC de 26 abril 2018, recurso de inconstitucionalidad, ponente: Santiago Martínez-Vares, *caso La Palma* (ECLI:ES:TC:2018:42).

⁷⁰¹ STC de 26 abril 2018, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré, *caso Yak 42* (ECLI:ES:TC:2018:45).

⁷⁰² STC de 5 noviembre 2015, cuestión de inconstitucionalidad, ponente: Adela Asua Batarrita, *caso Baza* (ECLI:ES:TC:2015:231).

⁷⁰³ STC de 6 octubre 2016, recurso de inconstitucionalidad, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré, *caso Madrid* (ECLI:ES:TC:2016:170).

⁷⁰⁴ STC de 21 diciembre 2017, recurso de inconstitucionalidad, ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, *caso Castor* (ECLI:ES:TC:2017:152).

⁷⁰⁵ Véanse ampliamente estos argumentos en F. López Ramón (2011), 784-785.

facilite la participación de los interesados y con sujeción al control judicial para garantizar la observancia de la correspondiente regulación general.

Ahora bien, tanto las críticas indicadas como las propuestas alternativas se formulan desde una óptica de oportunidad que no ha de ser necesariamente compartida. Según ya hemos visto, los legisladores estatal y autonómicos vienen considerando conveniente reservar a la ley las principales declaraciones de espacios por diferentes razones como pueden ser, entre otras: *a)* la formalización de las voluntades concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas en el caso de los parques nacionales; *b)* la identificación de algunos espacios como símbolos o señas de identidad territorial; *c)* la reacción ante situaciones de peligro para el espacio concernido; o *d)* la necesidad de previsiones normativas especiales por las características concurrentes en el espacio. Estamos ante razones, fundamentos o argumentos propios de la discrecionalidad política, frente a los que no es fácil oponer razones estrictamente jurídicas.

En todo caso, la aplicación de la teoría de la ley singular en nuestra materia requeriría tener en cuenta algunos elementos referidos al ámbito de aplicación, la inserción en un régimen general y el objetivo de la ley.

- a) Ámbito de aplicación.* No hay ninguna exigencia constitucional de que el ámbito de aplicación de las leyes haya de referirse a todo el territorio nacional o autonómico. Se comprende fácilmente que hay leyes que por su propia esencia tienen que aplicarse en un ámbito territorial limitado, como las que establecen los mapas de la organización territorial (provincial, comarcal o municipal). Las que declaran espacios naturales protegidos pertenecen lógicamente a esa categoría, de manera que ninguna

arbitrariedad puede advertirse en el hecho de que su ámbito de aplicación físico esté limitado a determinadas zonas del territorio. En ellas se contienen regímenes jurídicos con vocación de permanencia, que no se agotan en su primera y directa aplicación pues requieren una actividad administrativa de ejecución de la misma ley. Parece entonces difícil considerar que las declaraciones protectoras se identifiquen con ninguna de las modalidades de ley singular. No se trata de leyes autoaplicativas ni de caso único ni de convalidación ni de expropiación. Por eso, hemos visto en la jurisprudencia constitucional la afirmación de que la ley de un parque natural no deja de ser válida por su ámbito territorial limitado (*caso Manzanares*, 1989) o la constatación de que la declaración de un espacio natural conlleva el sometimiento a un régimen jurídico especial (*caso Ley de Conservación*, 1995).

- b) *Inserción en un régimen general.* Son varios los supuestos de sistemas normativos que, en distintos ámbitos de intervención pública, establecen reservas de ley para la adopción de las decisiones que se consideran más importantes dentro del correspondiente sector⁷⁰⁶. Frecuentemente, tal

⁷⁰⁶ Cabe citar en tal sentido la alteración de los *límites provinciales*, reservada a ley orgánica (Constitución: art. 141.1), y las siguientes reservas formales de ley establecidas en la legislación estatal: las *declaraciones de utilidad pública* a efectos expropiatorios (Ley de Expropiación Forzosa, 1954: art. 11), la prórroga de las zonas de *reserva especial de recursos mineros* a favor del Estado (Ley de Minas, 1974: art. 8.2), la creación o supresión de *áreas metropolitanas* (Ley de Bases del Régimen Local, 1985: art. 43.1), la creación y reconocimiento de *universidades* (Ley de Universidades, 2001: art. 4.1), o la condonación de *deudas y sanciones tributarias* y la concesión de moratorias y quitas [Ley General Tributaria, 2003: art. 8.k)]. Anteriormente también cabía incluir la *enajenación de inmuebles del Patrimonio del Estado* cuando su valor superase determinadas cuantías (Ley del Patrimonio del Estado, 1964: art. 62), habiéndose producido la deslegalización por Ley 31/1990, que atribuyó la competencia de las enajenaciones de los bienes de mayor valor al Gobierno, conforme al planteamiento que figura en la regulación vigente (Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 2003: art. 135.3), y la *enajenación de montes catalogados* (Ley de Montes, 1957: art. 2.1), supuesto que también ha desaparecido de la vigente normativa (Ley de Montes, 2003: art. 14), que declara los montes catalogados de dominio público y, por tanto, inalienables.

es el caso de las leyes de espacios naturales protegidos, que vienen exigidas en la ley general que regula la materia según vimos anteriormente. Estas leyes de espacios que aplican un régimen general merecen, cuanto menos, un tratamiento deferente en la eventual aplicación de la doctrina de la ley singular. Así lo observamos en la jurisprudencia constitucional cuando se rechaza el desbordamiento de los límites constitucionales por la ley de declaración de un paraje natural al no aportarse “*término idóneo de alteración no razonable del régimen general aplicable a los espacios naturales protegidos*” (Es Trenc, 1997) o al comprobarse simplemente que la ley que protegía el área natural aplicaba una regulación general de la materia (Sa Punta de N’amer, 2000), supuestos que se valoran como determinantes de un uso lícito de la ley singular (Ciudad del Medio Ambiente, 2013). Por tanto, cuando la ley de un espacio derive de una reserva de ley, la práctica del juicio de razonabilidad que el principio de igualdad pudiera imponer para la admisión de los regímenes propios de las leyes singulares podría desenvolverse por la comprobación del ajuste de la ley singular al régimen general. En cambio, sin una previa ley general que establezca el régimen de los espacios naturales protegidos o de la categoría utilizada en el caso concreto, la existencia de discriminación pudiera entenderse derivada de la comparación con otras leyes de declaración de espacios naturales protegidos si llegaran a identificarse alteraciones del régimen habitualmente impuesto en éstas.

- c) *Objetivo desclasificador*. El supuesto más claro de ley singular en el ámbito de los espacios naturales protegidos parece el de las leyes de desclasificación, como hemos sostenido era la contemplada en el *caso Itoiz* (2000) pese a la

calificación contraria del TC⁷⁰⁷. La ley de desclasificación no puede entenderse simplemente como la norma del mismo rango posterior a la ley de declaración, de manera que quepa resolver la relación entre ambas mediante la derogación, en aplicación del criterio del acto contrario o del paralelismo de formas. La declaración incluye al espacio en un régimen jurídico de protección ambiental cuyo carácter general no queda empañado por referirse a un ámbito territorial limitado. En cambio, la desclasificación supone la exclusión del espacio de ese sistema tutelar, de manera que la ley que la ordena tiene el carácter de ley singular, para la que el propio legislador debe ofrecer una justificación razonable⁷⁰⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- Arana García, Estanislao. “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como límite constitucional a las leyes singulares”, *Dereito Público*, núm. 54 (2013), 150-165.
- Ariño Ortiz, Gaspar. “Leyes singulares, leyes de caso único”, *Revista de Administración Pública*, núm. 118 (1989), 57-101.
- Boix Palop, Andrés. *Las convalidaciones legislativas* (Madrid, Iustel, 2004).
- Bouazza Ariño, Omar. “Desclasificación por ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales (el caso de

⁷⁰⁷ La desclasificación puede ser total o parcial y en este caso, llevarse a cabo tanto por una revisión de los límites del espacio (así, *Itoiz*) como por una alteración o degradación de su régimen jurídico (*Fuentes Carrionas*, 2015).

⁷⁰⁸ Según anteriormente indicamos, el legislador básico ha asumido estos criterios en la legislación urbanística y del patrimonio natural, reforzando las exigencias de las desclasificaciones al imponer su justificación por los cambios provocados naturalmente (TRLR, 2015: art. 13.3; LPNat, 2007: arts. 48 y 51.1).

- la Ciudad del Medio Ambiente)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 138 (2014), 259-285.
- Bustillo Bolado, Roberto O. y Gómez Manresa, M^a Fuensanta (eds.). *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas* (Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2014).
- Chamorro González, Jesús M^a. “La declaración de los espacios naturales y la STC 163/1995”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 27 (1996), 173-186.
- Ciriano Vela, César. “El concepto de ley en el Derecho español actual (A propósito de la Ley 1/1991 del Parlamento balear, sobre espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección, ¿un caso de ley singular?)”, en Fernando López Ramón (dir.), *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos* (Zaragoza, Kronos, 1995), 151-164.
- Díaz Lema, José Manuel. “El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 39 (2013), 62-73.
- Embid Irujo, Antonio. “La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115 (1988), 403-423.
- Fernández Valverde, Rafael “La presa de Itoiz o el comienzo de una historia interminable de validaciones legislativas (STC 73/2000, de 14 de marzo y STEDH de 27 de abril de 2004)”, en Eduardo García de Enterría y Enrique Alonso García (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Madrid, Civitas, 2012), vol. 2, 2836-2890.
- Galán Vioque, Roberto. “Rumasa: expropiaciones legislativas y leyes singulares (comentario en torno a las sentencias

- constitucionales y del TEDH recaídas en este asunto)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 29 (1997), 109-147.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol I, 1ª ed. (Madrid, Civitas, 1974) y 18ª ed. (2017).
- Garrido Falla, Fernando. “Sobre posible inconstitucionalidad de la Ley 1/1991 del Parlamento de las Islas Baleares (La reserva del ejecutivo)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 126 (1991), 513-531.
- Garrorena Morales, Ángel. *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho* (Madrid, Tecnos, 1984).
- Jordano Fraga, Jesús. “La Administración en el Estado Ambiental de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173 (2007), 101-141.
- López Ramón, Fernando. *Política ecológica y pluralismo territorial* (Madrid, Pons, 2009).
- López Ramón, Fernando. “El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20 (2011), 13-27.
- López Ramón, Fernando. “La problemática de las leyes singulares y las reservas de ley para la declaración de parques nacionales y otros espacios naturales protegidos”, en Francisco López Menudo (dir.), *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Madrid, Iustel, 2011), 767-786.
- López Ramón, Fernando. “Biodiversidad: la red Natura 2000”, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, núm. 41 (2017), 143-162.
- Martínez-Carrasco, Concepción. *Naturaleza jurídica de las leyes ad hoc* (Madrid, Civitas, 1995).

- Montilla Martos, José Antonio. *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español* (Madrid, Civitas, 1994).
- Montilla Martos, José Antonio. “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 104 (2015), 269-295.
- Montoro Chiner, María Jesús. “El Estado Ambiental de Derecho. Bases constitucionales”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Martín Mateo* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), t. III, 3347-3465.
- Ortega Bernardo, Julia. “Límites constitucionales en la adopción por ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación del Parlamento de Canarias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172 (2007), 295-305.
- Parada Vázquez, José Ramón. “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), vol II, 1139-1168.
- Parejo Alfonso, Luciano. “La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿hacia el Estado Ecológico de Derecho?”, *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 100-101 (1994), 219-232.
- Pérez Andrés, Antonio A. “Las tensiones originadas por la nueva ordenación de los espacios naturales protegidos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16 (1993), 79-116.
- Porrás Nadales, Antonio J. “La ley singular y el problema del control de su soporte causal (a propósito de la STC 163/1986 de 17 de diciembre)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 30 (1989), 9-21.
- Rey Martínez, Fernando. “El nuevo criterio de ‘la tutela materialmente equivalente’ en relación con las expropiaciones

legislativas (la STC 48/2005)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19 (2007), 397-412.

Rodríguez Patrón, Patricia. “La ley singular como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática”, *Revista de Derecho Político*, núm. 99 (2017), 167-197.

Santamaría Arinas, René J. “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193 (2014), 165-195.

Saz, Silvia del, “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en Carmen Chinchilla, Blanca Lozano y Silvia del Saz, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios* (Madrid, Civitas, 1992), 101-195

Valencia Martín, Germán “La discutible relevancia del concepto de *leyes autoaplicativas* en el examen constitucional de las leyes materialmente administrativas (una crítica metodológica a las sentencias *Santovenia* y *Ciudad del Medio Ambiente*)”, en Luis Arroyo Martínez y otros (coords.), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio* (Madrid, Pons, 2015), 263-330.

Convencionalidad y Derechos Fundamentales

AUTORES:

Carlos Ayala Corao

José Antonio Muci

Carmen Chinchilla

Rosina De la Cruz

Fabiola Medina Garnes

Jaime Santofimio Gamboa

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA
DE LA CARTA DE LA OEA POR VENEZUELA
Y SUS CONSECUENCIAS EN EL
DERECHO INTERNACIONAL**

CARLOS AYALA CORAO

Abogado especialista en Derecho Público y en Derechos Humanos. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica “Andrés Bello”, la Universidad Central de Venezuela, University of Oxford (UK); Georgetown University, American University Washington of College of Law (USA), y Universidad Iberoamericana (México).

Resumen: El presente artículo analiza cómo la decisión del Gobierno venezolano de denunciar la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta de la OEA) constituye una violación manifiesta de la Constitución, específicamente de la jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, del derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, de los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales de los Estados, y la progresividad de los derechos humanos. Por ello, dicha denuncia es nula y carece de efectos jurídicos conforme a los principios del Derecho internacional por violar manifiestamente el Derecho interno.

Palabras clave: Venezuela, Derecho constitucional, derechos humanos, supremacía constitucional, principio de progresividad, Sistema Interamericano, Carta de la OEA, denuncia.

Abstract: This article analyses how the decision of the Venezuelan Government to denounce the Charter of

the Organization of American States (OAS Charter) constitutes a manifest violation of the Constitution, specifically of the hierarchy and constitutional supremacy of human rights treaties, of the right to international protection of human rights by means of individual petitions, of human rights as a guiding principle for the State's international relations, and the principle of progressive realization of human rights. Therefore, this denunciation is invalid and void of legal effects, according to the principles of international law for manifest violation of domestic law.

Key words: Venezuela, Constitutional law, human rights, constitutional supremacy, principle of progressive realization, Inter American System, OAS Charter, denunciation.

Sumario: Introducción: un asunto constitucional contemporáneo. I. La denuncia de la Carta de la OEA por el Ejecutivo. II. La Carta de la OEA como un tratado relativo a derechos humanos. III. La violación de la jerarquía y supremacía de la Constitución. 1. El desconocimiento de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al bloque de la constitucionalidad. 2. La violación de la supremacía constitucional. 3. El debate constituyente sobre el artículo 23 revela la decisión expresa de los constituyentes de prohibir la denuncia de tratados relativos a derechos humanos. IV. La violación del derecho constitucional de petición internacional. V. La violación del principio de progresividad de los derechos humanos. VI. Breve recapitulación sobre las violaciones constitucionales. VII. Las consecuencias en el Derecho internacional de la inconstitucionalidad manifiesta de la denuncia de la Carta de la OEA.

INTRODUCCIÓN: UN ASUNTO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

El tema de este trabajo está enmarcado en las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional. Se refiere a las nuevas limitaciones constitucionales a la tradicional facultad discrecional de los Poderes Ejecutivos de los Estados de denunciar los tratados internacionales⁷⁰⁹.

El asunto es interesante, porque las normas constitucionales sobre tratados usualmente asignan la competencia para suscribirlos al Poder Ejecutivo; y su ratificación suele estar sujeta a la aprobación del Poder Legislativo (mediante ley u otros actos parlamentarios). Por su lado, la denuncia de los tratados, tradicionalmente ha sido una facultad constitucional discrecional del propio Poder Ejecutivo. Se trata en definitiva de un asunto de Derecho interno –aunque no solo- y particularmente constitucional, como es la de determinar si antes de proceder a efectuar la denuncia internacional de un tratado que ha sido aprobado por ley del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo debe obtener previamente la aprobación igualmente por ley del parlamento.

Una nueva tesis jurisprudencial a favor de la necesidad de una aprobación legislativa previa para que el Ejecutivo pueda proceder en estos casos a su denuncia, se ve claramente desarrollada en las sentencias anglosajonas en el caso *Brexit* en el Reino Unido y el caso relativo a la denuncia del *Estatuto de Roma* en Suráfrica. En ambos casos se declaró la inconstitucionalidad de la denuncia por el Ejecutivo de tratados que habían sido aprobados previamente por ley de sus respectivos parlamentos. El precedente común a ambas sentencias parece tener su origen remoto en un principio

⁷⁰⁹ Ver lo expuesto en Carlos Ayala Corao, prólogo a *Los Jueces Constitucionales: controlando al poder o controlados por el poder*, por Allan Brewer Carías (San José/Caracas: Investigaciones Jurídicas, S.A./Editorial Jurídica Venezolana, 2017).

de Derecho constitucional del common law: *rights given by an act of parliament can only be taken away by an act of parliament.*

En efecto, en el *caso Brexit*, relativo a la salida del Reino Unido de la Unión Europea como consecuencia del referendo que se realizó sobre el tema el 23 de junio de 2016, la Alta Corte de Justicia dictó su sentencia del 3 de noviembre de 2016⁷¹⁰, la cual fue ratificada por la Corte Suprema del Reino Unido el 24 de enero de 2017⁷¹¹, mediante la cual se decidió que el Gabinete Ejecutivo no podía proceder a denunciar el tratado de la Unión Europea sin antes haber obtenido la aprobación parlamentaria mediante una ley. El razonamiento de la Alta Corte se basó en considerar, que la ley *European Communities Act* de 1972 (Ley ECA de 1972)⁷¹², mediante la cual se le dio efectos al Derecho comunitario en el sistema legal nacional del Reino Unido, era una “ley constitucional” a la cual estaba sometido el Gobierno, la cual no la podía modificar en forma alguna mediante el ejercicio de los poderes de prerrogativa de la Corona (Gabinete Ejecutivo), sino que para ello se requiere previamente de un acto del Parlamento que autorice a los Ministros, para así poder enviar la notificación de la decisión del retiro del Reino Unido de la Unión Europea. Conforme al criterio de la Corte, el resultado del referendo constituye en este caso una recomendación de carácter político al parlamento, para que éste proceda a adoptar la decisión definitiva mediante un acto parlamentario (ley); y, solo después de ello, el Ejecutivo podría proceder a efectuar la denuncia del tratado.

⁷¹⁰ High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court. Caso *Gina Miller and others vs Secretary of State for Exiting the European Union* (Case No: CO/3809/2016 and CO/3281/2016). Véase el texto de la sentencia en: <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-accessible/>

⁷¹¹ Supreme Court of the United Kingdom. Caso *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017 UKSC 5) (UKSC 2016/0196). Véase el texto de la sentencia en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>

⁷¹² European Communities Act de 1972. Véase en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>

Por su lado, en el caso del tratado relativo al *Estatuto de Roma*, la Alta Corte (*High Court*) de Suráfrica actuando como juez constitucional⁷¹³, mediante sentencia de 22 de febrero de 2017 dictada en el caso: *Democratic Alliance vs. Minister of International Relations, Minister of Justice and Correctional Services, the President of the Republic of South Africa*, (No: 83145/201)⁷¹⁴, declaró *inconstitucional e inválida* la decisión adoptada por el Ministro de Relaciones Internacionales en fecha 19 de octubre de 2016 de denunciar el Tratado del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la decisión del Gabinete Ejecutivo de notificar dicha denuncia a la Secretaría General de las Naciones Unidas, dado que había sido adoptada sin la previa aprobación del Parlamento. En consecuencia, ordenó a los funcionarios demandados, revocar, es decir, retirar dicha notificación internacional de la denuncia del tratado. Se trata, sin embargo, de un precedente preciso o acotado (*narrow finding*), en cuanto a la necesidad de obtener previamente la aprobación parlamentaria para proceder a la denuncia de este tratado (procedimiento), más no en cuanto al fondo de que ese tipo de tratados no pudiese ser denunciado por el Ejecutivo, previa aprobación del parlamento. En este sentido, la Corte surafricana precisó que “no sería apropiado el declarar esa decisión inconstitucional como decisión aislada” pues “no hay nada patentemente inconstitucional, al menos en esta etapa, sobre la decisión política del retiro del Estado del Estatuto de Roma, ya que adoptar esa decisión está entre sus poderes y competencias”⁷¹⁵.

⁷¹³ Citando el precedente de la sentencia de la Corte Constitucional surafricana en el caso *Glenister v President of the Republic of South Africa and others*, **2011 (3) SA 347; 2011 (7) BCLR 651 (CC)** (Glenister II).

⁷¹⁴ Véase el texto en: <https://www.dailymaverick.co.za/documents/document/DA-v-MINISTER-OF-INTERNATIONAL-RELATIONS-20170219-FINAL.pdf>

⁷¹⁵ High Court of South Africa (Gauteng Division, Pretoria). Caso No.83145/2016, *Democratic Alliance vs Minister of International Relations Democratic Alliance vs. Minister of International Relations, Minister of Justice and Correctional Services, the President of the Republic of South Africa*, 22 February, 2017, Disponible en: <https://www.dailymaverick.co.za/documents/document/DA-v-MINISTER-OF-INTERNATIONAL-RELATIONS-20170219-FINAL.pdf>

En sentido contrario, en República Dominicana, a pesar de que su Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la aceptación por el Ejecutivo con carácter general de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) -por motivos ciertamente infundados y motivados políticamente⁷¹⁶, ha sido el propio Poder Ejecutivo el que no ha procedido a nivel internacional a ejecutar esa decisión judicial, basándose en su poder discrecional en la dirección de las relaciones internacionales. Se trata de la sentencia TC/0256/14 dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el 4 de noviembre de 2014⁷¹⁷, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad del “Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” dictado por el Presidente de la República en 1999 después de haberse ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”). Con esta decisión la Corte dominicana pretendió desligar al Estado de la jurisdicción de la Corte Interamericana para no ejecutar sus fallos en materia de discriminación migratoria, sin haber denunciado previamente la Convención Americana y en abierta violación al precedente jurisprudencial interamericano sobre la materia⁷¹⁸.

⁷¹⁶ La sentencia se vincula al debate político y el incumplimiento por el Estado dominicano de la condena y las reparaciones contenidas en la sentencia de la Corte IDH de 28 de agosto de 2014, dictada en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), con motivo de la discriminación personas de la población haitiana y de ascendencia haitiana en República Dominicana, que las protegía frente a lo resuelto sobre nacionalidad y situación de los “extranjeros en tránsito” tanto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 14 de diciembre de 2005, como por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0168/13 de 23 de septiembre de 2013.

⁷¹⁷ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia No. TC/0168/13, Caso *Acción directa de inconstitucionalidad contra el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de 23 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20C.pdf>

⁷¹⁸ Ante la comunicación del gobierno peruano de Alberto Fujimori de haber decidido “con efectos inmediatos” el “retir[o de] la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, la Corte Interamericana resolvió que éste “pretendido retiro, con efectos inmediatos, por el Estado peruano”, “es inadmisibles”, “afirmó su competencia y continuó

I. LA DENUNCIA DE LA CARTA DE LA OEA POR EL EJECUTIVO

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999 le otorgó a los tratados relativos a derechos humanos la “jerarquía constitucional” (art. 23) y por ende la supremacía y rigidez del *bloque de constitucionalidad*. En otras palabras, al integrar el bloque de la Constitución, los tratados sobre derechos humanos no pueden ser abrogados mediante su denuncia por simple acto del Poder Ejecutivo, ya que ello significaría modificar la Constitución por un acto del Ejecutivo. Pero en Venezuela, fue la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia quien en una insólita sentencia le solicitó expresamente al Ejecutivo Nacional que procediera a la denuncia de la Convención Americana⁷¹⁹; y ahora, incluso lo sugirió respecto de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Carta de la OEA”). El Ejecutivo en ambos casos ha procedido a denunciar dichos instrumentos, en abierta violación a la Constitución, por ser ambos unos tratados relativos a derechos humanos y por tanto de jerarquía y rigidez constitucional.

La denuncia de la Carta de la OEA en violación manifiesta de la Constitución, tiene a su vez consecuencias en el Derecho internacional, que serán abordadas en el último capítulo de este breve estudio.

Con relación a la Carta de la OEA, los Magistrados y Magistradas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Juan José Mendoza Jover, Arcadio Delgado Rosales, Carmen Zuleta de Merchán, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos, Lourdes Benicia Suárez Anderson y Federico Sebastián Fuenmayor

conociendo los casos en trámite. Ver, CorteIDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54.

⁷¹⁹ Ver lo expuesto en nuestro trabajo, Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 20/2º (semestre 2012); y en *Estudios Constitucionales*, No.2 (2012).

Gallo, en la sentencia No. 155 del 28 de marzo de 2017⁷²⁰ y su posterior sentencia “aclaratoria” No. 157, ordenaron expresamente al Presidente de la República que procediera a “tomar las medidas internacionales que estime pertinentes”, en vista del “reiterado comportamiento contrario al orden jurídico internacional” del Secretario de la OEA, sugiriendo y casi ordenando, la denuncia de la Carta de la OEA como ocurrió pocos días después. Al respecto, la sentencia sostuvo lo siguiente:

(...) ante las inéditas acciones que afectan la paz y soberanía nacional y ante el reiterado comportamiento contrario al orden jurídico internacional que ha venido ejecutando el actual Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), lesivo a los principios generales del derecho internacional y a la propia Carta de la Organización de Estados Americanos (A-41), referidos a la autodeterminación, independencia y soberanía de los pueblos, entre otros (ver sentencias de esta Sala n.º 1939 del 18 de diciembre de 2008, 1652 del 20 de noviembre de 2013 y 3342 del 19 de diciembre de 2002), se ordena al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela que, en atención a lo dispuesto en el artículo 236.4, en armonía con lo previsto en los artículos 337 y siguientes *eiusdem* (ver sentencia n.º 113 del 20 de marzo de 2017), entre otros, proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional, así como también que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y para garantizar la gobernabilidad del país, tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes

⁷²⁰ TSJ, Sala Constitucional, Sentencia No. 155, caso *diputado Héctor Rodríguez Castro vs Acuerdo AN sobre reactivación de la Carta Democrática Interamericana*, de 28 de marzo del 2017. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

y necesarias para evitar un estado de conmoción; y en el marco del Estado de Excepción [...] que permita conjurar los graves riesgos que amenazan la estabilidad democrática, la convivencia pacífica y los derechos de las venezolanas y los venezolanos; todo ello de conformidad con la letra y el espíritu de los artículos 15, 18 y 21 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción vigente.

Igualmente, se ordena al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela que evalúe el comportamiento de las organizaciones internacionales a las cuales pertenece la República, que pudieran estar desplegando actuaciones similares a las que ha venido ejerciendo el actual Secretario Ejecutivo de la Organización de Estados Americanos (OEA), en detrimento de los principios democrático y de igualdad a lo interno de las mismas, sin que por ello se deje de reconocer la digna acción de los Estados que han defendido de manera gallarda los principios del derecho internacional y que, por tanto, han defendido la posición de la República Bolivariana de Venezuela, así como en otras oportunidades han reivindicado los derechos de otras naciones que también han sido arbitrariamente asediadas al igual que nuestra Patria, por denunciar las injusticias que a diario se cometen en el sistema internacional por parte de acciones injerencistas. Y así garantizar, conforme a nuestra tradición histórica, los derechos humanos sociales inherentes a toda la población, en especial, de los pueblos oprimidos. Así decide. (Resaltados añadidos).

Así, la **denuncia de la Carta de la OEA** fue ejecutada por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, mediante comunicación de fecha 27 de abril de 2017, consignada en fecha 28 de abril de 2017 por la Embajadora

Interina de Venezuela ante la Organización de Estados Americanos (“OEA”), Carmen Luisa Velásquez, ante el Secretario General de la OEA, Luis Almagro. En dicha comunicación, de fecha 27 de abril de 2017, el Presidente Maduro le notificó al Secretario General de la OEA su decisión de denunciar la Carta de la OEA, en los siguientes términos:

En mi condición de Jefe de Estado de la República Bolivariana de Venezuela, me dirijo a usted con el propósito de notificarle nuestra indeclinable decisión de denunciar la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), conforme a su artículo 143, que da inicio al retiro definitivo de Venezuela de esta Organización.

[...] En tal sentido, la presente Nota constituye nuestro indeclinable manifiesto de denuncia a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), para que cesen sus efectos internacionales, en cuanto a la República Bolivariana de Venezuela se refiere, por lo que en su condición de Depositario deberá comunicar, de manera inmediata, a los Estados Miembros de la presente decisión [...]

De conformidad con la propia Carta de la OEA en su artículo 143, una vez transcurridos dos (2) años la notificación de la denuncia es que ésta entraría en vigor; y por ser precisamente un tratado de protección colectiva, dicha notificación al Secretario General de la Organización, debe ser informada por él a los demás Estados parte de dicho instrumento, es decir, a todos los Estados miembros de la OEA. Es importante advertir que, en todo caso, la denuncia de un tratado en general no tiene efectos retroactivos, por lo que no tiene por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en él en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él con anterioridad a la fecha en la cual

la denuncia produce efecto. Incluso, de acuerdo al texto expreso de la Carta de la OEA en la norma citada, aun transcurridos los dos años, la denuncia no tendrá efecto sino después de que el Estado denunciante haya “cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta”, lo cual se refiere tanto a las obligaciones sustantivas como a las materiales –incluido el pago de la deuda que Venezuela mantiene con la Organización. Ello guarda especial relevancia cuando se entiende que, al mismo tiempo, la Carta de la OEA es un tratado también relativo a los derechos humanos.

Este acto del Presidente de la República, Nicolás Maduro, de denunciar la Carta de la OEA, constituye una violación manifiesta de la Constitución, específicamente de la jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, del derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, de los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano y de la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31, 152 y 19, respectivamente. De existir una justicia constitucional independiente en Venezuela, ésta ya habría declarado la inconstitucionalidad de la denuncia presidencial de la Carta de la OEA, como fue accionada oportunamente ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En los casos de la justicia constitucional del Reino Unido y Suráfrica, han llegado a sus conclusiones sobre la inconstitucionalidad de la denuncia por el Ejecutivo de tratados que crean derechos y han sido aprobados por el parlamento, pero en el caso venezolano, es la constitución misma, la que le otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Por lo cual, en Venezuela, aun con aprobación parlamentaria, el Ejecutivo no podría proceder a denunciar este tipo de tratados.

Indudablemente que, en los casos del Reino Unido y de Suráfrica se trata de tribunales con estándares reconocidos de independencia; mientras que, en el caso venezolano, se trata de una “justicia constitucional” al servicio del Poder Ejecutivo y de su proyecto político, que ha incluido el secuestro y destrucción de la Constitución por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello nos lleva a una afirmación básica, necesaria y fundamental: no existe justicia sin la independencia del juez y del tribunal. La independencia judicial es al mismo tiempo un derecho de toda persona y una obligación de organización del aparato estatal, tanto en las constituciones democráticas como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En el campo de la jurisdicción constitucional este es un elemento esencial y una condición necesaria para la existencia de un verdadero tribunal constitucional.

En los países con tribunales constitucionales y contencioso-administrativos independientes, la protección de los derechos de las personas y el control del poder público funciona en líneas generales y cumple sus objetivos. Ello no obsta para que ocasionalmente esos tribunales puedan dictar alguna o algunas sentencias polémicas o en sentido contrario, pero la opinión pública y los juristas ejercen su derecho a criticarlas y la sociedad a discutir las, lo cual permite la evolución de la jurisprudencia.

Por el contrario, en los países donde los tribunales constitucionales y contencioso-administrativos no son independientes estructuralmente, la protección de los derechos de las personas y el control del poder no está garantizada. Es estos casos siempre ha de recordarse la otra máxima contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789): “*Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.

Las sentencias correspondientes a tribunales que no gozan de independencia y autonomía frente al Poder Ejecutivo, como es el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁷²¹, el resultado es la desprotección de los derechos humanos, la complacencia al poder y la no vigencia real de la Constitución. Pero ocurre lo contrario en aquellos tribunales constitucionales, que gozan de independencia y cumplen con su función de ser los garantes de la Constitución y de los derechos frente al poder público. Es por ello que en el tema objeto de este trabajo, relativo a los límites constitucionales a la facultad discrecional del Ejecutivo para denunciar los tratados relativos a derechos humanos, hemos hecho referencia a los ejemplos de las recientes sentencias de Suráfrica⁷²² y el Reino Unido⁷²³.

II. LA CARTA DE LA OEA COMO UN TRATADO RELATIVO A DERECHOS HUMANOS

La Carta de la OEA como tratado o convenio internacional multilateral fue suscrita por Venezuela (entonces Estados Unidos de Venezuela) el 30 de abril de 1948, durante el gobierno del Presidente Rómulo Gallegos, en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá. Seguramente debido a la ruptura

⁷²¹ La sentencia No. 1.939 de fecha 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*) que declaró "inejecutable" la sentencia de la CorteIDH de fecha 5 de agosto de 2008 dictada en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*).

⁷²² La citada sentencia de la High Court de Suráfrica, de 22 de febrero de 2017, mediante la cual declaró inconstitucional e inválida la decisión adoptada por el Ministro de Relaciones Internacionales de Suráfrica de *denunciar el Tratado de Roma que creó la Corte Penal Internacional*, porque la misma había sido adoptada sin la previa aprobación del Parlamento; ordenando en consecuencia al Poder ejecutivo revocar la denuncia del Tratado.

⁷²³ La citada sentencia del caso *Brexit* dictada por la Alta Corte de Justicia del Reino Unido de fecha 3 de noviembre de 2016, ratificada por la Corte Suprema en sentencia de 24 de enero de 2017 (*Gina Miller y otros contra el Secretary of State for Exiting the European Union*), al conocer de una acción popular de inconstitucionalidad intentada contra la decisión del Gobierno de la Primera Ministra Theresa May, de proceder a notificar conforme al artículo 50 del Tratado de la Unión Europea de la salida del Reino Unido de la misma en cumplimiento de lo manifestado en el referendo que se había realizado sobre el tema el 23 de junio de 2016.

del orden constitucional por el golpe de estado militar ocurrido el 24 de noviembre de ese mismo año 1948, este instrumento no llegó a ser aprobado en aquél entonces por el Congreso. No fue sino hasta el 21 de diciembre de 1951 (durante la dictadura)⁷²⁴, que se produjo la ratificación de la Carta, cuyo instrumento fue depositado pocos días después el 29 de diciembre de ese mismo año⁷²⁵.

La Carta de la OEA fue reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993. Venezuela aprobó y ratificó todos estos Protocolos mediante “leyes aprobatorias” sancionadas por el entonces Congreso de la República y publicadas en las Gacetas Oficiales correspondientes⁷²⁶. El gobierno venezolano igualmente depositó con posterioridad los instrumentos de ratificación de dichos Protocolos ante la Secretaría General de la OEA en las siguientes oportunidades: el Protocolo de Buenos Aires, el 10 de octubre de 1968; el Protocolo de Cartagena de Indias, el 10 de agosto de 1993; el Protocolo de Washington, el 25 de septiembre de 1997; y por el Protocolo de Managua, el 4 de abril de 1995⁷²⁷.

La OEA se inició como organización internacional conjuntamente con la aprobación de la *Declaración Americana de los Derechos*

⁷²⁴ De hecho en virtud del golpe de estado militar del 24 de noviembre de 1948 y la inexistencia del Congreso que había sido clausurado, la Carta de la OEA fue aprobada por la entonces Junta de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela “en uso de las Facultades que tiene conforme al Acta Constitutiva del Gobierno Provisorio” y por cuanto “conviene a los intereses de la República el perfeccionamiento de la Carta de la Organización de Estados Americanos”, la “aprueba y ratifica en todas sus partes”. Ver texto en *Compilación Legislativa de Venezuela, Anuario 1952*, (Caracas: Editorial Andrés Bello, 1959), II-1, 7-26.

⁷²⁵ OEA. Tratados Multilaterales Interamericanos, A-41, Firmas y Ratificaciones. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos

⁷²⁶ El Protocolo de Buenos Aires (G.O. No. 1236 de fecha 12 de septiembre de 1968); el Protocolo de Cartagena de Indias (G.O. No. 4580 de fecha 21 de mayo de 1993); el Protocolo de Managua (G.O. 35617 de fecha 26 de diciembre de 1994); y el Protocolo de Washington (G.O. 36290 de fecha 12 de septiembre de 1997).

⁷²⁷ OEA. Tratados Multilaterales Interamericanos, A-41, Firmas y Ratificaciones. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos

y *Deberes del Hombre* (“Declaración Americana”) -en la misma Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948⁷²⁸-, en el marco de la cual se adoptó la Carta de la OEA que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la Organización; y desde 1967 con el Protocolo de Buenos Aires, se incorporó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷²⁹ (“CIDH”) como un órgano “principal” de dicha Carta para la promoción y protección internacional de los derechos humanos. Por lo cual, la Carta de la OEA ha sido considerada también como un tratado relativo a los derechos humanos, en virtud de que el pleno respeto a los derechos humanos aparece en diversas secciones de la Carta, reafirmando la importancia que los Estados miembros le otorgan. De conformidad con ese instrumento, “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. La Carta establece

⁷²⁸ Asimismo, se aprobaron varias resoluciones en materia de derechos humanos mediante las cuales se adoptaron convenciones sobre el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer, y se trataron temas como “Condición Económica de la Mujer Trabajadora”; y se aprobó la “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales”, en la que los gobiernos de las Américas proclaman “los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase” y que “constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables”, pues “los fines del Estado no se cumplen con el solo reconocimiento de los derechos del ciudadano, sino que también el Estado debe preocuparse por la suerte de hombres y mujeres, considerados ya no como ciudadanos sino como personas” y como consecuencia debe garantizar “simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social”. Véanse los textos de ambas Convenciones en *Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954*, (Washington, D.C.: Departamento Jurídico, Unión Panamericana, 1956), 172, 173, 192, y 195-203.

⁷²⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sido creada previamente, pero mediante una resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en el año 1959, en la cual se dispuso:
Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale.

a la CIDH como un órgano principal de la OEA, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en dicha materia⁷³⁰.

Un tratado se entiende que es *relativo a los derechos humanos* cuando afecta o interesa a la protección de éstos⁷³¹. Ello es, cuando en definitiva su objeto y propósito tiene que ver con el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana, para lo cual es necesario ver el tratado en su conjunto conforme a los principios de interpretación en el Derecho internacional. En ese sentido se ha expresado la Corte IDH, al sostener lo siguiente⁷³²:

“72. Para los fines de esta Opinión la Corte debe determinar si este Tratado *conciérne* a la protección de los derechos humanos en los 33 Estados americanos que son Partes en él, es decir, si atañe, afecta o interesa a esta materia. Al realizar este estudio, el Tribunal reitera que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y que dicha interpretación puede involucrar el examen del tratado considerado en su conjunto, si es necesario.”

Los tratados relativos a los derechos humanos por su contenido tienen características propias que los diferencian del resto de los tratados tradicionales que se celebran para el beneficio mutuo

⁷³⁰ Ver la *Introducción* en los Documentos Básicos del Sistema Interamericano de la OEA, páginas 2 y 3. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

⁷³¹ Seguimos lo expuesto en nuestro trabajo, Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, (México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Funda), 2004).

⁷³² CortelDH. Opinión Consultiva No. 16, de fecha 1 de octubre de 1999 (OC-16/99), Serie A: Fallos y Opiniones.

de los Estados Parte. La Corte IDH ha puntualizado la naturaleza propia de los tratados de derechos humanos, cuyo objeto y fin tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto frente al propio Estado Parte como con todos los demás Estados Parte en virtud del sentido de protección colectiva. En su Opinión Consultiva No.2, la Corte IDH sostuvo sobre el particular lo siguiente:

29. La Corte debe enfatizar, **sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (“Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, (1961), vol. 4, pág. 140).**

La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (*Ibid.*, pág. 138)⁷³³. (Resaltados añadidos).

En consecuencia, los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son tratados relativos a los derechos humanos. Tal es el caso de los tratados típicos sobre derechos humanos tanto del sistema universal (ONU) como del Sistema Interamericano (OEA)⁷³⁴. Sin embargo, en otros casos, aunque los tratados no tienen el objeto exclusivo de reconocer derechos humanos, sí tienen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁷³⁵.

⁷³³ CorteIDH. Opinión Consultiva No. 2, de fecha 24 de septiembre de 1982 (OC-2/82), Serie A: Fallos y Opiniones.

⁷³⁴ Ver entre otros, *Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, (IIDH/ Comisión de la Unión Europea, 1999); Pedro Nikken, *Código de Derechos Humanos*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991); y *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, (Washington, D.C.: CIDH/Corte, 2006). Los documentos actuales pueden ser consultados en: www.cidh.org

⁷³⁵ Suscrito por Venezuela el 14 de octubre de 1998, el Estatuto de Roma fue aprobado por ley del entonces Congreso de la República de Venezuela el 7 de diciembre de 1999, y publicado en la Gaceta Oficial No. 5.507 de fecha 13 de diciembre de 2000. El instrumento de su ratificación fue depositado por el Gobierno de Venezuela en la Secretaría General de la ONU en fecha 7 de junio de 2000, ello es, aun antes de su publicación en la Gaceta Oficial. El Estatuto de Roma entró en vigor a nivel internacional entró en vigencia el 1 de julio de 2002.

En otros casos, aunque el objeto y fin de todo el tratado no sea el reconocimiento de los derechos de la persona humana y su protección, puede ser que éste contenga una norma o un grupo de éstas que conciernen a esta materia. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la cual contiene normas sobre la notificación o aviso consular de nacionales, que conforme a la CorteIDH son normas que conciernen al debido proceso como garantías de los derechos humanos y por tanto puede ser considerado también como un tratado “relativo” o “sobre” derechos humanos. En este sentido la CorteIDH estableció lo siguiente en la OC-16/99:

76. Por otra parte, México no solicita al Tribunal que interprete si el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es la protección de los **derechos humanos, sino si una norma de ésta concierne a dicha protección**, lo cual adquiere relevancia **a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal, que ha interpretado que un tratado puede *concernir* a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal**. Por lo tanto, aun cuando son exactas algunas apreciaciones presentadas al Tribunal sobre el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el sentido de que ésta es un tratado destinado a “establecer un equilibrio entre Estados”, esto **no obliga a descartar, de plano, que dicho Tratado pueda *concernir* a la protección de los derechos fundamentales de la persona en el continente americano**⁷³⁶.
(Resaltados añadidos)

⁷³⁶ CorteIDH, Opinión Consultiva No.16, de fecha 1 de octubre de 1999 (OC-16/99), Serie A: Fallos y Opiniones.

En conclusión, como quedó dicho antes, la Carta de la OEA al contener disposiciones fundamentales sobre derechos humanos, configura igualmente la categoría de “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”⁷³⁷. En efecto, la Carta de la OEA, entre otras disposiciones relativas a los derechos humanos contiene las siguientes de mayor relevancia:

- 1) Declara en su preámbulo el propósito de “las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” párrafo tercero);
- 2) Proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la Organización (art. 3.l);
- 3) Consagra diversas referencias a los derechos (3.j, 16, 43, 47, 51, 112 y 150; Preámbulo (párrafo cuarto), arts. 3.k), 16, 44, 48, 52, 111 y 150).
- 4) Establece que la CIDH es un órgano “principal” de la Carta de la OEA (art. 53.e), que tiene “como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (art. 106).

La CIDH precisamente por ser un órgano principal de la Carta de la OEA ejerce su jurisdicción sobre *todos* los Estados Miembros de la OEA, incluso de aquellos que no hayan ratificado la Convención Americana (ej. Canadá, Cuba o USA) o la hayan denunciado -como es el caso de Venezuela-. Dicha jurisdicción la ejerce la CIDH con base en la Carta de la OEA, el Estatuto y el Reglamento de la CIDH, y otros instrumentos como la Declaración Americana. Y precisamente con base en esas facultades de la Carta, el Estatuto

⁷³⁷ Art. 64, Convención Americana.

y su Reglamento, la CIDH ejerce su función de protección internacional de los derechos humanos de todas las personas, en este caso bajo la jurisdicción de Venezuela, a través de los diversos métodos de trabajo de su mandato, como son: los casos individuales, las medidas cautelares, las visitas país, los informes país incluidos los llamados capítulo IV de su Informe anual, los comunicados y las relatorías, entre otros. Para ello, basta con revisar el trabajo de la CIDH respecto a Venezuela, su informe Anual correspondiente al año 2016 recientemente presentado ante el Consejo Permanente de la OEA⁷³⁸.

En consecuencia, no cabe duda alguna, que las disposiciones de la Carta de la OEA sobre derechos humanos la configuran también como un tratado relativo a derechos humanos, ya que contiene diversas disposiciones fundamentales “sobre” o que “concernen” a la protección internacional de los derechos humanos en los Estados Americanos; lo que hace, además, que esas disposiciones puedan incluso ser objeto de interpretación mediante opiniones consultivas por la CorteIDH.

III. LA VIOLACIÓN DE LA *JERARQUÍA* y *SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagró una norma medular que establece *la jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos*:

Artículo 23. 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

⁷³⁸ CIDH. “Informe Anual de 2016”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/indice.asp>

en 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. (Resaltados y cursivas nuestros).

En consecuencia, en nuestro sistema constitucional, los tratados que tienen contenido relativo a los derechos humanos tienen en el derecho interno la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional, por lo que adquieren la supremacía y en consecuencia la rigidez, propias de la Constitución.

Es indudable que la incorporación de la norma contenida en el artículo 23 de la Constitución de 1999 encuentra su fundamento además en la *Base Comicial Octava* de la Asamblea Nacional Constituyente, que expresamente dispuso que:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, **teniendo como límites los valores y principios** de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los **tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre** y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos. (Resaltados nuestros).

Dicha Base Comicial fue consultada y aprobada por el pueblo de Venezuela como depositario del poder constituyente originario. En efecto, mediante el referéndum consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, el 81.74% de los electores aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente conjuntamente con las

Bases Comiciales propuestas por el Presidente de la República⁷³⁹. De allí, que como consta en los archivos históricos de la Asamblea Nacional, se “*aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que redactara una nueva Constitución y reorganizara los Poderes Públicos, actuando como prolongación del Poder Constituyente originario que le pertenece*”⁷⁴⁰. Por lo cual, resulta evidente la voluntad popular inequívoca del poder constituyente originario del pueblo de Venezuela, expresado a través de la aprobación de dicha Base Comicial Octava, de instruir a la Asamblea Nacional Constituyente a fin de elaborar una nueva Constitución que reflejara en su contenido esencial los valores y principios de los tratados, acuerdos y compromisos especialmente sobre derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Asamblea Nacional Constituyente sancionó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual igualmente resultó aprobada por el pueblo mediante el referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999.

Debe reiterarse por tanto, que la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos contenida en el artículo 23 de la Constitución de 1999, encuentra su fundamento y respaldo en la voluntad manifestada por el pueblo de Venezuela, quien, en ejercicio de su poder constituyente originario, instruyó a la Asamblea Nacional Constituyente mediante la aprobación de la Base Comicial Octava, para que elaborara una nueva Constitución que reflejara en su contenido esencial los valores y principios de los tratados, acuerdos y compromisos especialmente sobre derechos humanos; y que dicha Constituyente así lo ejecutó al sancionar el artículo 23 de la Constitución, la cual fue a su vez aprobada por el referendo popular.

⁷³⁹ Ver resultados oficiales del Consejo Nacional Electoral de dicho referendo en ESDATA, “Referéndum Constituyente de 1999”. Disponible en: http://esdata.info/static/constituyente_1999

⁷⁴⁰ Dirección de Archivos y Biblioteca de la Asamblea Nacional, “El Poder Legislativo en la Historia”. Disponible en: <http://www.monitorlegislativo.net/media/historiaAN.pdf>

La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos representa una tendencia emergente en el constitucionalismo latinoamericano desde finales del siglo XX. En este mismo sentido, la Constitución de Argentina resultante de la reforma de 1994, le otorgó a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos (que enumera expresa y taxativamente en el artículo 75 inciso 22) *jerarquía constitucional*; y los demás tratados sobre derechos humanos, podrán gozar igualmente de dicha jerarquía constitucional (en caso de que luego de ser aprobados por el Congreso se les imponga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara).

Siguiendo esta tendencia, posteriormente, constituciones de varios países latinoamericanos, incluida la de Venezuela de 1999, han otorgado a los tratados sobre derechos humanos *jerarquía constitucional* (ej. Brasil, República Dominicana y Ecuador).

En el caso de Venezuela, a partir de la Constitución de 1999, todos los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos adquirieron por mandato expreso la jerarquía constitucional. En el caso de la Carta de la OEA, habiendo sido ratificada por Venezuela originalmente en 1951 así como todos sus Protocolos posteriores (Protocolo de Buenos Aires, el 10 de octubre de 1968; Protocolo de Cartagena de Indias, el 10 de agosto de 1993; Protocolo de Washington, el 25 de septiembre de 1997; y Protocolo de Managua, el 4 de abril de 1995⁷⁴¹) y siendo un tratado relativo a derechos humanos, dicha Carta adquirió la *jerarquía constitucional* expresa del artículo 23 constitucional, desde el momento mismo de la entrada en vigencia de la Constitución el 30 de diciembre de 1999⁷⁴².

⁷⁴¹ OEA. «Tratados Multilaterales Interamericanos» A-41, Firmas y Ratificaciones». Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos.

⁷⁴² G.O. No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

Ahora bien, una vez evidenciado que la Carta de la OEA es un tratado que sin duda alguna contiene disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos y, por tanto, tiene jerarquía constitucional, corresponde analizar las consecuencias jurídicas de la denuncia de dicho tratado; es decir, las violaciones a la Constitución causadas por la denuncia efectuada por el Presidente de la República de Venezuela, Nicolás Maduro, a la Carta de la OEA como un tratado relativo a derechos humanos. En efecto, la incorporación de los tratados relativos a los derechos humanos en la Constitución, y particularmente el otorgamiento de la jerarquía constitucional a éstos, tiene –al menos– las siguientes consecuencias violatorias del orden público constitucional de Venezuela, que en el presente caso evidencian los vicios de nulidad por inconstitucionalidad del acto mediante el cual el Presidente de la República denunció la Carta de la OEA:

3.1. El desconocimiento de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad*

La primera consecuencia es la incorporación de los tratados relativos a derechos humanos al *bloque de la constitución* también conocido como el *bloque de la constitucionalidad*. Ello significa que en Venezuela los tratados sobre derechos humanos tienen, para comenzar, la misma jerarquía que la propia Constitución, por mandato expreso de la norma contenida en el citado artículo 23 constitucional.

De allí que, en las fuentes directas del Derecho constitucional además de las normas constitucionales contenidas en el texto mismo de la Constitución, están igualmente incorporados en la misma categoría y jerarquía, todos los tratados relativos a los derechos humanos que hayan sido ratificados por Venezuela, como es el caso de la Carta de la OEA. Así, en los sistemas como el venezolano, en

los cuales los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional, el *bloque de la constitucionalidad* está integrado por el propio texto de la Constitución y por todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado –y las decisiones de los órganos de estos tratados-⁷⁴³.

La misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha aceptado la noción jurídica del *bloque de la constitucionalidad*, incorporando con base al artículo 23 a los tratados sobre derechos humanos. Así, en el caso *Harry Gutiérrez Benavides y otro*, dicha Sala Constitucional citando varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la propia Convención Americana, afirmó que todos ellos son “integrantes” “del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental”⁷⁴⁴. Ese criterio fue reiterado un año más tarde por esa misma Sala Constitucional en el caso *Esteban Gerbasi*, al afirmar que de los artículos 2, 22 y 23 de la Constitución “se desprende que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad”⁷⁴⁵. Y con posterioridad, la Sala Constitucional

⁷⁴³ El concepto del *bloque de la constitucionalidad* fue introducido en Francia por el profesor Favoreu y la jurisprudencia del Consejo Constitucional (Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, (Madrid: Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991), para referirse a los instrumentos jurídicos que tienen el mismo valor y el rango constitucional, lo que equivale a estar contenidos en la propia jerarquía de la Constitución. Ese bloque de la constitucionalidad contiene en Francia los siguientes elementos esenciales: la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (elementos marginales). Sin embargo, en Francia las normas internacionales no forman parte del referido bloque de la constitucionalidad, a diferencia de Venezuela donde los tratados relativos a los derechos humanos sí integran expresamente el *bloque de la constitucionalidad*.

⁷⁴⁴ SC/TSJ. Sentencia No. 23, caso *Harry Gutiérrez Benavides y otro*, de fecha 22 de enero de 2003. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/03-0017.htm>

⁷⁴⁵ SC/TSJ. Sentencia No. 1173, caso *Harry Gutiérrez Benavides y otro*, de fecha 15 de junio de 2004. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1173-150604-02-3215.htm>

al ratificar la existencia del bloque de la constitucionalidad integrado por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, incorporó a éste a las leyes constitucionales de descentralización previstas en el artículo 157 constitucional. Así, en el caso *Analya Belisario y otros vs. Consejo Nacional Electoral*, la Sala Constitucional dispuso lo siguiente:

Cabe agregar, que no sólo se circunscribe a servir de garantía de normatividad de la Constitución documental, sino que se extiende a todas las disposiciones del denominado bloque de la constitucionalidad, que comprende en Venezuela, a los tratados sobre derechos fundamentales, las eventuales leyes constitucionales que pudieran dictarse conforme lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución y los principios que informan la parte dogmática de la misma⁷⁴⁶.

La consecuencia jurídica de que los tratados sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional y, por tanto, integren el *bloque de la constitucionalidad* es que al ser norma suprema, vinculan al resto del ordenamiento jurídico, el cual debe sujetarse a ellos al igual que a la propia Constitución. Por lo cual, al igual que la Constitución, los tratados sobre derechos humanos son “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” por lo que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos (art. 7). De allí que todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (art. 25).

⁷⁴⁶ SC/TSJ. Sentencia No. 1089, caso *Analya Belisario y otros vs. Consejo Nacional Electoral*, de fecha 13 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1089-13711-2011-10-1369.html>

En este sentido, todos los jueces, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos (art. 334, encabezamiento). Por lo que, en caso de incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica con un tratado sobre derechos humanos, se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente (art. 334, primer párrafo). Además, cuando una ley, un acto que tenga rango de ley u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución colida con un tratado sobre derechos humanos, le corresponde declarar su nulidad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 334, segundo párrafo). En consecuencia, el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, debe en definitiva ser ejercido conjuntamente con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (art. 336).

Esta tesis no es novedosa en el Derecho constitucional contemporáneo, ya que desde 1989 en Costa Rica, la jurisdicción constitucional tiene asignada específicamente la competencia de controlar la “conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”⁷⁴⁷.

Así mismo, otra buena parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha desarrollado la incorporación de los tratados

⁷⁴⁷ *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, República de Costa Rica, No. 7135, de fecha 11 de octubre de 1989.

sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad* como consecuencia de la jerarquía constitucional de aquéllos.

La Corte Suprema de Justicia argentina, en el caso *Videla, Jorge Rafael y Massera, Jorge Rafael*⁷⁴⁸, declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto de indulto presidencial a los miembros de la junta militar durante la dictadura, por resultar violatorio de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la Convención Americana, que tienen *jerarquía constitucional* (art. 75, inciso 22), invocando para ello diversos casos de la CIDH y, en especial, el caso *Barrios Altos vs. Perú*⁷⁴⁹.

En esta línea de jurisprudencia constitucional, nuevamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver *la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma*, reiteró su jurisprudencia sobre la jerarquía constitucional de los instrumentos sobre derechos humanos, al sostener que éstos “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”⁷⁵⁰.

La Corte Constitucional colombiana en diversos casos, ha venido conformando la noción del bloque de la constitucionalidad, primero, incorporando a los tratados sobre derechos humanos y, segundo, a la jurisprudencia internacional. En este sentido, la Corte Constitucional en el caso *demanda de Inconstitucionalidad contra Las Expresiones “Grave” (Artículos de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal)*, reiteró su doctrina sobre un *bloque de constitucionalidad*, integrado por: “(i) el preámbulo, (ii) el articulado de

⁷⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, caso *Jorge Rafael Videla*, Sentencia 21 de agosto de 2003.

⁷⁴⁹ Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

⁷⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver *la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma*, Resolución 2000-09685 (expediente 00-008325-007-CO) de 1 de noviembre de 2000 y ver sentencia No. 2313-95.

la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos ([Constitución Política] artículo 93), (iv) las leyes orgánicas, y (v) las leyes estatutarias”⁷⁵¹. La Corte Constitucional colombiana también ha incorporado de una manera progresiva al bloque de la constitucionalidad las decisiones de los organismos internacionales creados por esos tratados de derechos humanos, en virtud de lo cual, evidentemente, ha incluido la jurisprudencia de la CIDH⁷⁵².

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, también ha afirmado la existencia de un *bloque de la constitucionalidad* de doble fuente, integrado por la constitución y los tratados sobre derechos humanos, incluida la jurisprudencia de la CorteIDH, la cual es de “carácter vinculante”⁷⁵³. La Sala Constitucional salvadoreña, incluso sin fundamento constitucional expreso, ha sido progresiva al incorporar indirectamente (“por vía refleja”) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad*⁷⁵⁴.

En conclusión, en el sistema constitucional venezolano, por disposición expresa del artículo 23 del Texto Fundamental, los tratados relativos a los derechos humanos como es el caso de la Carta de la OEA tienen *jerarquía constitucional*, lo cual conlleva como consecuencia, la incorporación de todos estos tratados al *bloque de la constitucionalidad o bloque de la constitución*. Siendo el acto analizado un acto de rango legal y por tanto infra constitucional, que desconoce la jerarquía constitucional de la Carta de la OEA

⁷⁵¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C- 148/05, 22 de febrero de 2005.

⁷⁵² Corte Constitucional de la República de Colombia, *Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*, Sentencia T-1319/01, 7 de diciembre de 2001.

⁷⁵³ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Resolución No. 1920-2003, 13 de noviembre de 2003.

⁷⁵⁴ Sala Constitucional de El Salvador, *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*. Sentencia de 1 de abril de 2004 (Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003).

al pretender de manera arbitraria su desincorporación del bloque de la constitucionalidad, éste se encuentra viciado de nulidad por violación del artículo 23 de la Constitución.

3.2. La violación de la supremacía constitucional

La supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico interno está representada en la imposibilidad de que ésta sea modificada o derogada por otros mecanismos ordinarios, incluso por los establecidos para la legislación ordinaria. La supremacía y la consecuente garantía de la rigidez de la constitución significan la inhabilidad del Poder Ejecutivo (y en su caso incluso del Poder Legislativo), para modificar la Constitución. De esta forma, la supremacía de la Constitución es la primera condición para la existencia misma de un orden jurídico constitucional⁷⁵⁵. La supremacía constitucional es así una característica fundamental del Estado Constitucional mismo, por lo que una de las funciones de la Constitución es precisamente excluir materias de la libre disposición del poder constituido ordinario, y especialmente de los poderes ejecutivo y judicial⁷⁵⁶.

En este sentido, la consecuencia jurídica de que los tratados relativos a los derechos humanos tengan jerarquía constitucional y, por tanto, integren el *bloque de la constitucionalidad* es que vinculan con esa jerarquía en el derecho interno al resto del ordenamiento jurídico y a todos los Poderes Públicos, los cuales deben sujetarse a ellos al igual que a la propia Constitución. Por lo cual, al igual que la Constitución, la Carta de la OEA como tratado relativo a los derechos humanos es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” por lo que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos (art. 7).

⁷⁵⁵ Ver, Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell Sánchez (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (España, 2003) 49-74.

⁷⁵⁶ Peter Haberle, *El Estado Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007), 220-230.

De allí que todo acto del poder público que viole o pretenda anular los mecanismos de protección de los derechos humanos previstos en la Carta de la OEA es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (art. 25). Así mismo, todos los jueces, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos (art. 334, encabezamiento).

En el caso de los tratados relativos a los derechos humanos como es el caso de la Carta de la OEA, su supremacía constitucional en virtud del artículo 23 de la Constitución, trae como consecuencia necesariamente su rigidez constitucional. De allí que la protección formal de la supremacía de la Constitución está contenida en la *rigidez* para su reforma —en los casos permitidos— por los procedimientos agravados y especiales establecidos en el propio Texto Fundamental de enmienda y reforma constitucional, que incluyen al final su sometimiento a la consulta popular para ser aprobados mediante referendo (Constitución de Venezuela, arts. 340 a 346). La Constitución únicamente contiene un mecanismo excepcional de carácter “flexible” que es la cláusula de la descentralización (art. 157), la cual autoriza a la transferencia de determinadas competencias constitucionales del poder nacional a los estados y municipios (art. 156), dando lugar a “leyes constitucionales”.

Por ello, una vez incorporado un tratado relativo a derechos humanos al bloque de la constitucionalidad como es el caso de la Carta de la OEA, el mismo sólo podría ser denunciado en los casos en que proceda —conforme al Derecho internacional y al Derecho constitucional— siguiendo para ello los procedimientos de modificación o de creación de una nueva constitución. Decimos en los casos en que proceda conforme al Derecho internacional, porque

dada la naturaleza propia de los tratados de derechos humanos, si éstos no establecen una cláusula expresa de denuncia ésta no es posible. Tal es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme ha sido además el criterio del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁷⁵⁷. En el mismo sentido, conforme al Derecho constitucional e internacional en virtud del principio de progresividad en materia de derechos humanos, un tratado sobre derechos humanos con jerarquía constitucional incluso no podría denunciarse mediante la enmienda, la reforma o una asamblea nacional constituyente, ya que significaría una *regresión* inaceptable de una protección más favorable.

Este principio de la supremacía constitucional de los tratados de derechos humanos se justifica en que fue la intención del constituyente cerrar un sistema de protección de las normas sobre derechos humanos que le impida al Poder Ejecutivo denunciar un tratado con el fin de sortear la responsabilidad internacional que pudiera atribuírsele por incumplimiento de algunas de sus normas⁷⁵⁸.

Así, por ejemplo, en el caso de Argentina –con sus diferencias y similitudes al caso de Venezuela–, conforme a la nueva norma constitucional expresa los tratados sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución y por tanto de su supremacía (art. artículo 75 inciso 22). Por ello, estos tratados sólo pueden ser denunciados mediante el cumplimiento de un procedimiento agravado, previsto en la Constitución: la previa

⁷⁵⁷ Ver el criterio del Comité de Derechos Humanos de la ONU frente a la pretendida denuncia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de Corea del Norte en *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por los Órganos de Derechos Humanos creados en virtud de Tratados*, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev. 3.

⁷⁵⁸ Juan Pablo Cafiero, Marta Ruth Faur, Esteban Miguel Llamosas, Juan Méndez, Rodolfo Ponce de León & Cristina María Vallejos, *Jerarquía Constitucional de los tratados internacionales*, (Buenos Aires: Astrea, 1996), 52.

aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Esa rigidez constitucional de los tratados de derechos humanos ha sido fundada además en el *principio del paralelismo de competencias* entre los poderes del Estado⁷⁵⁹. Según este principio, las mismas voluntades que se requieren para celebrar, aprobar y ratificar un tratado deben estar presentes para su denuncia. Es decir, si en la negociación, firma y ratificación del tratado interviene el Poder Ejecutivo, y en su aprobación interviene el Poder Legislativo; entonces en la autorización de la denuncia debe intervenir el Poder Legislativo y, en la denuncia internacional, el Poder Ejecutivo.

En Venezuela a pesar de que hemos sostenido que los tratados sobre derechos humanos no pueden denunciarse ni siquiera enmendando ni reformando la constitución ni dictando una nueva, en todo caso, como base mínima debe aplicarse el principio de la rigidez constitucional previsto en el artículo 333 de la Constitución conforme al cual, “Esta 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”. Por lo cual, si un tratado sobre derechos humanos con jerarquía y supremacía constitucional, como es el caso de la Carta de la OEA que integra por tanto el bloque de la constitucionalidad, pretende ser desprendido de la Constitución por el Poder Ejecutivo –como ha sido el caso de la denuncia-, dicho acto es groseramente violatorio de la Constitución, al pretender modificarla por un medio distinto al previsto en ella. La sanción a esa violación constitucional no es otra, que su nulidad.

Incluso, además de la violación del artículo 23 constitucional argumentada *supra*, en este caso se configura una clara usurpación

⁷⁵⁹ Juan Pablo Cafiero, Marta Ruth Faur, Esteban Miguel Llamosas, Juan Méndez, Rodolfo Ponce de León & Cristina María Vallejos. *op.cit.*, 52 y 53.

de autoridad, ya que en ningún caso tiene competencia el Presidente de la República ni sus Ministros para modificar la Constitución. Como argumentamos, la Constitución establece los mecanismos para su modificación (enmienda o reforma, arts. 340 a 347) o para dictarse una nueva constitución (asamblea nacional constituyente, arts. 347 a 24). Por lo que conforme al artículo 333 de la Constitución, ésta no perderá su vigencia, si es derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En conclusión, la denuncia de la Carta de la OEA por el Poder Ejecutivo viola la jerarquía constitucional de dicho instrumento conforme a su artículo 23 y, por tanto, la supremacía y la rigidez de la Constitución. En consecuencia, la autoridad usurpada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el acto de la denuncia de la Carta de la OEA es “ineficaz”, y la sanción a esta usurpación, por expresa disposición constitucional, es que dicho acto es “nulo”.

3.3. El debate constituyente sobre el artículo 23 revela la decisión expresa de los constituyentes de prohibir la denuncia de tratados relativos a derechos humanos

Si quedase alguna duda de que la norma contenida en el artículo 23 constitucional al otorgarle jerarquía constitucional a los tratados relativos a los derechos humanos prohíbe e impide su denuncia por el Poder Ejecutivo, esta conclusión está confirmada expresamente en el contenido del debate y la aprobación de dicha norma por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999.

Si bien la interpretación original no es absoluta dado el dinamismo que caracteriza la evolución de las sociedades y el carácter de las constituciones como instrumentos vivos (*living instrument*), sí constituye una herramienta útil y definitiva para identificar cuál fue la intención expresa de los diputados constituyentes al aprobar una disposición e incluso la intención de los silencios deliberados.

Del debate de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el artículo 23 de la Constitución evidencia que los constituyentes tomaron la decisión de otorgarle la jerarquía constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, expresamente para que no existiera ninguna posibilidad de que estos pudieran ser denunciados ni derogados.

En efecto, originalmente el texto del artículo 23 propuesto contenía un segundo párrafo o aparte final, que establecía la posibilidad de que los tratados relativos a derechos humanos pudiesen ser denunciados por el Ejecutivo previa autorización parlamentaria por la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus miembros: Estos tratados sólo podrán ser denunciados por el Ejecutivo Nacional cuando resulte procedente, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros (de cada una de las Cámaras) de la Asamblea Nacional⁷⁶⁰.

En el debate constituyente relativo al artículo 23 se planteó expresamente la eliminación de este párrafo, debido a que si a los tratados relativos a derechos humanos se les estaba otorgando la “jerarquía constitucional”, en consecuencia, no podían ser denunciados por el Ejecutivo Nacional. En este debate se expresó además el “peligro” de que en un momento dado una mayoría parlamentaria extrema pudiera autorizar a un Presidente de la República a denunciar un tratado sobre derechos humanos, lo cual no solo era “contradictorio” con su jerarquía constitucional, sino que violaba el principio de progresividad. Veamos un resumen de este debate (con los resaltados nuestros), el cual nos permite ratificar la inconstitucionalidad de la denuncia hecha por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de la Convención Americana

⁷⁶⁰ Asamblea Nacional Constituyente. República de Venezuela. Gaceta Constituyente (Diario de Debates). Octubre-Noviembre, 1999. Sesión ordinaria No. 25, de fecha 21 de octubre de 1999, Imprenta del Congreso de la República. Caracas, Venezuela, pág. 4

y, en este caso, de la Carta de la OEA por violar su jerarquía y la consecuente rigidez constitucional de los tratados relativos a derechos humanos:

(i) **Primera discusión del artículo 23: Sesión del día 21 de octubre de 1999**⁷⁶¹

EL SECRETARIO.-(*Lee*):

“Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, 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 las leyes de la República.

Estos tratados sólo podrán ser denunciados por el Ejecutivo Nacional cuando resulte procedente, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros (de cada una de las Cámaras) de la Asamblea Nacional”.

[...]

CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).- Ciudadano Presidente, colegas Constituyentes: Con respecto al artículo 23, quiero hacer una reflexión y quisiera escuchar también la opinión de otros constituyentes y, sobre todo, de los expertos en el tema, porque **tengo una preocupación con respecto a la segunda parte del artículo, donde se señala:**

“...Estos tratados sólo podrán ser denunciados por el Ejecutivo Nacional cuando resulte procedente, previa aprobación

⁷⁶¹ Asamblea Nacional Constituyente. República de Venezuela. Gaceta Constituyente (Diario de Debates). Octubre-Noviembre, 1999. Sesión ordinaria No. 25, de fecha 21 de octubre de 1999, Imprenta del Congreso de la República. Caracas, Venezuela, págs. 4 a 23.

de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros (de cada una de las Cámaras) de la Asamblea Nacional”.

Hay algunas organizaciones de Derechos Humanos del país y tengo esa preocupación también, que señalan lo peligroso de **este segunda parte, porque con una mayoría circunstancial, equis, con una mayoría de un partido político que gane unas elecciones, puede echarse atrás un convenio internacional en materia de derechos humanos y se pueden violentar derechos del ciudadano, producto precisamente de una mayoría circunstancial.**

En mi opinión y, por supuesto, respeto las opiniones que quizás van a tener otros miembros de la Constituyente, esto es **peligroso**. Diría que discutiéramos en torno a la conveniencia de eliminar esta segunda parte para no entrar a proponer directamente que establezcamos la irrenunciabilidad de los tratados y convenios en materia de derechos humanos.

Tengo esa preocupación, porque estoy seguro de que **en cualquier momento de nuestra etapa histórica pudiésemos tener una mayoría parlamentaria sumamente reaccionaria, enemiga de los derechos humanos, que pueda tratar de denunciar estos tratados sobre derechos humanos y hacer lo que están haciendo algunos gobernantes que se disfrazan de demócratas en América Latina, como en el caso de Perú**, por ejemplo, donde se denunció el tratado sobre la aplicación de la pena de muerte.

Los tratados en materia de derechos humanos creo que son avances de la humanidad, son logros colectivos e individuales y **me parece que son irrenunciables e indenunciables.**

[...]

El constituyente Allan Brewer Carías defendió la jerarquía y rigidez constitucional de los tratados relativos a derechos humanos en el texto propuesto, con el argumento que en consecuencia estaban protegidos precisamente a través de esa mayoría parlamentaria calificada de las dos terceras partes:

CONSTITUYENTE BREWER CARÍAS (ALLAN).-

[...]

Luego, la segunda parte, es darle protección justamente a esos tratados en materia de Derechos Humanos. Desde el momento en que tienen jerarquía constitucional hay que tratar de darle la misma **rigidez constitucional**, y la forma es establecer esta mayoría de dos terceras partes, al menos para que puedan ser denunciados

De manera que insisto en esta norma y creo que le va a dar una gran progresividad a la protección de los derechos en el ordenamiento venezolano.

A continuación, en el debate se fue perfilando el apoyo a la propuesta de eliminar del aparte del artículo 23, como mecanismo para aclarar y asegurar que los tratados sobre derechos humanos no pudiesen nunca ser denunciados incluso con aprobación parlamentaria calificada, en virtud de su jerarquía constitucional otorgada en el encabezamiento de dicho artículo y el principio de progresividad:

EL PRESIDENTE.-Tiene la palabra el constituyente Aristóbulo Istúriz.

CONSTITUYENTE ISTÚRIZ (ARISTÓBULO).-Ciudadano Presidente: Creo que no es necesaria la explicación extraordinaria que hicieron los constituyentes Tarek Williams

Saab y Allan Brewer Carías, para entender la importancia de este artículo.

En lo que ha planteado el constituyente Vladimir Villegas, que es el aparte, quisiera que hubiesen más explicaciones, porque si se mantiene es contradictorio con el artículo 19, que dice: “El Estado garantiza a toda persona el **principio de progresividad**, el ejercicio y goce irrenunciable de los derechos.”

Si firmamos **un tratado de protección y defensa de los Derechos Humanos**, evidentemente que es una conquista, y no podemos renunciar a ella. El carácter progresivo significa que debo ir más allá, no puedo retroceder, no puedo renunciar a él, y aquí la denuncia implica revocar, que significa renunciar a la conquista. Puedo firmar un tratado superior, lo que no puedo es renunciar a una conquista que he logrado en materia de Derechos Humanos.

El carácter “irrenunciable” y el carácter “progresivo” chocan con este aparte de este artículo.

[...]

CONSTITUYENTE VALERA (IRIS).-[...] Así mismo estoy de acuerdo con lo que ha propuesto el constituyente Vladimir Villegas que se le elimine el Aparte Único que tiene ese artículo. Es todo.

[...]

CONSTITUYENTE VILLEGAS (VLADIMIR).-Ciudadano Presidente: Me siento interpretado en las intervenciones de los constituyentes Aristóbulo Istúriz e Iris Valera.

[...]

Al final de este primer debate sobre el artículo 23, su encabezado otorgándole la jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos quedó aprobado con algunas modificaciones, pero la decisión expresa de eliminar el aparte se tomaría más adelante:

[...]

“Los tratados, pactos y convenciones relativas 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 las leyes de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Queda igual el último párrafo.”

EL PRESIDENTE.-Lea el último párrafo

EL SECRETARIO.-(*Lee*): “Estos tratados sólo podrán ser denunciados por el Ejecutivo Nacional cuando resulten procedentes, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras de la Asamblea Nacional”.

(En consideración. Cerrado el debate. Se vota. Aprobada)

Luego de la aprobación del Anteproyecto de Constitución en primera y en segunda discusión, se sometieron nuevamente a consideración algunos artículos, entre ellos, el artículo 23 a una Comisión Especial de Consenso. El informe de dicha Comisión Especial fue presentado para su aprobación por el propio Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, Luis Miquelena, quien en dicha oportunidad propuso eliminar por ser “contradictorio” del segundo aparte del artículo 23 que

permitía la denuncia de los tratados sobre derechos humanos a pesar de su jerarquía constitucional en caso de autorización parlamentaria de las dos terceras partes. Lo relevante es que esa eliminación fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, con decisión expresa de que *los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos no pueden ni tienen posibilidad de ser denunciados ni derogados*.

**(ii) Modificaciones de la Comisión Especial de Consenso:
Sesión del día lunes 15 de noviembre de 1999⁷⁶²**

Orden del Día

Único: Considerar las modificaciones que presenta la Comisión Especial de Consenso designada para los estudios de los artículos aprobados del anteproyecto de Constitución.

[...]

(Luego de la aprobación del Anteproyecto de Constitución en segunda discusión, se sometieron nuevamente a consideración algunos artículos, entre ellos, el artículo 23).

[...]

(EL PRESIDENTE): Está previsto que la sesión de hoy sea sin debate, una sesión para informarles a ustedes lo que estuvimos haciendo desde esta mañana, y podría ser relativamente corta.

[...]

La comisión designada por ustedes en el día de ayer se instaló en el salón que sirve de antesala a este Hemiciclo, desde la 9

⁷⁶² Asamblea Nacional Constituyente. República de Venezuela. Gaceta Constituyente (Diario de Debates). Noviembre 1999-Enero 2000. Sesión ordinaria No. 25, de fecha 15 de noviembre de 1999, Imprenta del Congreso de la República. Caracas, Venezuela, pág. 4.

de la mañana, y estuvo trabajando hasta este momento en que la suspendimos para esta plenaria. Abordamos algunos puntos sobre los cuales hubo consenso, y es efectivamente lo que vamos a dar a conocer a ustedes.

[...]

(EL PRESIDENTE): **En el artículo 23, se habla de los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, y a esos pactos sobre derechos humanos se les otorga en este artículo jerarquía constitucional.** Cito el artículo: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno”. **Pero, inmediatamente en el segundo párrafo del mismo artículo, dice lo siguiente: “Estos tratados sólo podrán ser denunciados por el Ejecutivo Nacional cuando resulte procedente, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Nacional.”** Esto es una *contradicción*, porque *los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos no pueden ser ni denunciados ni derogados por Venezuela. Entonces, se acordó eliminar el segundo párrafo, mantener la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, sin ninguna posibilidad de que podamos derogarlos ni denunciarlos.*

[...]

(iii) **Aprobación de la modificación del artículo 23: Continuación de la Sesión Permanente de día lunes 15 de noviembre de 1999/ Reunión del día 16 de noviembre de 1999**⁷⁶³

Orden del Día

[...]

5.- Informe que presenta la *Comisión Especial de Consenso designada para el estudio de los artículos y de las Disposiciones Transitorias aprobadas en el anteproyecto de Constitución.*

6.-Cierre de la sesión.

[...]

EL SECRETARIO.- (Lee):

Artículo 23.- 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 las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Es todo, ciudadano Presidente.

EL PRESIDENTE.-**En este artículo se eliminó la última parte, que decía: “Estos tratados sólo podrán ser denunciados por el Ejecutivo Nacional”. Ayer dimos la explicación.** Los ciudadanos constituyentes que estén por aprobar el artículo en los términos leídos se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (Pausa). Aprobado. (Resaltados y subrayados añadidos).

⁷⁶³ Asamblea Nacional Constituyente. República de Venezuela. Gaceta Constituyente (Diario de Debates). Noviembre 1999-Enero 2000. Sesión ordinaria No. 25, de fecha 16 de noviembre de 1999, Imprenta del Congreso de la República. Caracas, Venezuela, pág. 16.

En consecuencia, es evidente que el objeto, propósito y razón del artículo 23 de la Constitución al otorgarle la jerarquía constitucional a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, fue incorporarlos al bloque de la constitucionalidad en el Derecho interno vinculando directamente a todos los órganos del poder público conforme al principio de progresividad; y, en consecuencia, impedir que estos tratados pudiesen ser denunciados.

De allí que la denuncia de la Convención Americana y ahora la Carta de la OEA por el Presidente de la República configura una violación directa de la Constitución, dado que éstos constituyen tratados relativos a derechos humanos y, por tanto, de conformidad con el artículo 23 del Texto Fundamental, tienen jerarquía constitucional y por ello tienen las garantías de la supremacía y rigidez constitucional.

IV. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE *PETICIÓN INTERNACIONAL*

El artículo 31 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona de petición, tutela, protección o amparo internacional de sus derechos humanos, en los términos siguientes:

Artículo 31. 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 en la ley, las medidas que sean necesarias para dar **cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.** (Resaltados nuestros).

En este caso, la denuncia de la Carta de la OEA constituye una grave violación a este derecho denominado de petición, tutela, protección o amparo internacional de los derechos humanos, reconocido en el artículo 31 constitucional, toda vez que imposibilita el acceso a los mecanismos residuales de protección de los derechos humanos con los que contaban todas las personas en Venezuela, incluso después de la entrada en vigor en fecha 10 de septiembre de 2013 de la también inconstitucional denuncia de la Convención Americana. En efecto, de conformidad con la cláusula de denuncia contenida en dicha Convención, ésta tiene por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en ese tratado en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él *con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efecto*⁷⁶⁴. Por lo cual, (i) *para los hechos ocurridos antes del 10 de septiembre de 2013*, siguen en vigor la Convención y tanto la competencia de la CIDH como la CIDH; pero (ii) *para los hechos ocurridos después del 10 de septiembre de 2013*, la protección internacional de los derechos humanos ante el sistema interamericano quedó concentrada en la CIDH, en virtud de ser éste precisamente un órgano principal de la Carta de la OEA.

De allí que bajo esas circunstancias, el derecho de petición individual consagrado en el artículo 31 de la Constitución, para los hechos ocurridos después del 10 de septiembre de 2013, se ejerce ante la CIDH bajo la Declaración Americana (1948) y otros instrumentos de derechos humanos, el Estatuto y el Reglamento de la CIDH, la cual tiene competencia no solo para conocer, tramitar y decidir los casos que le son planteados por personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano, sino para adoptar igualmente medidas cautelares de protección y conceder audiencias sobre dichos casos. En este sentido, basta comprobar la continuación

⁷⁶⁴ Art. 78.2, Convención Americana.

del trabajo de la CIDH respecto a hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la denuncia de la Convención Americana, que configuran violaciones de –los mismos- derechos pero ahora bajo la Declaración Americana, en los cuales dicho órganos han recibido para iniciar su trámite o innumerables situaciones graves y de daños irreparables para las personas en las cuales ha expedido medidas cautelares de protección⁷⁶⁵.

El Derecho constitucional de petición internacional consiste en el derecho de todas las personas a acceder a los órganos internacionales para que conozcan de las denuncias de violaciones a derechos humanos sobre las cuales tengan competencia y, en su caso, para obtener de dichos órganos la protección efectiva. El derecho, por tanto, no se limita formalmente al derecho de *acceder* a dichos órganos, sino se extiende al derecho a una tutela efectiva por parte de los órganos internacionales a los cuales se acceda. En este sentido, la norma prevista en el artículo 31 constitucional no se limita al mero conocimiento de los órganos internacionales, sino a la obligatoriedad del Estado a que dichas situaciones violatorias a derechos humanos sean reparadas de manera efectiva. Como lo hemos expuesto, la Carta de la OEA establece a la CIDH, como un órgano principal de dicho tratado, para la promoción y defensa de los derechos humanos.

Este derecho convencional de petición internacional de las personas ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, quedó “constitucionalizado” por disposición del artículo 31 del Texto Fundamental. Por lo cual, no puede pretenderse la eliminación del derecho de petición internacional mediante la denuncia por el Ejecutivo Nacional de la Carta de la OEA.

⁷⁶⁵ Ver los *Informes Anuales de la CIDH* correspondientes a los años 2013 en adelante, especialmente en sus capítulos sobre casos, denuncias recibidas, informes y medidas cautelares. Disponibles en: www.cidh.org

La Carta de la OEA permite que a través de sus propósitos y concretamente a través de la CIDH pueda monitorear el cumplimiento por el Estado de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En el caso del Estado venezolano, luego de la entrada en vigor de la denuncia inconstitucional de la Convención Americana, las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos se fundamentan en la Carta de la OEA conjuntamente con la Declaración Americana, así como los demás tratados interamericanos.

Cuando las violaciones a los derechos humanos no son reparadas por los mecanismos de Derecho interno, la jurisdicción nacional debe considerarse agotada conforme a las reglas y excepciones del Derecho internacional y, en consecuencia, se habilita a las personas para acudir a la protección internacional de los derechos humanos. Este último mecanismo que ha sido denominado el “amparo internacional”, Cappelletti lo concibió de amparo individual a nivel “supranacional” el cual se ejerce con base en un “bill of rights transnacional” ante un organismo también transnacional (Corte Europea de Derechos Humanos)⁷⁶⁶. Gimeno Sendra emplea el término de “amparo internacional” para referirse a las reclamaciones individuales de las personas (víctimas) ante la Corte Europea de Derechos Humanos frente a las lesiones a sus derechos humanos o libertades fundamentales provenientes de los poderes públicos de los Estados integrados al Consejo de Europa y signatarios del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (“Convenio Europeo”)⁷⁶⁷. En efecto, con ocasión de la entrada en vigencia del Protocolo Adicional No. 12, la Comisión y la Corte Europeas se habrán fusionado a finales de 1998 en un solo órgano

⁷⁶⁶ Ver, Mauro Cappelletti, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, (México Editorial PORRUA, C.A., 1993), 45 y siguientes.

⁷⁶⁷ Vicente Gimeno Sendra, y José Garberi LL., *Los procesos de amparo (ordinario constitucional e internacional)*, (Madrid, 1994), 237 y siguientes.

denominado Tribunal (o Corte) Europeo de Derechos Humanos, al cual podrán acudir directamente las víctimas de violación de sus derechos humanos bajo el Convenio Europeo⁷⁶⁸.

En este sentido, el artículo 112 de la Carta (art. 111 de la Carta Reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias) dispone:

Habrá una **Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos** y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia. (Resaltados añadidos).

Por su parte, el artículo 150 de la Carta dispone:

Mientras no entre en vigor la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos a que se refiere el Capítulo XVIII (Capítulo XVI de la Carta reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias), la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos.

Como lo ha sostenido la CIDH:

[E]stas normas atribuyen a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos y estos derechos no son otros que los enunciados y definidos en la Declaración Americana. Es lo que se deduce del artículo 1 del Estatuto de la Comisión, aprobado por

⁷⁶⁸ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Restructuring the Control Machinery Established Thereby, November 1, 1997, Council of Europe, versión original en inglés.

la resolución No. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979⁷⁶⁹. (Resaltados añadidos).

El artículo 1 del Estatuto de la CIDH dispone que por “derechos humanos”, en el caso de los Estados Miembros de la OEA que no sean parte de la Convención Americana, se entienden los derechos consagrados en la Declaración Americana. Y los artículos 18, 19 y 20 del mismo Estatuto desarrollan estas atribuciones de la CIDH respecto de estos Estados.

La CIDH ha sostenido que a la luz de la Carta de la OEA y la evolución del Derecho interamericano, la Declaración Americana es así fuente de verdaderas obligaciones internacionales, como lo han reconocido los Estados Miembros de la OEA:

42. La Asamblea General de la Organización **ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA.** Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977, encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que “consigue la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En la resolución 371 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó “su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y en la resolución 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los “compromisos internacionales”

⁷⁶⁹ CortelDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 41.

de respetar los derechos del hombre “reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” por un Estado Miembro de la Organización.[...] (Resaltados añadidos)⁷⁷⁰. (Resaltados añadidos).

De allí que en el caso de la Carta de la OEA, la propia CIDH haya sostenido que este tratado se integra con la Declaración Americana, a los fines de **precisar el contenido de las verdaderas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las OEA**, pero especialmente para aquellos Estados que no son Parte de la Convención Americana –como el caso de Venezuela luego de la entrada en vigor de su inconstitucional denuncia en 2013-:

43. Puede considerarse entonces que, **a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración**, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

[...]

45. **Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta**. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto

⁷⁷⁰ CorteIDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, **para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.**

46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto. (Resaltados añadidos).

En concreto, la CIDH ha reconocido que **la Carta de la OEA es un *tratado concerniente a la protección de los derechos humanos* en los Estados americanos, con base en lo cual afirmó su competencia consultiva para interpretarla** con base en el artículo 64.1:

44. Teniendo en cuenta que la **Carta de la Organización** y la Convención Americana son **tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1**, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su

competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos⁷⁷¹. (Resaltados añadidos).

Por ello es determinante los efectos regresivos y excluyentes de la protección internacional de los derechos humanos a través de la CIDH, una vez que entre en vigor la denuncia de la Carta de la OEA.

No obstante, lo anterior, es importante dejar en claro, que

- 1) Aun después que entre en vigor la denuncia de la Carta de la OEA, el Estado venezolano no queda desligado de las obligaciones internacionales bajo la Convención Americana mientras estuvo en vigencia. Esta es sin lugar a dudas una de las “obligaciones emanadas de la presente Carta”⁷⁷² que debe cumplir el Estado para poder quedar desligado de la OEA; y
- 2) La denuncia de la Carta de la OEA no tiene efectos retroactivos, por lo que a semejanza de las normas intertemporales de denuncia de la Convención Americana⁷⁷³, la denuncia de la Carta de la OEA no tendrá por efecto desligar a Venezuela como Estado Miembro de la OEA de las obligaciones de protección de los derechos humanos contenidas en dicha Carta en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.
- 3) Las obligaciones internacionales derivadas de otros tratados sobre derechos humanos del sistema interamericano

⁷⁷¹ CorteIDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

⁷⁷² Art. 143, Carta de la OEA.

⁷⁷³ Art. 78.2, Convención Americana.

de los cuales Venezuela sigue siendo un Estado Parte y por tanto están en vigor, igualmente deben considerarse “obligaciones emanadas de la presente Carta”⁷⁷⁴ que debe cumplir el Estado para poder quedar desligado de la OEA. En efecto, a pesar de haber denunciado la Carta de la OEA –y la Convención Americana-, Venezuela no se haya excluida por completo del sistema interamericano, ya que continúa siendo parte de una serie de órganos especializados y tratados interamericanos especialmente de derechos humanos que contienen obligaciones internacionales sustantivas e incluso reconocen competencias de la CIDH –y en su caso incluso de la CorteIDH- desde su ratificación:

- A. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (ratificado el 26-8-1991);
- B. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (ratificado el 9-7-1994);
- C. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” (ratificado el 3-2-1995); y
- D. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ratificado el 28-9-2006).

En todo caso, por las razones antes expuestas, la denuncia de la Carta de la OEA constituye una franca violación al artículo 31 constitucional, al disminuir y en su caso excluir arbitrariamente el derecho de todas las personas a solicitar y obtener ante la Comisión Interamericana la protección internacional efectiva ante la

⁷⁷⁴ Art. 143, Carta de la OEA.

violación de los derechos reconocidos en Declaración Americana, -y demás instrumentos interamericanos en vigor.

Por lo tanto, el acto mediante el cual el Gobierno Venezolano denunció la Carta de la OEA, constituye una privación o exclusión del derecho de petición, tutela, amparo o protección internacional ante la Comisión Interamericana, por lo cual, dicho acto configura una violación de dicho derecho consagrado en el artículo 31 de la Constitución.

V. LA VIOLACIÓN DEL *PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD* DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 19 de la Constitución reconoce constitucionalmente el *principio de progresividad* de los derechos humanos, al establecer que:

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 esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. (Resaltados nuestros).

Esta norma constitucional fundamental en materia de derechos humanos, producto de su evolución en el ámbito internacional, es una consecuencia de la norma a su vez consagrada en el artículo 2 constitucional, la cual consagra la *preeminencia de los derechos humanos como Principio Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico*. Este principio conlleva la necesidad de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico del Estado venezolano de conformidad con la *preeminencia de los derechos humanos*, obteniendo como resultado un plexo de valores y normas que garanticen la vigencia de dicho principio fundamental. De esta

manera, el *principio de progresividad* conlleva como contenido esencial, que el Estado debe adoptar siempre la conducta que más favorezca el respeto, la garantía y la protección de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la progresividad conlleva la irreversibilidad de los derechos que han sido ya reconocidos como tales; es decir, que éstos una vez que han sido reconocidos como derechos inherentes a la persona humana, no pueden ser desconocidos ni disminuidos. Por ello, la progresividad trae consigo la obligación del Estado de reconocer los derechos humanos; de mantener un crecimiento constante de éstos, tanto en lo referente al reconocimiento de nuevos derechos como en la ampliación de los ya existentes; y finalmente, de no restringir los derechos humanos ya existentes, en tanto que éstos son conquistas de la persona, y por tanto su principio general es no revertir ni disminuir un derecho ya reconocido.

El propio Preámbulo de la Constitución expresa que ella se adopta en “ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático” que estableció como propósito fundamental de la nueva Carta Fundamental “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”. Además, como se evidenció del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, la aprobación del artículo 23 de la Constitución, relativo al otorgamiento de la jerarquía constitucional a los tratados relativos a derechos humanos, se hizo con el objeto y la intención deliberada de prohibirle e impedirle al Ejecutivo Nacional la denuncia de esos tratados, por la violación entre otros, al principio de progresividad en la materia.

En este sentido es importante añadir, que el principio de progresividad de los derechos humanos –como expusimos *supra*– encuentra fundamento no sólo en las normas constitucionales citadas, sino además en la citada Base Comicial Octava de la aprobación de

la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, que expresamente dispuso que:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, **teniendo como límites los valores y principios** de nuestra historia republicana, así como **el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre** y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos. (Resaltados y subrayados nuestros).

Ello significa, como se dijo, que *los derechos consagrados por la Constitución no pueden ser posteriormente desconocidos ni disminuidos, ya que su naturaleza de ser “inherentes a la persona” una vez reconocida no puede ser revertida* (art. 22, Constitución).

De esta forma, *la protección de los derechos humanos se plasma en un régimen que es susceptible de ampliación, mas no de restricción*. Así, la mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de derecho interno o de derecho internacional.

En esta dirección, la CIDH ha señalado que, *“si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”*⁷⁷⁵.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, en su oportunidad al pronunciarse sobre las pautas interpretativas del *principio de progresividad* de los derechos humanos, ha reconocido

⁷⁷⁵ CorteIDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva No. 5, del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 52.

que dicho principio se materializa a través de una estructura tridimensional, compuesta por (1) la obligación del Estado de permitir y promover el incremento del número de derechos humanos, (2) permitir y promover el crecimiento de la esfera de protección de dichos derechos, y finalmente, (3) fortalecer los mecanismos de tutela de dichos derechos. En este sentido, la Sala Constitucional estableció⁷⁷⁶:

El texto constitucional reconoce de manera expresa el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. **Tal progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección.** En este ámbito cobra relevancia la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales. (Resaltados nuestros).

Por lo cual, conforme a la interpretación vinculante realizada por la Sala Constitucional en la citada sentencia, la Constitución prohíbe la regresividad de los derechos humanos, por lo que está vedada la reducción o la reducción de la esfera de protección de

⁷⁷⁶ SC/TSJ. Sentencia No. 1709, caso *Desaplicación por control difuso del segundo aparte del artículo 376 del COPP*, de 7 de agosto de 2007; Sentencia No. 161, caso *Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad contra el artículo 493 COPP*, de 6 de febrero de 2007.

derechos humanos de las personas y, con más razón, la eliminación de los mecanismos internacionales existentes para su tutela.

Ahora bien, el acto del Gobierno Venezolano mediante el cual denunció ante la Secretaría General de la OEA la Carta de la OEA, constituye en una evidente **regresión de los derechos humanos y su protección internacional, en violación al principio de progresividad consagrado en el artículo 19 constitucional**, en virtud de que mediante dicho acto: (i) no sólo se eliminarían hacia el futuro y respecto de los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la denuncia, las obligaciones internacionales de garantía y respeto de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional; sino que además, (ii) hacia el futuro y respecto de los hechos ocurridos con posterioridad, se eliminarían el derecho de todas las personas reconocido en dicho instrumento internacional (así como en la Declaración Americana, el Estatuto y el Reglamento de la CIDH y los demás tratados interamericanos vigentes sobre derechos humanos) de protección internacional de las violaciones de sus derechos humanos ante la CIDH, igualmente reconocido expresamente en el artículo 31 constitucional, conforme al cual, “[t]oda persona tiene derecho (...) a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”.

Así la entrada en vigor de la denuncia de la Carta de la OEA despojaría a todas las personas, de forma inconstitucional del derecho protección internacional ante la CIDH, removiendo respecto a los hechos futuros, su potestad de protección internacional en casos relacionados a Venezuela y, por lo tanto, reduciendo el derecho de toda persona a acudir a los órganos de protección internacionales y, además, implicando una regresividad y debilitando los mecanismos propios para la tutela de los derechos humanos.

Es evidente, por tanto, que la denuncia de la Carta de la OEA conlleva una regresividad (expresamente inconstitucional) al excluir y restringir las obligaciones internacionales del Estado Venezolano de respeto, garantía y protección de los derechos reconocidos y que se derivan de dicho instrumento internacional, así como el derecho de protección ante la CIDH.

Por lo tanto, por las razones expuestas, el acto contenido en la denuncia de la Convención Americana es inconstitucional, en virtud de que viola la garantía de la progresividad y no-regresividad de los derechos humanos, reconocida en el artículo 19 de la Constitución.

VI. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE LAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES

En conclusión, la *denuncia* de la Carta de la OEA ejecutada por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, mediante comunicación de fecha 27 de abril de 2017, consignada en fecha 28 de abril de 2017 ante el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, es manifiestamente inconstitucional en virtud de violar las normas y principios constitucionales relativos a la jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, el derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, los requisitos y límites constitucionales de los estados de excepción, los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado venezolano y la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31,152 y 19, respectivamente, de la Constitución.

Las violaciones a la Constitución anteriormente analizadas, causadas por la denuncia de la Carta de la OEA por el Presidente de la República de Venezuela, fueron recogidas de manera resumida en un Pronunciamiento realizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales –de la cual formo parte como Individuo de

Número- en fecha 4 de mayo de 2017, en el cual llamaba a la OEA a considerar este acto absolutamente nulo para no sentar el precedente de permitir que los gobernantes de turno actúen al margen de la Constitución de sus países retirándolos ilegítimamente de esa organización para privar a sus ciudadanos de sus derechos fundamentales; y así mismo instó al Presidente de la República a rectificar esta decisión y dejar sin efecto la denuncia de la Carta de la OEA. Todo ello en los siguientes términos:

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA INCONSTITUCIONAL E ILEGÍTIMA DENUNCIA REALIZADA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA RESPECTO DE LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales condena la decisión del Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, contenida en comunicación de fecha 27 de mayo de 2017 entregada al Secretario General de la Organización, para iniciar el trámite de retiro de Venezuela de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la denuncia de la Carta de dicha Organización, ya que se trata de una decisión violatoria de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado:

1. La denuncia de la Carta de la OEA es violatoria de la Constitución, en virtud de que este instrumento internacional tiene “jerarquía constitucional” por ser un tratado que contiene disposiciones fundamentales relativas a los derechos humanos (art. 23). La Carta de la OEA forma parte e integra el “bloque de la constitucionalidad”, por lo que no se puede derogar ni denunciar (art. 333, Constitución) sino mediante la enmienda o la reforma de la propia Constitución.

2. La incompetencia del Presidente de la República para realizar esta denuncia está además desarrollada en los diarios de debate de la Asamblea Nacional Constituyente (sesión de fecha 16 de noviembre de 1999), en la discusión correspondiente al referido artículo 23, desde que en estas actas se constata la deliberación que condujo a la decisión expresa de eliminación absoluta de esta facultad presidencial, con el objetivo de impedir toda posibilidad de denuncia por parte del Ejecutivo Nacional de los Tratados en materia de derechos humanos.
3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los “órganos principales” de la Carta de la OEA. Luego de la inconstitucional denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —sobre la cual esta Academia se pronunció en rechazo mediante Pronunciamientos de fechas 14-5-2012 y 1-10-2013-, el derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas ante la Comisión Interamericana subsiste precisamente en virtud de que, siendo la CIDH un órgano principal de la Carta de la OEA, todos los Estados Miembros de esa Organización están sujetos a ella conforme a su Estatuto y Reglamento y los instrumentos de derechos humanos interamericanos vigentes. Este es igualmente un derecho constitucional expresamente consagrado en el artículo 31 de la Constitución, de dirigir quejas o peticiones a los organismos internacionales de derechos humanos creados por tratados, con el “objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”. Por lo cual, el desconocimiento o la disminución de ese derecho constituye una transgresión del principio de progresividad de los derechos humanos reconocidos en el artículo 19 del Texto Fundamental. Por lo cual, en virtud del mencionado

principio de progresividad, el derecho de protección internacional de los derechos humanos ante la CIDH debe permanecer en vigor por haberse incorporado como derechos inherentes a la persona humana, conforme a nuestra Constitución (art. 22).

4. La denuncia de la Carta de la OEA es un hecho de graves repercusiones nacionales e internacionales, ya que afecta, además, todo un conjunto de instrumentos jurídicos, de organismos especializados interamericanos y de agencias interamericanas en las más variadas materias, que forman parte del ordenamiento jurídico de las naciones civilizadas y de la cooperación internacional. Por todo ello, la denuncia de la Carta de la OEA es asimismo violatoria de los principios de actuación internacional de la República, particularmente los de “cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad” consagrados en el artículo 152.
5. En virtud del carácter y jerarquía constitucional y los demás principios constitucionales aquí expuestos, ni el Presidente de la República ni la Asamblea Nacional podían ni pueden modificar libremente la Constitución en la materia de tratados relativos a los derechos humanos, ya que esta no puede ser derogada “por cualquier otro medio distinto al previsto en ella” (art. 333). En todo caso, conforme a la Base Comicial Octava aprobada en referendo por el pueblo de Venezuela en 15 de agosto de 1999, es un deber del poder constituyente y por ende con mayor razón del poder constituido, respetar con base en el principio de progresividad los derechos y compromisos internacionales contenidos en los pactos, convenciones y tratados vigentes en Venezuela.

6. En consecuencia, la denuncia de la Carta de la OEA por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela configura una violación objetiva de la Constitución y un menoscabo de los derechos garantizados en ella, por lo cual dicho acto 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” (art. 25).
7. Llamamos la atención a la OEA y a sus Estados Miembros, para que rechacen la denuncia de la Carta de la OEA realizada por el Presidente de la República, pues ésta, al ser manifiestamente inconstitucional, debe ser considerada absolutamente nula. La OEA no debe sentar el precedente de permitir que los gobernantes de turno actúen al margen de la Constitución de sus países retirándolos ilegítimamente de esa organización para privar a sus ciudadanos de sus derechos fundamentales.
8. El Presidente de la República debe rectificar esta decisión, y así dejar sin efecto la denuncia de la Carta de la OEA, en beneficio de todas las personas bajo su jurisdicción y reparar así la grave inconstitucionalidad aquí denunciada⁷⁷⁷.

VII. LAS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD MANIFIESTA DE LA DENUNCIA DE LA CARTA DE LA OEA

La denuncia tanto de la Convención Americana como ahora de la Carta de la OEA, conforme hemos visto, configura una “violación

⁷⁷⁷ ACIENPOL. “Pronunciamiento sobre denuncia a la Carta de la OEA”. Texto disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20\(0317338xC4456\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20(0317338xC4456).pdf)

manifiesta” de la Constitución como norma suprema del Derecho interno de Venezuela. En efecto, como expresamos, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, mediante Comunicación de fecha 27 de abril de 2017, consignada en fecha 28 de abril de 2017 por la Embajadora Interina de Venezuela ante la Organización de Estados Americanos (“OEA), Carmen Luisa Velásquez, por ante el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, notificó al Secretario General de la OEA su decisión de denunciar la Carta de la OEA

De conformidad con la propia Carta OEA (artículo 143), una vez transcurridos dos (2) años de esta notificación, la denuncia entraría en vigor; y por ser precisamente un tratado de protección colectiva, esta notificación al Secretario General de la Organización, debe ser informada por él a los demás Estados parte de dicho instrumento, es decir, a todos los Estados miembros de la OEA. Es importante advertir, que, en todo caso, la denuncia de la Carta OEA no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esa Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efecto. Incluso, de acuerdo a esta misma disposición, aun transcurridos los dos años, la denuncia no tendrá efecto si el Estado denunciante no cumpliera con las obligaciones sustantivas y materiales emanadas de la Carta OEA.

Este acto del Presidente de la República, Nicolás Maduro, de denuncia de la Carta de la OEA, es nulo por constituir una violación manifiesta de la Constitución, específicamente de la jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos (art. 23), del derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos (art. 31), de los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano (art. 152), y la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 339, 31, 152 y 19, respectivamente. Por ende, de

conformidad con los principios generales de Derecho internacional codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dicha denuncia es nula y carece de efectos jurídicos, por haber sido realizada en violación manifiesta al Derecho interno.

En todo caso, conforme a la propia Carta de la OEA, dicha denuncia no entraría en vigor a los dos años de presentada, ya que Venezuela tiene obligaciones sustantivas pendientes de cumplimiento ante la OEA, fundamentalmente en materia de derechos humanos. Estas obligaciones del Estado venezolano son básicamente, aunque no exhaustivamente, las siguientes: Sentencias de fondo y reparaciones de la CorteIDH⁷⁷⁸; Casos en trámite ante la CorteIDH⁷⁷⁹; Medi-

⁷⁷⁸ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348; *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293; *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281; *Caso Brewer Carías Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278; *Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256; *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249; *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244; *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*, supra nota 41; *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233; *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, supra nota 13; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138; *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95; *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46; *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28; y *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C No. 19.

⁷⁷⁹ CortelDH, Robert Ignacio Díaz Loreto, David Octavio Díaz Loreto, Octavio Ignacio Díaz Álvarez y familiares. Caso 12.662. Fecha de remisión a la Corte: 6 de diciembre de 2017; Tulio Alberto

das Provisionales de la CorteIDH⁷⁸⁰; Informes de fondo de casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁷⁸¹; Casos en trámite ante la CIDH incluidos aquéllos en los cuales se

Álvarez. Caso 12.663. Fecha de remisión a la Corte: 5 de julio de 2017; y Linda Loaiza López Soto y familiares. Caso 12.797. Fecha de remisión a la Corte: 2 de noviembre de 2016.

⁷⁸⁰ CorteIDH. *Caso Luisiana Ríos y otros respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002; *Asunto Luis Uzcátegui respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002; *Asunto Liliana Ortega y otras respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002; *Asunto Marta Colomina y Liliana Velásquez respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de julio de 2003; *Asunto Diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia" respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004; *Asunto Carlos Nieto y otros respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de julio de 2004; *Asunto de la Emisora de Televisión "Globovisión" respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2004; *Asunto del Internado Judicial de Monagas ("La Pica") respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006; *Asunto del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006; *Caso Guerrero Gallucci y Martínez Barrios respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006; *Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2007; *Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008; *Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de agosto de 2009; *Asunto Guerrero Larez respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009; *Asunto Natera Balboa respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009; *Asunto Eloisa Barrios y otros respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de diciembre de 2009; *Asunto Belfort Istúriz respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de abril de 2010; *Caso del Caracazo respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010; *Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocarón" respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2010; *Asunto María Lourdes Afjuni respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 2010; *Asunto Internado Judicial de Ciudad Bolívar "Cárcel de Vista Hermosa" respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de mayo de 2011; *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011; y *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 2012.

⁷⁸¹ CIDH, Informe de Fondo No. 50/00, *Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela* de 13 de abril de 2000; Informe de Fondo No. 49/96, *Caso Eleazar Ramón Mavares Vs. Venezuela* de 17 de octubre de 1997; Informe de Fondo No. 2/84, *Caso Orlando Bosch, Luis Posada, Hernán Ricardo Lozano y Freddy Lugo Vs. Venezuela* de 17 de mayo de 1984.

ha publicado un informe de admisibilidad⁷⁸²; y Medidas Cautela-

⁷⁸² CIDH, Informe de Admisibilidad No. 164/17, Caso Santiago Adolfo Villegas Delgado Vs. Venezuela de 30 de noviembre de 2017; Informe de Admisibilidad No. 66/16, Caso Tamara Mariana Adrián Hernández Vs. Venezuela de 6 de diciembre de 2016; Informe de Admisibilidad No. 9/15, Caso Miembros de la Familia Chacín Richardt Vs. Venezuela de 29 de enero de 2015; Informe de Admisibilidad No. 69/15, Caso Juan Bautista Guevara Pérez y otros Vs. Venezuela de 28 de octubre de 2015; Informe de Admisibilidad No. 63/14, Caso Marta Colomina y Liliana Velásquez Vs. Venezuela de 24 de julio de 2014; Informe de Admisibilidad No. 59/13, Caso Rocío San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela de 16 de julio de 2013; Informe de Admisibilidad No. 10/13, Caso Pedro César Marcano Urriola Vs. Venezuela de 19 de marzo de 2013; Informe de Admisibilidad No. 91/12, Caso José Gregorio Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela de 8 de noviembre de 2012; Informe de Admisibilidad No. 20/12, Caso Aura de las Mercedes Pacheco Briceño y Balbina Francisca Rodríguez Pacheco Vs. Venezuela de 20 de marzo de 2012; Informe de Admisibilidad No. 122/11, Caso Dianora Maleno Vs. Venezuela de 19 de octubre de 2011; Informe de Admisibilidad No. 121/11, María Angélica González y otros Vs. Venezuela de 19 de octubre de 2011; Informe de Admisibilidad No. 114/11, Caso Marcel Granier y otros Vs. Venezuela de 22 de julio de 2011; Informe de Admisibilidad No. 14/11, Caso Orlando Edgardo Olivares Muñoz Vs. Venezuela de 23 de marzo de 2011; Informe de Admisibilidad No. 4/11, Petición P-289-08, Jimmy Rafael Guerrero Meléndez y Ramón Antonio Molina y familia Vs. Venezuela de 19 de febrero de 2011; Informe de Admisibilidad No. 154/10, Caso Linda Loaiza López Soto y familiares Vs. Venezuela de 1 de noviembre de 2010; Informe de Admisibilidad No. 01/09, Caso Benito Antonio Barrios y otros Vs. Venezuela de 17 de enero de 2009; Informe de Admisibilidad No. 22/09, Caso Igmara Alexander Landaeta Mejías Vs. Venezuela de 20 de marzo de 2009; Informe de Admisibilidad No. 23/09, Caso Raúl José Díaz Peña Vs. Venezuela de 20 de marzo de 2009; Informe de Admisibilidad No. 97/09, Caso Allan R. Brewer Carías Vs. Venezuela de 8 de septiembre de 2009; Informe de Admisibilidad No. 50/08, Caso Néstor José Uzcátegui y otros Vs. Venezuela de 24 de julio de 2008; Informe de Admisibilidad No. 51/08, Caso Robert Ignacio Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela de 24 de julio de 2008; Informe de Admisibilidad No. 52/08, Caso Tulio Alerto Álvarez Vs. Venezuela de 24 de julio de 2008; Informe de Admisibilidad No. 67/08, Caso Leopoldo López Mendoza Vs. Venezuela de 25 de julio de 2008; Informe de Admisibilidad N° 23/07, Caso Eduardo José Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela de 9 de marzo de 2007; Informe de Admisibilidad N° 22/07, Caso Joe Luis Castrillo González y otros Vs. Venezuela de 9 de marzo de 2007; Informe de Admisibilidad N° 7/07, Caso Oswaldo José Colmenares Mújica y otros Vs. Venezuela de 28 de febrero de 2007; Informe de Admisibilidad N° 36/06, Caso Francisco Usón Ramírez Vs. Venezuela de 15 de marzo de 2006; Informe de Admisibilidad N° 37/06, Caso Sebastián Echaniz Alcorta y Juan Víctor Galarza Mendiola Vs. Venezuela de 15 de marzo de 2006; Informe de Admisibilidad No. 38/06, Caso Mercedes Chocrón Chocrón Vs. Venezuela de 15 de marzo de 2006; Informe de Admisibilidad No. 29/06, Caso Carlos Rafael Alfonso Martínez Vs. Venezuela de 15 de marzo de 2006; Informe de Admisibilidad No. 60/06, Caso María Cristina Reverón Trujillo Vs. Venezuela de 20 de julio de 2006; Informe de Admisibilidad No. 96/06, Caso Jesús Mohamad Capote, Andrés Trujillo y otros Vs. Venezuela de 23 de octubre de 2006; Informe de Admisibilidad No. 97/06, Caso José Gerson Revanales Vs. Venezuela de 23 de octubre de 2006; Informe de Admisibilidad No. 22/05, Caso Johan Alexis Ortíz Hernández Vs. Venezuela de 25 de febrero de 2005; Informe de Admisibilidad No. 23/05, Caso Narciso Barrios y otros Vs. Venezuela de 25 de febrero de 2005; Informe de Admisibilidad N° 24/05, Caso Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera Vs. Venezuela de 8 de marzo de 2005; Informe de Admisibilidad N° 47/05, Caso Juan Santaella y Julio César Leañez Stevert Vs. Venezuela de 12 de octubre de 2005; Informe de Admisibilidad N° 48/05, Caso Euclides Rafael Moreno Morean de 12 de octubre de 2005; Informe de Admisibilidad N° 6/04, Caso Luisiana Ríos y otros Vs. Venezuela de 27 de febrero de 2004; Informe de Admisibilidad N° 7/04, Caso Gabriela Perozo y otros Vs. Venezuela de 27 de febrero de 2004; Informe de Admisibilidad N° 8/04, Caso Mauro Acosta Padrón y otros Vs. Venezuela de 27 de febrero de 2004; Informe de Admisibilidad N° 70/04, Caso Jesús Manuel Naranjo Cárdena y otros Vs. Venezuela de 13 de octubre de 2004; Informe de Admisibilidad N° 90/01, Caso Tomás Eduardo Cirio Vs. Venezuela de 10 de octubre de 2001;

res de la CIDH⁷⁸³.

Informe de Admisibilidad N° 91/01, Caso Roberto Javier Hernández Paz Vs. Venezuela de 10 de octubre de 2001; Informe de Admisibilidad N° 92/01, Caso José Francisco Rivas Fernández Vs. Venezuela de 10 de octubre de 2001; Informe de Admisibilidad N° 81/98, Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela de 28 de septiembre de 1998, Venezuela; Informe de Admisibilidad N° 49/96, Caso Eleazar Ramón Mavares Vs. Venezuela; Resolución N° 2/84, Caso Orlando Bosch, Luis Posada, Hernán Ricardo Lozano y Freddy Lugo Vs. Venezuela de 17 de mayo de 1984.

⁷⁸³ CIDH, Asunto Juan Carlos Caguaripano (MC No. 798/17) (8 de junio de 2018); Asunto Niños y niñas pacientes del área de Nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos (MC 1039/17) (21 de febrero de 2018); Asunto Santiago José Guevara, Venezuela (MC 383/17) (1 de diciembre de 2017); Asunto Ángel Omar Vivas Perdomo (MC 600/15) (27 de octubre de 2017); Asunto Johonnys Armando Hernández (MC 309/17) (8 de septiembre de 2017); Asunto Williams Dávila (MC 533/17) (6 de septiembre de 2017); Asunto Luisa Ortega Díaz y familia (MC 449/17) (3 de agosto de 2017); Asunto Julio Borges y otros (MC 403/17) (28 de julio de 2017); Asunto Henrique Capriles Radonski (MC 248/17) (2 de julio de 2017); Asunto Luis Florido (MC 616/16) (7 de abril de 2017); Asunto Lorenzo Mendoza y su familia (MC 994/16) (20 de enero de 2017); Asunto Miembros del partido Voluntad Popular (MC 475/15) (14 de enero de 2017); Asunto Braulio Jatar (MC 750/16) (22 de diciembre de 2016); Asunto Vladimir Araque Hainal (MC 701/16) (21 de octubre de 2016); Asunto Vasco da Costa (MC 498/16) (30 de septiembre de 2016); Asunto Américo de Grazia (MC 359/16) (21 de julio de 2016); Asunto Lester Toledo y otros (MC 413/16) (4 de junio de 2016); Asunto Centro de Coordinación Policial General José Francisco Bermúdez (MC 260/16) (26 de abril de 2016); Asunto Kamel Salame Ajami (MC 58/16) (15 de abril de 2016); Asunto Miguel Henrique Otero y otros (MC 179/15) (9 de noviembre de 2015); Asunto Marino Alvarado (MC 438/15) (14 de octubre de 2015); Asunto José Vicente Haro y Pierina Alejandra Camposeo (MC 127/15) (28 de agosto de 2015); Asunto Leopoldo López y Daniel Ceballos (MC 335/14) (20 de abril de 2015); Asunto Marco Antonio Ponce (MC 71/15) (20 de marzo de 2015); Asunto Alfredo Romero, Luis Betancourt y Yoseth Colmenares (MC 143/13) (17 de marzo de 2015); Asunto Lorent Saleh y Gerardo Carrero (MC 223/13) (2 de marzo de 2015); Asunto Rocío San Miguel (MC 349/11) (18 de enero de 2012); Asunto Familiares de los internos en las cárceles Rodeo I y Rodeo II (MC 219/11) (21 de enero de 2011); Asunto María Lourdes Afiuni (MC 380-09) (11 de enero de 2010); Asunto Franklin José Brito (MC 209-09) (11 de enero de 2010); Asunto Raúl José Díaz Peña, otorgada el 31 de octubre de 2005; Asunto Víctor López Yépez y Adda Pérez otorgada el 11 de marzo de 2004; Asunto Eloisa Barrios y familia otorgada el 22 de junio de 2004; Asunto Rafael Alfonso Martínez otorgada el 13 de enero de 2003; Asunto Carlos Tablante otorgada el 20 de junio de 2003; Asunto Yelitse Moreno Castillo otorgada el 29 de agosto de 2003; MC Gustavo Azocar otorgada el 3 de octubre de 2003; Asunto Periodistas de "El Nacional" otorgada el 11 de enero de 2002; Asunto Andres Mata otorgada el 28 de enero de 2002; Asunto Laura Castellanos, José Antonio Monroy, Argenis Uribe y David Pérez Hansen otorgada el 30 de enero de 2002; Asunto Luis Alfonso Fernández, Julio Gregorio Rodríguez García y demás trabajadores y periodistas de Venevisión otorgada el 28 de febrero de 2002; Asunto Ybéyise Pacheco, Patricia Poleo, Marta Colombina y Marianella Salazar, periodistas del diario "Así es la Noticia" otorgada el 12 de marzo de 2002; Asunto Yris Medina Cova, Hilda Páez, Maritza Romero, Aura Lizcano, Alicia de González, Carmen Alicia Mendoza y Liliana Ortega Mendoza, otorgada el 19 de abril de 2002; Asunto Dubraska Romero otorgada el 28 de mayo de 2002; Asunto Fernando Sánchez Colmenares otorgada el 23 de agosto de 2002; Asunto Carlos Tablante otorgada el 18 de septiembre de 2002; Asunto María Ramona Daza, María Presidia de Sivira, Llibeth Mendoza, Ingri Liliana Colmenares Mendoza, Ediarly Colmenares Mendoza, Doris Colmenares, Maria de Colmenares, José Gregorio Colmenares, Edgar Jovanny Colmenares, Dennys Colmenares, Mariela Mendoza Carvajal, Carlos Gilberto Mendoza Carvajal, Leydi Rodríguez, Walter Rodríguez Rodríguez, y Ligia de Agray otorgada

Estas obligaciones pendientes del Estado venezolano derivadas de instrumentos convencionales como la propia Carta de la OEA y la CADH no pueden ser evadidas por dicho Estado, ya que en todo caso: (i) la denuncia de dichos instrumentos no tiene efecto retroactivo de manera de desligar al Estado de las obligaciones contraídas durante su vigencia; y (ii) se trata de obligaciones y compromisos jurídicos contraídos por el Estado, cuya ejecución precisamente está pendiente.

En el supuesto negado de que se interpretase que la denuncia de la Carta de la OEA entraría en vigor por el solo transcurso del tiempo (2 años), es importante precisar que la exclusión de un Estado Miembro de la Organización hace cesar sus privilegios más no sus obligaciones contraídas, especialmente en materia de derechos humanos.

A lo anterior debemos agregar, que el Estado venezolano sigue incluso vinculado con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos bajo la jurisdicción de la CIDH y de la Corte IDH, ya que mantiene en vigor los siguientes tratados interamericanos sobre derechos humanos que ha ratificado: 1. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém Do Para”); 3. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 4. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y 5. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

el 15 de octubre de 2002; Asunto Luis Enrique Uzcátegui Jiménez otorgada el 18 de octubre de 2002; Asunto José Ángel Ocanto otorgada el 5 de noviembre de 2002; Asunto Juan Manuel Fernández otorgada el 4 de diciembre de 2002; Asunto Pablo López Ulacio otorgada el 7 de febrero de 2001; Asunto Manuel de Jesús Pinilla Camacho y otros otorgada el 7 de febrero de 2001.

En consecuencia, de conformidad con los principios generales de Derecho internacional y de *ius cogens* codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dicha denuncia debería tenerse por no presentada, mientras se resuelve esta controversia. A pesar de que el Estado venezolano no ha ratificado este instrumento internacional, la Corte Internacional de Justicia -y específicamente la Corte IDH respecto a Venezuela-, ha establecido que sus principios y disposiciones le son aplicables en virtud de contener normas imperativas de *ius cogens* internacional⁷⁸⁴.

En este sentido, conforme a los principios generales y de orden público de Derecho internacional contenidos en la Convención de Viena, las graves violaciones constitucionales cometidas por el Presidente de Venezuela al denunciar la Carta de la OEA son “manifiestas” y “afectan una norma de importancia fundamental en el derecho interno” (art. 46.1), como es la Constitución. Precisamente, conforme hemos argumentado en este trabajo, esa violación es “manifiesta”, ya que “resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe” (art. 46.2).

En consecuencia, cualquiera de los Estados miembros de la OEA puede “formular una objeción” a esta denuncia realizada por Venezuela de la Carta de la OEA, por estar viciada de violaciones manifiestas a su Constitución, a fin de que se tenga por rechazada y no presentada dicha denuncia; y además, en su caso, cualquier Estado o el Secretario General o cualquiera de los órganos legitimados

⁷⁸⁴ CorteIDH. *Medidas Provisionales respecto de Venezuela*. Resolución de fecha 4 de mayo de 2004:

[...] como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. Aún cuando Venezuela alegó no ser parte de la Convención de Viena, la obligación internacional del pacta sunt servanda, es norma de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento. (Resaltados añadidos).

para ello⁷⁸⁵, podrá solicitar a la Corte IDH una *interpretación* de las disposiciones de la Carta de la OEA sobre su denuncia, mediante el incumplimiento de las disposiciones de Derecho interno que sean manifiestamente violatorias de su Constitución. En efecto, siendo que la Carta de la OEA contiene disposiciones fundamentales sobre derechos humanos, conforme pusimos de relieve *supra*, este instrumento configura la categoría de “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (art. 64, Convención Americana). En efecto, la Comisión Interamericana en su condición de órgano principal de la Carta de la OEA tiene “como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (art. 106, Carta de la OEA)⁷⁸⁶, para lo cual ejerce su jurisdicción sobre todos los Estados Miembros de la OEA (conforme a su Estatuto, su Reglamento y otros instrumentos como la Declaración Americana), incluso sobre aquellos que no hayan ratificado la Convención Americana o la hayan denunciado como es el caso de Venezuela. Y precisamente con base en esas facultades de la Carta, el Estatuto de la CIDH y su Reglamento, la CIDH ejerce la protección internacional de los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano, a través de sus diversos métodos de trabajo.

Por ello, no cabe duda alguna, que las disposiciones de la Carta de la OEA sobre derechos humanos la configuran como un tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, que pueden ser objeto de interpretación mediante

⁷⁸⁵ Convención Americana: Artículo 64. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. [...].

⁷⁸⁶ La Carta de la OEA dispone lo siguiente: “Capítulo XV. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (A) Artículo 106. *Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. [...].*”

opiniones consultivas por la Corte IDH, o consultas que pueden realizarse a otros órganos consultivos de la Carta de la OEA como son el Comité Jurídico Interamericano y la propia CIDH.

Bibliografía

- Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. “Pronunciamento sobre denuncia a la Carta de la OEA”. Texto disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20\(0317338xC4456\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20(0317338xC4456).pdf)
- Cafiero, Juan Pablo; Ruth Faur, Marta; Llamosas, Esteban Miguel; Méndez, Juan; Ponce de León, Rodolfo & Vallejos, Cristina M. *Jerarquía Constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*. México: Editorial PORRUA, C.A., 1993.
- Compilación Legislativa de Venezuela, Anuario 1952*. Caracas: Editorial Andrés Bello, 1959, II-1.
- Conferencias Internacionales Americanas*, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Departamento Jurídico, Unión Panamericana, 1956.
- Corao, Carlos Ayala. *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Funda), 2004.
- “Inconstitucionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 20/2º, semestre 2012 y en *Estudios Constitucionales*, No.2 (2012).

— Prólogo a *Los Jueces Constitucionales: controlando al poder o controlados por el poder*, por Allan Brewer Carías. San José/Caracas: Investigaciones Jurídicas, S.A./Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

Dirección de Archivos y Biblioteca de la Asamblea Nacional. “El Poder Legislativo en la Historia”. Disponible en: <http://www.monitorlegislativo.net/media/historiaAN.pdf>

Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Washington, D.C.: CIDH/Corte, 2006.

ESDATA, “Referéndum Constituyente de 1999”. Disponible en: http://esdata.info/static/constituyente_1999

Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.

Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell Sánchez (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Trotta, 2003.

Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos-IIDH/Comisión de la Unión Europea, 1999.

Nikken, Pedro. *Código de Derechos Humanos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

Sendra, Vicente G. y Garberi, José. *Los procesos de amparo (ordinario constitucional e internacional)*. Madrid, 1994.

**COMENTARIOS A LA PONENCIA
PRESENTADA POR CARLOS AYALA CORAO**

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de posgrado en Derecho Administrativo, Tributario y Procesal Civil en la Universidad La Sapienza en Roma, en Derecho Constitucional y Tributario en la Universidad de Miami y en Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bellos. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Es actualmente Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Comienzo por agradecerle a la Fundación Institucionalidad y Justicia, la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, la invitación a participar en estas Jornadas en Homenaje a mi Profesor y muy querido amigo, Allan Randolph Brewer- Carías. Es para mí un placer estar hoy aquí, en Santo Domingo, República Dominicana, compartiendo con todos ustedes.

Para comenzar, de la exposición del Profesor Carlos Ayala Corao quisiera yo rescatar tres ideas centrales:

Su Conferencia gira en torno a la *interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho nacional*. Gira, decía yo, en torno a los efectos del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional venezolano.

El caso estudiado por el Profesor Ayala Corao a lo largo de su exposición es la reciente Denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) por parte del gobierno venezolano.

¿En qué consiste la mentada interacción? Pues bien, en la Conferencia *se enjuicia la validez de un acto de Derecho Internacional*, aludo a la Denuncia de un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos, *a la luz de principios que han venido siendo reconocidos por el Derecho Internacional*.

El juicio de validez de la Denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) por el gobierno venezolano descansa sobre 3 decisiones judiciales en las que se analizó la Denuncia de sendos Tratados Internacionales. Ciertamente:

Las primeras dos decisiones versan sobre el *Brexit*, es decir, sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea. Tales decisiones fueron pronunciadas por sendos tribunales del Reino Unido.

La última de las decisiones citada fue pronunciada por la Alta Corte de Suráfrica y versa sobre el *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional.

En las decisiones judiciales lo que se concluye es que, por su trascendencia, *la Denuncia de esos Tratados multilaterales demandaba la previa intervención de los Poderes Legislativos de ambas naciones*. Dicho de otra manera, las decisiones invocadas por el Profesor Ayala Corao proponen una *interpretación restringida* de la tradicional regla constitucional de acuerdo con la cual es al Ejecutivo -en nuestro caso, al Presidente de la República- a quien corresponde (i) dirigir las relaciones exteriores de la Nación, y, consecuentemente, (ii) celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales⁷⁸⁷.

Pero retornemos a la Carta de la OEA y a su Denuncia por el gobierno venezolano, porque el Profesor Ayala Corao destaca que la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) califica

⁷⁸⁷ Vid. los artículos 128 de la Constitución de la República Dominicana (*Gaceta Oficial* N° 10.805, del 10 de julio de 2015) y 236 de la Constitución venezolana (*Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinaria, del 19 de febrero de 2009).

como *Tratado relativo a Derechos Humanos* y, por ello, forma parte integrante del *Bloque de la Constitucionalidad* venezolano. Y de esta aseveración nuestro conferencista las conclusiones siguientes:

Por el impacto de la Denuncia sobre el Derecho interno -aludo (i) a la supresión de normas constitucionales y (ii) la consecuente modificación del bloque de la constitucionalidad-, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) no podía ser denunciada mediante acto unilateral del Poder Ejecutivo. Según el Profesor Ayala Corao así lo sugieren, en primer término, las decisiones adoptadas en materia del *Brexit* y del *Estatuto de Roma*, que mencionamos anteriormente.

Pero hay más: comoquiera que las normas que forman parte integrante del Bloque de la Constitucionalidad incluyendo, *inter alia*, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), solo pueden ser privadas de efectos siguiendo los engorrosos trámites que la propia Constitución venezolana establece para su enmienda o reforma. La *vocación de permanencia* propia de las normas constitucionales obliga a que el trámite que ha de seguirse para la supresión de este tipo de normas sea mucho más exigente que el que debe observarse para celebración y ulterior ratificación.

Dicho sea de paso, la postura defendida por el Profesor Ayala Corao contrasta con el principio defendido por las Cortes inglesas en el caso del *Brexit*, pues mientras estas defienden el *principio del paralelismo de las formas* si el Tratado tiene por objeto otorgar o conceder derechos a los nacionales de ese país (*rights given by an act of parliament can only be taken away by an act of parliament*), en el Derecho venezolano la supresión de derechos fundamentales demanda *más que una simple intervención* del Poder Legislativo nacional.

Habida consideración que la Denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) es *manifiestamente contraria al Derecho interno* venezolano, de conformidad con la Convención de

Viena sobre el derecho de los Tratados dicha Denuncia es *ineficaz*, por lo tanto, ha de tenerse como no presentada⁷⁸⁸.

Un comentario final: Análogas reflexiones cabría formular también, *mutatis mutandis*, respecto de la también ineficaz Denuncia del Pacto San José de Costa Rica por el gobierno de Venezuela.

⁷⁸⁸ U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA TRAS LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO Y DEL RECURSO DE CASACIÓN

CARMEN CHINCHILLA MARÍN

Doctora en Derecho, con Premio Extraordinario de Doctorado, por la Universidad de Alcalá, 1986. Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, en Madrid. Socia del departamento de Derecho Administrativo de Garrigues.

Sumario. 1. Introducción. 2. La reforma del recurso de amparo: de la tutela de los derechos a la “tutela” de la Constitución. 2.1. Las causas de la reforma y sus consecuencias. 2.2. Los términos del precepto legal reformado y su “desarrollo” por el propio Tribunal Constitucional. 3. La reforma del incidente de nulidad de actuaciones. 4. La reforma del recurso de casación: de la tutela de los derechos a la tutela de la Ley. 5. Reflexión final.

1. Introducción

En una de sus primeras sentencias -la 26/1981-, de la que fue ponente el magistrado Luís Díez-Picazo, nuestro Tribunal Constitucional afirmó que “nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este tribunal”

En ese “nada” y en ese “nunca” se resume lo mucho que para el Tribunal Constitucional significaba la tutela de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Cuarenta años después

de la aprobación de nuestra Constitución, podría decirse más bien todo lo contrario: que ahora, en 2018, muy pocas cosas que conciernen a los derechos fundamentales y muy pocas veces, van a merecer la consideración y, por consiguiente, la protección por parte del Tribunal Constitucional -máximo intérprete de la Constitución y competente para conocer de los recursos de amparo para la tutela de los derechos fundamentales (artículo 161.1.b)-, ni tampoco por parte del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior, salvo en materia de garantías constitucionales (artículo 123 CE).

Dos reformas legislativas, una realizada en 2007 y la otra en 2015, promovidas de forma más o menos explícita desde ambas instituciones, han hecho que el recurso de amparo (ante el Tribunal Constitucional) y el recurso de casación (ante el Tribunal Supremo) hayan dejado de ser verdaderos recursos, para convertirse, prioritariamente, en instrumentos al servicio de la interpretación del Derecho. Es decir, el legislador, en ambos casos, ha transformado la naturaleza de estos recursos, primando, ante todo, su carácter objetivo y relegando a un lamentable segundo lugar su carácter subjetivo, es decir, de instrumento de tutela frente a las lesiones de los derechos, que es lo que hace que un recurso sea verdaderamente un recurso.

A ambas reformas, se suma la circunstancia de que, en España, no existe una doble instancia para todos los recursos contencioso-administrativos y que, antes bien, al contrario, la regla general, en esta materia, es que no la haya, y que sean los asuntos de los tribunales inferiores y unipersonales (los Juzgados) los que suelen tener doble instancia, mientras que los asuntos de los que conocen los Tribunales Superiores de Justicia de nuestras Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional no la tienen, ya que el órgano superior de ambos es el Tribunal Supremo y solo podrá conocer de ellos a través del recurso de casación que, como acabo de decir, ha

sufrido una profunda reforma y una radical transformación hacia un recurso más objetivo que subjetivo.

A todo ello hay que sumar, la siguiente circunstancia: cuando se reformó el recurso de amparo, el legislador era consciente de que el Tribunal Constitucional iba a dejar de ser el garante de los derechos fundamentales y, por eso, al mismo tiempo que reformaba, restringiéndolo, el recurso de amparo, estableció que, a partir de ese momento, la tutela de los derechos fundamentales iba a quedar atribuida a los tribunales ordinarios. Más concretamente, se previó entonces que, cuando la lesión de los derechos fundamentales fuese causada por los propios jueces y tribunales en resoluciones contra las que no cupiese interponer recurso alguno (ordinario o extraordinario, como dice la Ley), entonces se podría utilizar el denominado “incidente de nulidad de actuaciones” que, sin embargo, iba a tener y tiene un enorme problema: el órgano competente para resolverlo es el mismo al que se le atribuye el haber causado la lesión del derecho fundamental de que se trate, por lo que, difícilmente, puede considerarse un “recurso” efectivo o simplemente útil, por la sencilla razón de que el mismo órgano judicial que ha dictado una sentencia no tiene la deseable y necesaria imparcialidad para enjuiciar un recurso por vulneración de los derechos fundamentales que, precisamente, ha causado él mismo.

Todo esto que acabo de exponer y que, en realidad, es la conclusión o el punto de llegada de mi ponencia, puede resumirse diciendo que, en el 40 aniversario de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y los derechos en general han visto reducido, drásticamente, su nivel de protección. Queda, por tanto, ya muy lejos aquel “nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este tribunal”.

Veamos en qué han consistido las dos reformas que han llevado a este estado de cosas.

2. La reforma del recurso de amparo: de la tutela de los derechos a la “tutela” de la Constitución.

2.1. Las causas de la reforma y sus consecuencias.

La ley que llevó a cabo la reforma del recurso de amparo -Ley orgánica 6/2007, *por la que se modifica la Ley orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional*- explica muy claramente en su Exposición de motivos las razones que llevaron al legislador a realizarla. Así, y entre otras cosas, se refiere expresamente a “las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional”; a la “sobrecarga” que “sufrir el Tribunal”; y a que “el crecimiento del número de recursos de amparo” ha determinado que este recurso, en detrimento de los otros procesos constitucionales (recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y conflictos) llegara a “ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal”.

Si el legislador fue tan claro en exponer cuáles fueron las causas de la reforma, no lo fue tanto, en mi opinión, al explicar cuáles iban a ser las consecuencias de la misma, pues en la exposición de motivos puso todo el acento en la modificación del trámite de admisión (como si la reforma fuese una cuestión pura y exclusivamente procesal) y nada dijo, sin embargo, sobre lo verdaderamente importante, es decir, sobre la transformación de la naturaleza del recurso.

Así, en la Exposición de motivos de la LO 6/2007, puede leerse lo siguiente:

“la primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas,

la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”.

Como se podrá comprobar, la Ley no estaba – o no estaba solo y principalmente- modificando el trámite de admisión del recurso; esa era la consecuencia de lo que realmente estaba haciendo el legislador: transformar la naturaleza misma del recurso de amparo, por la sencilla razón de que, a partir de ese momento, para acceder al recurso de amparo, no bastaría acreditar que se ha sufrido una lesión en los derechos fundamentales y que se cumplen todos los requisitos procesales (legitimación, plazo, agotamiento de la vía previa, etc), sino que, ante todo, debería justificarse que la cuestión planteada en el recurso tenía, objetivamente hablando, y no subjetivamente, mucha importancia (“especial trascendencia”) *para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución* y que, por eso, merecería una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal.

Así pues, a partir de la reforma del 2007, sentado que el presupuesto del recurso de amparo es que el demandante haya sufrido una lesión en sus derechos fundamentales, lo que verdaderamente permite acceder al recurso y, en su caso, a la tutela por parte del Tribunal Constitucional del derecho fundamental lesionado, es que esa lesión y las circunstancias que la rodean tenga una trascendencia especial para que el Tribunal pueda ejercer su función de intérprete

supremo de la Constitución. Por eso digo que el recurso de amparo deja de ser, exclusivamente, un recurso para la protección de los derechos fundamentales, para convertirse, sobre todo, en un recurso en defensa de la Constitución con el que, además, una vez admitido, por tener esa trascendencia, en el recurso, se ampararán, si es el caso, los derechos fundamentales lesionados.

2.2 Los términos del precepto legal reformado y su “desarrollo” por el propio Tribunal Constitucional

El “nuevo” recurso de amparo quedaría así radicalmente transformado con solo añadir un requisito más al artículo 50 de la LOTC, que es el que regula la admisión del recurso amparo. A partir de la reforma, lo que el citado precepto establece es que, además del resto de requisitos exigibles para que un recurso de amparo sea admitido por el Tribunal Constitucional (plazo, legitimación, agotamiento de la vía previa, lesión de uno de los derechos de los artículos 14 al 30 CE), tendrá que cumplirse la siguiente condición:

“que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

La definición del nuevo y más importante requisito para obtener el amparo del Tribunal Constitucional no podía ser más general e indeterminada: tener “especial trascendencia constitucional”. ¿Para qué o para quién?, habría que preguntarse. Obviamente no para el recurrente, pues eso, sin desaparecer, pasa a un segundo plano, en el trámite de admisión; sino para la Constitución o, dicho de otro modo, para la interpretación de la Constitución y su aplicación.

Ahora bien, sentado que la especial trascendencia no se predica de la lesión sufrida por el recurrente, sino de la cuestión planteada en su recurso, objetivamente considerada desde la perspectiva de la interpretación de la Constitución, el legislador dejaba abierta y, por consiguiente, en manos del Tribunal Constitucional, la tarea de concretar y dar contenido y significado a la expresión “especial trascendencia constitucional”.

Y, en efecto, fue el propio Tribunal quien terminaría concretando el significado de ese concepto jurídico tan novedoso e indeterminado. Y no lo hizo, como era de esperar, delimitando el concepto caso por caso sino que, a modo de “colegislador”, estableció en una sentencia -la 155/2009-, con carácter general, una lista abierta, aunque muy amplia, de supuestos en los que cabe considerar que se da esa “especial trascendencia constitucional” que desde entonces se exige para acceder al recurso de amparo.

Dichos supuestos son los siguientes:

- “a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional [...].
- b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, [...], o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE.
- c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general.

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

Como puede verse, y a pesar de que la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a todos los órganos jurisdiccionales (artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial), un recurso de amparo no será admitido si ya existe doctrina del Tribunal sobre el asunto que plantee el recurrente, a pesar de que el órgano judicial la haya infringido y haya vulnerado, por tanto, el derecho fundamental del demandante y aunque el recurrente, en las instancias inferiores, así lo haya puesto de manifiesto. Solo si esa doctrina está siendo

incumplida “de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria”, o solo si el órgano judicial incurre “en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”, su recurso de amparo será admitido.

La “objetivación” del recurso de amparo lleva consigo, por tanto, la devaluación de este recurso como medio para obtener la tutela efectiva de los derechos fundamentales, y hace que se produzca la siguiente paradoja: la persona que haya sufrido una lesión en sus derechos fundamentales, sobre la que no pueden existir dudas, precisamente porque la lesión ya ha sido considerada como tal por el Tribunal Constitucional en otros muchos casos, no podrá, sin embargo, obtener el amparo del Tribunal, precisamente porque la cuestión ha sido tratada tantas veces, y de forma tan reiterada, que el contenido del recurso carece de trascendencia para esa nueva y preponderante función que debe cumplir el recurso de amparo: la de ser un instrumento para la defensa de la Constitución, en el sentido objetivo del término, por encima de ser un instrumento al servicio de la tutela de los derechos que la Constitución proclama.

Lo que acabo de calificar de paradoja me lleva a hacer la siguiente reflexión sobre la nueva configuración del recurso de amparo: desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución, la reforma de 2007 no plantea, en mi opinión, duda alguna, ya que nuestra Constitución no garantiza, en todo caso, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la salvaguarda de los derechos fundamentales, sino solo “en su caso”, como literalmente dice el artículo 53.2 CE. El legislador, por tanto, tenía un amplio margen para configurar un recurso de amparo fundamentalmente objetivo para, con ello, intentar dar solución a los problemas de funcionamiento que el Tribunal Constitucional había llegado a tener debido a la sobrecarga de este tipo de recursos.

La pregunta que, como jurista y ciudadana, planteo es si no hubiera sido posible emplear otros medios (por ejemplo, reformas en la organización interna del trabajo del día a día del Tribunal o en el funcionamiento de las salas y del pleno; aumento de medios personales y materiales, etc) antes que renunciar a que el recurso de amparo sea el último y eficaz remedio frente a las lesiones de los derechos fundamentales. Es más, y aun admitiendo que la reforma fuera imprescindible, y que la razón fundamental para llevarla a cabo fuese la sobrecarga de trabajo y el tiempo dedicado a los recursos de amparo por parte del Tribunal ¿no podría haberse previsto, como un supuesto de admisión del recurso de amparo, el de aquellos casos en los que, siendo evidente que se ha producido una lesión, por haberlo reconocido ya anteriormente el Tribunal Constitucional en otros supuestos iguales, bastaría con admitirlo y dictar una sentencia estimatoria con un fundamento jurídico único cuya argumentación fuera la remisión a la reiterada jurisprudencia del Tribunal?

Se me dirá que eso carece de trascendencia constitucional y, sin embargo, no lo creo así. ¿A caso no es trascendente para la aplicación y general eficacia de la Constitución (nótese que el artículo 50.1.b CE no solo habla de la “especial trascendencia constitucional” para la “interpretación” de la Constitución, sino también “para su aplicación o para su general eficacia”) que el Tribunal ampare a un ciudadano que ha visto lesionado su derecho fundamental por una decisión judicial que resulta contraria a la doctrina del propio Tribunal invocada por el recurrente en su proceso? ¿sólo tiene trascendencia el caso si se trata de una negativa manifiesta a acatar la doctrina del Tribunal por parte del órgano jurisdiccional o si la doctrina es incumplida por muchos órganos de la jurisdicción ordinaria y muchas veces (“doctrina... incumplida de modo general y reiterado...”)?

En mi opinión, la respuesta debería ser que no y considerar lo contrario produce otra gran paradoja, como ha puesto de manifiesto T.R. Fernández, si bien, refiriéndose al recurso de casación que, como ya he dicho, ha sido reformado y restringido en nuestro país, en sentido muy parecido a lo que se ha hecho con el recurso de amparo. Afirma el profesor, y puede trasladarse perfectamente, y con mayor razón aún, al recurso de amparo, ya que la doctrina del Tribunal vincula a todos los órganos jurisdiccionales, que “no tendría el más mínimo sentido poner tanto empeño en la elaboración jurisprudencial si, una vez establecida esta, el Tribunal [...] se desentendiera de asegurar su efectiva observancia”⁷⁸⁹.

Frente a la crítica que acabo de realizar, incluida la expresada por el profesor T. R. Fernández Rodríguez que comparto plenamente, podría argumentarse que para reparar las lesiones a los derechos fundamentales y para hacer cumplir la doctrina del Tribunal Constitucional están los recursos ordinarios y, sobre todo, está el incidente de nulidad de actuaciones que, precisamente, fue reformado al mismo tiempo que el recurso de amparo, para que ese fuera el medio de compensar la transformación y restricción que sufría el recurso de amparo. Sin embargo, y como ya he dicho, ello no es suficiente porque, en primer lugar, y como ya he adelantado en la introducción de mi ponencia, en España, en el contencioso-administrativo no está garantizada, con carácter general, la doble instancia, ni siquiera para sanciones, como debería ser por las razones que ha expuesto también el profesor TR Fernández⁷⁹⁰. Y, en segundo lugar, porque el incidente de nulidad de actuaciones es

⁷⁸⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta”, RAP 207, realizada al hilo del Seminario sobre el nuevo recurso de casación, celebrado el 4 de octubre de 2018, en el CEPC y organizado por la Revista de Administración pública, de la que el citado profesor es director. En ese mismo número de la Revista, y en la nueva sección -Debates-, se publican las cuatro ponencias del Seminario a las que más adelante haré referencia.

⁷⁹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., cit.

una quimera, pues, como también he adelantado y expondré con más detalle a continuación, no es un recurso útil ni efectivo.

3. La reforma del incidente de nulidad de actuaciones

Como ya adelanté en la introducción de este trabajo, el legislador, consciente de la limitación que para la tutela de los derechos fundamentales suponía la nueva configuración del recurso de amparo, reformó al mismo tiempo el incidente de nulidad de actuaciones que, hasta ese momento, solamente podía fundarse en defectos de forma que causaran indefensión, o en incongruencia. Con la reforma, el incidente de nulidad de actuaciones puede basarse en “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. Es decir, el incidente de nulidad está previsto y deberá, por tanto, interponerse, para agotar la vía previa al recurso de amparo, en aquellos casos en los que la lesión del derecho fundamental sea imputable a una resolución judicial que no sea susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario. Si no es así, es decir, si la lesión la ha causado la Administración, vulnerando, por ejemplo, el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, o un particular, vulnerando, por ejemplo, el derecho fundamental al honor de otro, no cabrá nulidad de actuaciones por la sencilla razón de que la lesión habrá tenido que ser invocada en el proceso, con lo cual, el titular del derecho habrá tenido acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa y, con ello, habrá ejercido su derecho a la tutela judicial efectiva, aunque el órgano judicial no se le haya amparado su derecho, por considerar que no se ha producido la lesión que el recurrente denuncia⁷⁹¹. Por

⁷⁹¹ Vid. M. BELADIEZ ROJO, “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ”, en *El Juez del Derecho Administrativo*, (coordinadores L. Arroyo, M.

otro lado, y como segunda condición para solicitar la nulidad de las actuaciones, la ley exige que la resolución judicial a la que se le imputa la lesión del derecho fundamental no sea susceptible de recurso alguno, porque si lo fuera, ese recurso será el cauce para solicitar la tutela de los derechos fundamentales lesionados.

Así, pues, los recursos ordinarios, por un lado, y el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales contra las que no procede recurso alguno, por otro, se convierten así, desde 2007, en los medios para la tutela de los derechos fundamentales, mientras que el recurso de amparo ha pasado de tener simplemente carácter subsidiario, a ser un recurso excepcional. Y así lo ha señalado M. Beladiez, diciendo que “una de las consecuencias que ha tenido la exigencia de la <<especial trascendencia constitucional>> es que ahora la tutela de derechos fundamentales corresponde casí en exclusiva a los órganos judiciales. La tutela por el Tribunal Constitucional de estos derechos ha pasado a ser excepcional...”⁷⁹².

Que la tutela de los derechos fundamentales corresponda, tras la reforma del recurso de amparo, casi en exclusiva a la jurisdicción ordinaria no merecería grandes reproches, si de verdad el sistema de recursos antes la jurisdicción ordinaria protegiera, de forma efectiva, los derechos fundamentales. Pero no es así, porque, como ya he reiterado, por un lado, la segunda instancia no está asegurada en nuestro sistema judicial y, por otro, el incidente

Beladiez, C. Ortega, J.M. Rodríguez de Santiago) Marcial Pons, 2015, pp 444-445. Expone la autora que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial y que, en consecuencia, “las resoluciones judiciales que no reparan las vulneraciones de los derechos fundamentales que se aducen en el proceso no incurren, por este motivo, en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la no reparación de tales infracciones no conlleva la lesión de este derecho fundamental, sino la de los derechos que no han sido debidamente tutelados”. Con base en ello, concluye la autora que “la Constitución no garantiza una vía impugnatoria contra las resoluciones judiciales que no tutelaron debidamente los derechos que se aducían el proceso. Tales derechos ya tuvieron un cauce procesal a través del cual podía solicitarse su reparación, como exige el artículo 53.2 CE”.

⁷⁹² M. BELADIEZ, cit. p. 440.

de nulidad de actuaciones no puede cumplir esa función porque lo resuelve el mismo órgano que causó la lesión cuya reparación se solicita en el mismo.

La decisión del legislador de que el incidente de nulidad de actuaciones lo resuelva “el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza” (artículo 241.1 LOPJ) ha convertido a este remedio -que, no hay que olvidarlo, ha pasado ahora a ser casi el único para la tutela de los derechos fundamentales causada por una resolución judicial que carezca de recurso- en un instrumento inútil, pues no es lógico pensar que el órgano judicial que ha lesionado un derecho fundamental acepte que lo ha vulnerado, ya que, salvo error manifiesto, ese órgano judicial considerará que la solución que ha dado al caso es la que resulta conforme a Derecho. Así pues, con la nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones, se habría producido la siguiente paradoja: al mismo tiempo que se atribuye a dicho incidente una importantísima función constitucional⁷⁹³, para compensar las consecuencias restrictivas de la nueva configuración del recurso de amparo⁷⁹⁴, se regula de una forma que lo priva de toda posible utilidad real y, lo que es peor, que difícilmente puede resultar compatible con la exigencia de imparcialidad que imponen el artículo 24 CE y el artículo 6 Convenio Europeo de Derechos humanos y, en consecuencia,

⁷⁹³ Vid. M. BELADIEZ, cit. pp 441- 443, según la autora, en opinión que comparto, del artículo 24 CE se deriva un específico derecho fundamental al recurso para la tutela de los derechos fundamentales que puedan vulnerar los órganos judiciales y, en consecuencia, el establecimiento de ese recurso no es una opción del legislador, sino una exigencia constitucional.

⁷⁹⁴ Vid. I. DÍEZ-PICAZO, “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, en *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, 2018, p 115 donde afirma que “es bastante obvio que la <<ampliación>> del incidente de nulidad de actuaciones era una suerte de contrapartida a la denominada <<objetivación>> del amparo constitucional, esto es, a la limitación del amparo a los casos que presenten <<especial trascendencia constitucional>>”. Asimismo afirma que “existe la generalizada conciencia de que el incidente de nulidad de actuaciones no sirve para nada”.

con el derecho a un recurso efectivo que proclama el artículo 13 del Convenio⁷⁹⁵.

A los dos problemas señalados (inexistencia de una segunda instancia generalizada en el contencioso-administrativo e inutilidad del incidente de actuaciones) se suma, finalmente, que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo también ha sufrido su correspondiente reforma y ha pasado a ser, a imagen y semejanza del recurso de amparo, un recurso objetivo para la formación de jurisprudencia. Veamos ahora en qué ha consistido esa reforma.

4. La reforma del recurso de casación: de la tutela de los derechos a la tutela de la Ley.

A juzgar por el extremado rigor con el que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo venía interpretando, en los últimos años, los requisitos de admisión del recurso de casación⁷⁹⁶, no es de extrañar que desde la propia Sala de lo contencioso se impulsara la reforma del recurso de casación.

Como ya he adelantado, dicha reforma, emulando o, al menos, inspirándose en la reforma del recurso de amparo, ha establecido una nueva regulación en la que si bien, por un lado, se amplía el recurso a todo tipo de resoluciones y materias, por otro y, al mismo tiempo, se restringe drásticamente el acceso a este recurso al configurarlo como un recurso cuya función esencial va a ser, según declara la exposición de motivos de la ley orgánica

⁷⁹⁵ Vid. P. MORENILLA y J.L. de CASTRO, "Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241-1. II, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula", en *Diario La Ley*, nº 7784, 26 de enero de 2012; y M. BELADIEZ, cit. pp 447-450.

⁷⁹⁶ A ello me he referido en mi artículo "Nuevos criterios de admisión del recurso de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, LexNova, nº 52, 2015. La actuación del Tribunal Supremo que expuse y critiqué en ese artículo mereció el reproche del Tribunal Constitucional en su sentencia 7/2015.

7/2015, “la formación de la jurisprudencia”. Y por eso se dice también en la exposición de motivos que el objetivo de la reforma es que el recurso de casación “cumpla *estrictamente* su función nomofiláctica”.

La nueva ley hace del “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” el requisito esencial para que el recurso pueda ser admitido. El recurrente tiene, por ello, la obligación de acreditar “suficientemente”, en su escrito de preparación del recurso (primera de las dos fases en las que se divide la interposición del recurso de casación), la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, y debe hacerlo, además, observando unos requisitos formales muy estrictos, ya que tanto el escrito de preparación, al que acabo de aludir, como el de interposición (segunda fase a la que se pasa una vez que ha sido admitido el recurso) no solo tienen limitado el número de páginas (15 y 25 respectivamente), sino también predeterminados los distintos criterios tipográficos, tales como el tipo de letra, el tamaño, el interlineado, los márgenes etc⁷⁹⁷.

A diferencia de lo que sucedió con el recurso de amparo respecto del que, como se recordará, el legislador solo definió el nuevo requisito y fue el Tribunal Constitucional quien, después, concretó los supuestos en los que se encarnaba el concepto de “trascendencia constitucional”; en el caso del recurso de casación, ha sido el propio legislador quien ha definido los supuestos en los que cabe entender que existe el “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”.

Así, y según lo establecido en el artículo 88 de nuestra Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA),

⁷⁹⁷ Dichas reglas se establecieron por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2016, que fue publicado en el BOE el 6 de julio de 2016.

“1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

- a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.
- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.
- d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.
- e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.
- f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

- g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.
- h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.
- i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:

- a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.
- b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.
- c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.
- d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Del artículo 88 de la LJCA, cuyo análisis en detalle desborda, con mucho, el objeto de este trabajo, puede decirse que lo que en él

es una virtud, es al mismo tiempo un defecto o inconveniente. Lo que tiene de bueno ese listado -abierto y extenso- de supuestos que revisten interés casacional objetivo, es que sirve para orientar a los profesionales sobre qué debe entenderse por un concepto tan nuevo para nosotros como es el de “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. Al mismo tiempo, cumple también la función de limitar la discrecionalidad que la Ley otorga al Tribunal Supremo para determinar, en cada caso que se le plantee, si ese asunto tiene interés para que el Tribunal forme jurisprudencia. A este respecto, podría decirse –y esa es otra de las paradojas que se derivan de la regulación de la nueva casación- que la ley otorga al Tribunal Supremo una potestad –la de apreciar si el caso concreto tiene suficiente interés para formar jurisprudencia- cuyo ejercicio inevitablemente va a basarse en un juicio esencialmente subjetivo de lo que tenga interés casacional “objetivo”⁷⁹⁸. Por eso, el artículo 88 intenta poner límites a ese amplio margen que la ley otorga al Tribunal Supremo para determinar en cada caso lo que tenga o no interés casacional objetivo⁷⁹⁹. Y por eso, como muy bien ha puesto de manifiesto J. Santamaría, el elenco de supuestos del artículo 88 tiene la ventaja de racionalizar la toma de decisiones por parte del Tribunal Supremo⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ Esta idea fue expresada, con otras palabras, por A. JIMÉNEZ-BLANCO, en el Seminario del profesor Nieto que celebramos en los días 23 y 24 de junio de 2018 en Tariego de Cerrato (Palencia). El Seminario estuvo dedicado al estudio de las dos reformas legislativas, la del recurso de amparo y la del recurso de casación. La ponencia sobre el recurso de amparo fue de la profesora y letrada del Tribunal Constitucional M. BELADIEZ y la del recurso de casación de la profesora y letrada del Tribunal Supremos S. DE LA SIERRA.

⁷⁹⁹ El Tribunal Constitucional, en su Auto 65/2018, ha calificado de “amplísimo margen de apreciación” el atribuido por el legislador al Tribunal Supremo para determinar, en cada caso, si el recurso tiene o no “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”.

⁸⁰⁰ J. SANTAMARÍA PASTOR, “La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88”, RAP 207. En su ponencia, presentada en el Seminario que sobre el recurso de casación organizó la RAP en el CEPC, y al que ya he hecho referencia, el profesor afirma que el artículo 88 “racionaliza la toma de decisiones por parte del Tribunal Supremo, evitando la formulación de criterios erráticos, por subjetivos o coyunturales, que arrojarían una imagen de arbitrariedad en la admisión o inadmisión de los recursos; y, sobre todo, proporciona a los litigadores una orientación sumamente valiosa acerca de las justificaciones que pueden alegar, lo que evitará –al menos, en parte– la construcción de razonamientos imaginativos”.

El inconveniente que presenta, sin embargo, el hacer un listado como el del artículo 88 es que dificulta la presentación del recurso, ya que, en muchos casos, resulta muy difícil encajar en alguno de los supuestos del precepto el caso concreto que se plantea y que, desde la perspectiva del recurrente, debería merecer la consideración por parte del Tribunal Supremo. A ello se suma que, aunque la lista sea larga, existen casos que, en abstracto, tendrían interés casacional objetivo y que no están, sin embargo, en el listado⁸⁰¹. Y si bien es cierto, en teoría, que la lista es abierta, no lo es menos que si ya resulta complicado que el Tribunal Supremo aprecie la existencia de interés casacional en los casos en los que el recurso se fundamenta en alguna o algunas de las circunstancias enunciadas expresamente en el artículo 88, más aun lo será si es el propio recurrente el que intenta sumar a la larga lista del precepto un nuevo supuesto de “interés casacional objetivo”, no expresamente previsto en el mismo.

No debe olvidarse, a este respecto, que el trámite de admisión del recurso de casación, mucho antes de que se aprobase la nueva regulación, era ya un trámite muy rígido e impregnado por una vocación muy restrictiva y poco favorable a la admisión a trámite de los recursos. Ahora lo es mucho más, desde el momento mismo en que el recurrente no solo tiene que fundamentar su recurso en algo que le resulta del todo ajeno (la formación de jurisprudencia), ya que, evidentemente, lo que pretende no es otra cosa que la tutela de sus derechos, sino que, además, debe hacerlo de forma especialmente rigurosa, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.1 LJCA, en su escrito de preparación “deberá especialmente fundamentar, con singular referencia al caso, que concurren alguno

⁸⁰¹ V. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cit. El profesor cita, por ejemplo, el caso de las sentencias que tengan votos particulares. En el mismo sentido, J. SANTAMARÍA (cit), quien también añade los casos en los que se plantee un conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”.

Las últimas cifras que se conocen sobre la admisión –más bien, inadmisión- de los recursos de casación hablan por sí solas sobre la dificultad de que se admita, en la actualidad, un recurso de casación: de los 6.194 recursos de casación ingresados a lo largo de 2018, a finales del mes de septiembre de 2018 se habían resuelto 4.608; de los cuales 837 han sido admitidos; 2831 inadmitidos y 822 han sido archivados por otras causas. Es decir, solo el 18,16 % de los recursos, entre los resueltos hasta el momento, han sido admitidos este año.

A la luz de todo lo dicho, podemos concluir que, en la actualidad, el recurso de casación tiene una función principal -la de la defensa de la ley (la denominada función “nomofiláctica”)- y una función secundaria, la de la protección de los derechos del recurrente. El propio Tribunal Supremo así lo ha reconocido en su Auto de 19 de junio de 2017, al calificar al nuevo recurso como “instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho público..., con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento...”; y al decir que “el cometido principal” de la Sala es la interpretación de las normas para, seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso”⁸⁰².

⁸⁰² Se trata del Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio, destacado por la magistrada I. Huerta en su ponencia del Seminario sobre el nuevo recurso de casación al que ya he hecho referencia (“Los criterios de la sección de admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, RAP 207).

En dicho Auto se dice que el nuevo recurso de casación “*presenta una decidida vocación de erigirse como instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la*

Siendo ello así, y después de lo que ha quedado dicho sobre el recurso de amparo, resulta que en nuestro ordenamiento jurídico tenemos un segundo recurso cuya función primordial no es la de tutelar los derechos fundamentales o los derechos, en general, sino la de contribuir a la certeza y seguridad jurídica en la interpretación del Derecho. Por ello y, aunque, como es lógico, la perspectiva subjetiva o de tutela de los derechos no haya quedado eliminada en el nuevo recurso de casación, esa dimensión ha pasado a ocupar un lugar secundario. Y por eso, la respuesta que yo daría a la pregunta formulada por el profesor López Menudo -“el recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?”⁸⁰³ - sería que el nuevo recurso de casación está, sobre todo, al servicio de la formación de la jurisprudencia, siendo la tutela de los derechos del recurrente el instrumento que sirve al sistema para permitir que el Tribunal Supremo cumpla su función de formar jurisprudencia. Un recurso poco útil, pues, para el ciudadano, pero que, en todo caso, tiene que preparar, por remotas que sean sus posibilidades de ser admitido, si quiere interponer el incidente de nulidad de actuaciones que, a su vez, será obligatorio para agotar la vía previa antes de acudir a ese otro recurso objetivo y extraordinario, de muy improbable admisión, en el que se ha convertido el recurso de amparo⁸⁰⁴. Si a todo esto se añade que la inadmisión de los recur-

aplicación de este sector del Ordenamiento. La noción de <<interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia>>, a que se refieren los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional, que atribuye a esta Sala Tercera como cometido principal, en palabras del artículo 93.1, fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso”.

⁸⁰³ Ese fue el título de la brillante ponencia que el citado profesor presentó en el Seminario organizado por la RAP, y al que tantas veces he aludido ya, y que será publicada en el número 207 de esta revista.

⁸⁰⁴ En el reciente Auto 65/2018, 18 de junio de 2018, el Tribunal Constitucional ha concluido que, en el régimen actual de recursos, es necesario preparar la casación, por muy improbable que sea su admisibilidad, para poder interponer el incidente de nulidad de actuaciones que será necesario, a su vez, para agotar la vía previa al recurso de amparo, en los casos en los que así proceda. En este importante Auto, el Tribunal reconoce que la nueva configuración del recurso de casación “tiene indudable repercusión en la satisfacción del

so lleva aparejada la condena en costa, el panorama no puede ser más desalentador para el justiciable, pues para ser amparado en sus derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, en el improbable caso de que el Tribunal considere que el recurso tiene “especial trascendencia constitucional”⁸⁰⁵, antes habrá tenido que interponer un incidente de nulidad de actuaciones, de muy escasa utilidad por tratarse de un recurso resuelto por el mismo órgano que ha dictado la resolución recurrida y, antes del incidente de nulidad, un recurso de casación, a pesar de que en su nueva configuración se trate de un recurso objetivo y de difícil acceso para el ciudadano.

5. Reflexión final

Termino mi exposición lamentando que para descargar a los tribunales de trabajo, algo absolutamente necesario para que puedan cumplir su función, haya tenido que privarse a los ciudadanos de recursos efectivos para proteger sus derechos; singularmente,

requisito de agotamiento de la vía judicial previa que rige en el recurso de amparo [...], pues hace necesario dilucidar, a todos los que quieren recabar el amparo de este Tribunal frente a sentencias dictadas en primera instancia o en apelación, si antes deben recurrir en casación, si este produce el agotamiento de la vía judicial previa, o si es posible, como hizo el ahora recurrente, acudir directamente a la solicitud de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia impugnada, denunciando las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que no haya podido invocar antes. Y, al mismo tiempo, obliga a los órganos judiciales a decidir si el recurso de casación debe ser siempre requisito previo ineludible de la solicitud de nulidad de actuaciones, so pena de su inadmisión, como también ocurrió en el caso presente”.

El argumento principal del Tribunal Constitucional para concluir que, aunque sea evidente para el recurrente que su recurso de casación carece de interés casacional objetivo, lo tiene que interponer en todo caso, es el de que “si todo el sistema se basa, como se ha expuesto, en el amplio margen de apreciación del Tribunal de casación sobre la concurrencia o no del interés casacional, nadie puede suplantarle y, por tanto, no pueden arrogarse los interesados, ni otros órgano judiciales, esa atribución”.

⁸⁰⁵ Según la Memoria del Tribunal Constitucional de 2017 (www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/MEMORIA2017.pdf), de un total de 6.381 de asuntos ingresados a lo largo de ese año en el Tribunal, 6.286 fueron recursos de amparo. Si se comparan las cifras de 2017 (6.286) con las de 2013 (7.376), 2014 (7.663), 2015 (7.203) y 2016 (6.685), se observa que si bien el número de recursos de amparo que ingresan en el Tribunal ha ido disminuyendo, no lo ha hecho, sin embargo, de forma considerable. De esos 6.286 recursos de amparo presentados en 2017, el Tribunal ha resuelto 6.183, de los cuales 5.690 han sido inadmitidos (92%), lo que demostraría que, con el nuevo recurso de amparo, el Tribunal resuelve dentro del año -si bien, sobre la base de inadmitirlos- casi todos los recursos que ingresan en ese periodo.

los fundamentales. Me pregunto si la única reforma posible era esa o si, por el contrario, podrían haberse hecho otras cosas como, por ejemplo, haber llevado a cabo reformas estructurales en la organización de los tribunales, que hubieran garantizado con carácter general la doble instancia; o haber atribuido la competencia para resolver el incidente de nulidad de actuaciones a un órgano judicial diferente al que haya dictado la resolución objeto de recurso (por ejemplo, a una sección especial constituida en cada uno de los órganos jurisdiccionales colegiados -Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia-) o, finalmente, haber hecho los esfuerzos necesarios para dotar a los tribunales de más y mejores medios personales y materiales.

Sin lugar a dudas, lo que propongo es mucho más complejo que reducir el número de recursos que han de resolver los tribunales. Lo fácil es crear un sistema de admisión basado en el objetivo de que sean muy pocos los recursos que accedan a los Tribunales. Sin embargo, si se hubiera optado por otras soluciones o, al menos, no se hubiera adoptado la discutible solución que finalmente se ha impuesto (restringir y objetivar, en un breve espacio de tiempo, los dos recursos -el de amparo y el de casación-; confiar la tutela de los derechos fundamentales a un recurso que no es efectivo -el incidente de nulidad de actuaciones-; y todo ello en un sistema que carece, por lo general, de la doble instancia), no tendríamos que estar lamentando ahora, cuando se cumplen 40 años de la aprobación de la Constitución, que el legislador haya conseguido crear la tormenta perfecta para que, en el contencioso-administrativo, los recursos no estén cumpliendo la función primordial que deben cumplir en un Estado de Derecho y que no es otra que la de tutelar *de forma efectiva* los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

**EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS
SERVICIOS PÚBLICOS. LOS VALORES
DEL SERVICIO PÚBLICO, SISTEMA
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

ROSINA DE LA CRUZ ALVARADO

Licenciada en Derecho, *Magna Cum Laude*, de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Doctora en Derecho, opción Derecho Administrativo, *Trés bien*, de la Universidad de Panthéon-Sorbonne (París II). Profesora de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM)

Constitucionalización de los servicios públicos. - Actividad que la Administración Pública asume para satisfacer las necesidades de interés general de la población. Provee fundamentos importantes para la realización del Estado de Derecho al permitir un examen cuidadoso del cumplimiento de la ley por parte de la Administración Pública

Introducción

Antes de comenzar la exposición con la que los voy a mortificar durante un rato, permítanme unir mi voz a las de los que me han precedido en este evento, para dar la bienvenida a las Jornadas Internacionales Allan Brewer Carias, que un estado de necesidad patente ha hecho trasladarse aquí, y que debe llenarnos de orgullo y alegría; pero como decía el propietario de una funeraria dominicana “yo no quiero que nadie se muera, yo lo que quiero es que mi negocio prospere”; y como no hay mal que dure cien años ni

cuerpo que lo resista, todos esperamos que Venezuela recupere su lugar señero en el firmamento jurídico internacional; pero no puedo dejar de reconocer que me entristece pensar que esa recuperación haga que este traslado sea provisional, porque todos esperamos a que Venezuela se encause otra vez por el camino de la libertad y la democracia, y de ser así estas jornadas volverán al sitio donde nacieron y se desarrollaron durante muchos años. ¿Pero... tal vez podríamos tener unas Jornadas compartidas?

Me place dar esta bienvenida, porque si no fui la primera que tuvo conocimiento y trato personal con el Dr. Allan Brewer Carias, y compartir con él, debo encontrarme entre las primeras que conoció sus aportes intelectuales en el derecho administrativo y tuve conocimiento de primera mano del ingente trabajo realizado para dotar a su país de origen de una Administración Pública organizada, eficiente y con respeto de los derechos de los ciudadanos.

Allan Randolph Brewer Carias, fue en mi época de estudiante, uno de los referentes obligados para todos los latinoamericanos que estudiábamos Derecho Público en Francia.

Permítame Dr. Brewer Carias, felicitarlo por estas jornadas y felicitarnos nosotros mismos por haber podido reciprocarnos la hospitalidad que una vez fue la marca de Venezuela.

Agradezco a la Asociación de Derecho Constitucional (ADD) y la Asociación de Derecho Administrativo (ADA); particular y muy profundamente agradezco a Eduardo Jorge Prats, y a la FINJUS en la persona de Servio Tulio Castaños Guzmán, con quienes me unen lazos de afectos y vínculos intelectuales profundos, porque aun sabiendo que el estudio del Derecho para mí, no es una vocación, sino un vicio, una adicción, (para la cual debería ir a rehabilitación) me invitan a compartir con todos ustedes algunas reflexiones sobre temas de Derecho Público.

Quiero agradecer de manera particular a la Licda. Priscilla Polanco, y al personal de la Finjus: Ruth, Sugeily, María Dolores, Cecilia, Stephanie, Kenia, Severina, Villaverde y Mieses que con sus atenciones hacen más agradable y confortable la participación en estas jornadas. Gracias a todos.

Entre los temas o ejes propuestos para estas Jornadas, he escogido hablar del servicio público como factor de desarrollo y protección de los derechos fundamentales, sobre el cual voy a hablar tanto como me lo permita el tiempo acordado a cada expositor, que soy la primera en reconocer que es poco; pero que la disciplina y la logística obligan a respetar para no usurpar el tiempo de otro ponente.

Aunque nunca he tenido el fervor de los nuevos bautizados en la Constitución del año 2010, porque había empleado mucho tiempo en desentrañar los contenidos de la Constitución dominicana desde la proclamación de la Independencia en 1844, no puedo dejar de reconocer que esta Constitución del 2010, introduce en el ordenamiento jurídico dominicano, algunas nociones y conceptos que lo menos que puede decirse es que son novedosos; pero además, esencialmente, porque ha servido de sustento a nuevas formas de expresión de los derechos fundamentales y un consiguiente estatuto de protección de los mismos y defensa a su vulneración, que se perfilará y desarrollará por los mejores cauces de la mano no solo del Tribunal Constitucional, instituido por la misma Constitución, que tiene la última palabra en cuanto a la interpretación del texto constitucional, sino de los demás tribunales del país, que tienen como misión la protección de los derechos fundamentales.

El servicio público es uno de esos temas a los que he prestado particular atención, por las enseñanzas que se derivan del mismo y por las transformaciones sociales, culturales y jurídicas que deberán aportar al ordenamiento jurídico y a las costumbres administrativas, sociales y políticas dominicanos.

Con la proclamación de una nueva Constitución, el 26 de enero 2010, el texto constitucional dominicano, dejó de ser un marco de referencia, una guía de organización y funcionamiento del Estado en todas sus vertientes, para convertirse en un manual de derechos, deberes, obligaciones los ciudadanos, en la cual poderes públicos resultan profundamente modificados, particularmente el Poder Ejecutivo resulta beneficiado con una extensión de sus poderes y la correlativa disminución de las facultades del Poder Legislativo⁸⁰⁶.

¿Es esto mejor o peor? La respuesta no es única y ambos métodos tienen sus seguidores y sus detractores.

Por una parte, una corriente de pensamiento sostiene que la Constitución no se interpreta y que sus disposiciones se aplican a la letra.⁸⁰⁷

Otra corriente, a la que me suscribo, señala que en un mismo texto constitucional, dos tipos de interpretaciones coexisten: de un lado una interpretación restrictiva sobre el ejercicio de los poderes públicos, en razón de que en derecho público, la competencia se encuentra en la base de la organización del Estado y fuera de las competencias que le han sido limitativamente acordadas a cada uno de ellos, cesan de participar en el ejercicio del Poder Público; por otro lado, una interpretación extensiva en lo que concierne los derechos y libertades de los ciudadanos, que solo pueden tener como límites el orden público, el bienestar general y los derechos de todos.

Parece ser que la muy extendida opinión entre nosotros, conforme la cual la Constitución no se interpreta, ha influido

⁸⁰⁶ Como la Inclusión de leyes orgánicas con un quórum calificado y con reserva de ley, tesis, que hizo fortuna, sustentada en primer término por el Dr. Jottin Cury influenciado sin dudas por la Constitución Francesa de 1958; y el escaso margen dejado al Congreso para la modificación del presupuesto de gastos anuales.

⁸⁰⁷ Esa es la posición del juez Neil Gorsuch, nominado al Tribunal Supremo de Estados Unidos de Norteamérica, entre otros.

grandemente en la redacción del texto constitucional comentado, ya que está consagrada implícitamente en el texto constitucional, pues como se puede observar se han introducido en él, materias que son o deberían ser objeto de la ley.

Sin embargo, esta Constitución detallista, en exceso, introduce, recogiendo del texto anterior, de manera sutil, la concepción de que en materia de derechos y libertades individuales la interpretación de la misma es extensiva, es decir, dos tipos de interpretaciones son posibles dentro de la Constitución como se advierte de la lectura del artículo 74 de la misma, que en su parte capital expresa:

“Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente constitución, se rigen por los principios siguientes:

1) **No tienen carácter limitativo y, por consiguiente no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza.”**⁸⁰⁸

Y es que de nada vale que se pretenda regular hasta el infinito, nunca se está cierto de que se ha establecido todo lo atinente a derechos y libertades fundamentales; ahora bien, de lo que sí se puede estar seguro es que la excesiva reglamentación constitucional, constituye en sí misma una limitación de los derechos que consagra, lo que revela que todavía queda espacio para la interpretación constitucional creativa.⁸⁰⁹

Esta Constitución del presente año 2010, contiene muchas novedades no todas siempre bien logradas o exitosas, algunas

⁸⁰⁸ Esta mención se encontraba en el artículo 10 de la Constitución anterior.

⁸⁰⁹ Es imposible abarcar en un texto constitucional todos los derechos y deberes de los ciudadanos, de igual forma es también imposible consagrar constitucionalmente todos los límites a los Poderes Públicos. Tanto los derechos y libertades individuales como los límites a los Poderes Públicos cambian según la época

de las cuales, han merecido comentarios, unos excesivamente laudatorios, otros menos, y otros francamente reprobatorios, de glosadores constitucionales profesionales o diletantes.

Sin embargo, hay novedades de mejor género jurídico, bien colocadas en la estructura constitucional y de un contenido ético de gran calidad que no han merecido la atención que se ha dado a las otras, que por polémicas, tienen los proyectores de la actualidad sobre ellas.

Me refiero al tema de los servicios públicos que aparece en el artículo 147 de la Constitución.

Ese, que no ha sido entre nosotros objeto de estudios de ninguna especie, es uno de los temas que pueden dar inesperadas sorpresas cuando con su estudio se descubre la bondad de sus disposiciones y las múltiples posibilidades que proporciona en la construcción del Estado de Derecho a que aspiramos los dominicanos.

Por su gran valor ético y didáctico, me permito transcribir:

“El servicio público no es solamente un instrumento de defensa y realización de los principios fundamentales de nuestro pacto social; es también la razón de ser de la función pública: el servicio público es y debe ser, por la manera en la cual cada uno de sus miembros se comporta y actúa, la encarnación individual y colectiva de valores inherentes al ejercicio de misiones de interés general. Es una vocación y una ética profesional para los servidores de la cosa pública. En ese doble sentido, finalista e instrumental, el servicio público es y permanece como portador de valores... Las condiciones concretas de apropiación y puesta en práctica de los valores subyacentes en las reglas y principios jurídicos, presupuestarios y organizacionales que rigen la acción de los servicios públicos;... volver a las fuentes de nuestra vocación que es de llevar las esperanzas

nacionales con competencia, eficacia, aptitud al cambio, pero también dignidad, imparcialidad, neutralidad, integridad y probidad... necesitamos también tomar en cuenta, por un lado la complejidad nueva del mundo y de nuestra sociedad, conciliando las exigencias, a veces concurrentes, entre intereses públicos y entre intereses públicos y privados... Necesitamos en fin reanudar duraderamente con el sentido del compromiso y las ambiciones colectivas, reunir las fuerzas vivas de nuestro país contra los miedos y conservatismos, hacer prueba de un espíritu de iniciativa, de apertura y de innovación contra las tentaciones de repliegue y cierre... Solo podremos conjugar esas exigencias estando claros sobre los valores y principios que tenemos que tener, asumiendo las inevitables tensiones éticas e invitando los jefes de servicio a ejercer plenamente sus responsabilidades jerárquicas, en fin poniendo en lugar en el seno de nuestras funciones públicas lugares de intercambio, de debate, de escucha y de consejo. En la puesta en práctica de los valores del servicio público, no avanzaremos solamente por la proclamación o el recuerdo de los principios, sino también por los procesos colectivos y acciones concretas que permiten conciliar los principios y las realidades y anclar los primeros con las segundas. Es a esta condición que nos será posible dar sentido y coherencia a la acción pública. No llegaremos a ello solamente por afirmaciones ex ante, sino por la construcción progresiva de las respuestas prácticas ex post a los dilemas que plantean.”⁸¹⁰

⁸¹⁰ Sauvé, Jean-Marc, Vice-président du Conseil d'Etat. Prefacio a : « Vivre les valeurs du service public » bajo la coordinación de Fabrice Larat y Christian Chauvigné. Presses de l'EHEESP. Julio 2016 Rennes. Págs. 5-7.

Pero no es fácil lograr esa aspiración, cuando nadie, salvo algunos iniciados, por las razones arriba expuestas, está interesado en el tema.

Ahora bien, que no estuvieran detallada y minuciosamente reglamentados, no significa que no existieran servicios públicos en el ordenamiento jurídico dominicano y que los principios fundamentales de los mismos no fueran conocidos: la naturaleza intrínseca de los servicios públicos que conlleva la atribución de la personalidad jurídica, impedía y ahora con mayor razón, impide, al Poder Ejecutivo crear un servicio público, otorgar la personalidad jurídica y eso se observa por las múltiples oficinas y autoridades creadas por el Ejecutivo (OISOE, ONATRATE, AMET, y un largo etcétera) que en la práctica eran extensiones, prolongaciones de la Administración, un ejercicio de desconcentración, no de descentralización.

También se destaca que el hecho de que se le haya dado carácter constitucional, no significa que los servicios públicos, su definición, contenido, organización y funcionamiento hayan sido desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, como lo revelan las múltiples leyes que desde antaño los han establecido y organizado⁸¹¹.

Se trata de dotar de una base constitucional instituciones jurídicas conocidas pero no estudiadas conforme el método del Derecho Público, para rodear de mejores y mayores garantías a los ciudadanos, que es a mi juicio, el elemento que subyace en su constitucionalización, es pues una inclusión voluntaria e intencionalmente hecha.

⁸¹¹ Ver en este sentido la ley que crea CORDE; Así como la Ley Orgánica de las Secretarías de Estado, de 1959, entre otras.

Con el estudio del régimen constitucional de los Servicios Públicos, pretendo hacer una contribución a su mejor comprensión y desarrollo.

Este tema que guarda estrecha relación con el estatuto de la Función Pública y las reglas de las competencias que la rigen, ha tenido poca atención tanto de parte de los juristas como de gran parte de los administradores públicos, que no han dedicado al tema muchas reflexiones⁸¹².

Aunque colocada en el Título IV “Del Poder Ejecutivo”, que tantos comentarios ha suscitado, el régimen de los servicios públicos, que aparece en la Sección Tercera del Capítulo III, no ha sido objeto de ningún reparo o comentario.

Pero parece que esta nueva Constitución, con todas sus debilidades, está sentando las bases para emprender un nuevo rumbo. Esperamos que con ella no resulte lo que sucedió con el parto de los montes.⁸¹³

Por primera vez en nuestra historia republicana, un texto legal⁸¹⁴, en sentido más amplio de la palabra, porque de lo que se trata es de un texto constitucional, es decir un texto jurídico, establece las bases éticas y legales del servicio público.

⁸¹² Con las notables excepciones que constituyen los capítulos consagrados por Troncoso De la Concha, Ml. De Js. y Amiama, Ml., en los textos sobre Derecho Administrativo que ambos escribieron en épocas ya lejanas, y los denodados esfuerzos hechos por el Dr. Raimundo Amaro Guzmán para dotar al Estado dominicano de un estatuto jurídico sobre el ejercicio de la función pública.

⁸¹³ Malem Seña, Jorge F., en «La Corrupción» aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, expresa: “Es un dato incontrovertible que el Estado necesita un cierto número de personas y una determinada organización para poder cumplir sus funciones y prestar los servicios públicos pertinentes de un modo adecuado. Este conjunto de personas, la organización bajo la cual operan y hasta los servicios públicos que satisfacen reciben el nombre genérico de administración pública. Dado su carácter funcional, se puede decir que la administración pública y sus agentes tienen una existencia instrumental.” Gedisa Editorial. Barcelona, España 2002, Pág.39.

⁸¹⁴ La Constitución de la República es la norma jurídica que se encuentra en la cúspide de la pirámide de la legalidad.

Sin embargo, puede afirmarse que entre la pléyade de participantes en la redacción, depósito, discusión, voto y promulgación del texto constitucional comentado, hubo algunos que no se percataron del significado profundo del establecimiento constitucional de los servicios públicos.

Y esos fueron, los políticos (los legisladores) que aprobaron ese texto; acostumbrados a pescar en el río revuelto del paternalismo, del clientelismo, perdieron de vista que con la puesta en vigencia del texto constitucional que comentamos, verán mermada la eficacia de esas, llamemos “costumbres”, esos métodos poco ortodoxos de ganar elecciones.

Con la asunción plena de todos y cada uno de ser un sujeto, un ciudadano, con derechos y deberes que la constitucionalización de los servicios públicos no solo provee como enunciado, sino que mediante una adecuada socialización del texto constitucional y de su contenido, también permitirá su internalización en todos y cada uno de nosotros sobre los límites de las facultades del Ejecutivo, de la Administración Pública, de los derechos que son garantizados a todos los ciudadanos y las repercusiones que su violación, incumplimiento, inseguridad, insatisfacción pueden tener en el ámbito político, económico y social de la Nación.⁸¹⁵

Con la inclusión del concepto servicio público en el texto constitucional, los dominicanos, entramos en la era de los derechos subjetivos,⁸¹⁶ que nos abre las puertas de la ciudadanía, es decir, nos

⁸¹⁵ Ahora bien, ello hace necesario que tengamos un pueblo educado, formado social y políticamente, lo que no parece ser la aspiración ni la vocación de la clase dirigente nacional.

⁸¹⁶ “La distinción de lo objetivo y lo subjetivo puede ser que tenga muchos sentidos. En cualquier caso, he aquí uno muy interesante: una situación jurídica es objetiva cuando por sí misma no implica relación de derecho entre las partes en presencia; es subjetiva cuando al contrario por sí misma implica (una) relación de derecho”. Hauriou, M. ‘La gestion administrative. Etude Théorique du droit administratif’. Paris Lib. SRGLA 1899, 94 p.spec. 57, note 1) in Foulquier, Norbert, Op.cit.

hace sujetos de derecho⁸¹⁷, en virtud de los derechos fundamentales ampliamente detallados en la Constitución, trillando el camino hacia el establecimiento de un verdadero Estado de derecho.

“El Estado de derecho implica en efecto, una cierta concepción de las relaciones entre el individuo y el Estado, que subyace en todo el edificio jurídico: no solamente el poder del Estado encuentra sus límites en los derechos fundamentales reconocidos a los individuos, lo que crea así la posibilidad de una “oposición al poder fundada en el derecho” sino también que tiene por finalidad, como justificación última la garantía de esos derechos; el Estado de derecho reposa en fin de cuentas sobre la afirmación de la primacía del individuo en la organización social y política, lo que entraña la instrumentalización del Estado, cuyo fin es servir las libertades, y la subjetivación del derecho, que dota a cada uno de un estatuto, le atribuye un poder de exigibilidad y le confiere una capacidad de acción.”⁸¹⁸

¿Será éste el aldabonazo que despierte la conciencia ciudadana dominicana y nos permita asumirnos como ciudadanos detentadores de derechos y deberes públicos? Así sea.

La constitucionalización de los servicios públicos, es una verdadera revolución jurídica, cuya importancia debemos comenzar a sopesar

La Constitución del año 2010, en la Sección III, Capítulo III con el epígrafe “De la Administración Pública”, Título IV “Del

⁸¹⁷ “La consagración de los derechos del hombre en 1789, no debería haber conocido ningún límite material y aplicarse a todas las relaciones entre las autoridades públicas y los individuos. El poder de sujeción de la administración habría debido ser eficazmente limitado por la consagración de la personalidad jurídica de los administrados.” Foulquier, Norbert. “Les droits publics subjectifs des administrés”. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses. Paris 2003, Page. 21

⁸¹⁸ J. Chevallier, L’Etat de droit. RDP. 1988, Págs. 313-380, in Foulquier, Norbert, Op.cit.

Poder Ejecutivo”, contiene el artículo 147, que textualmente establece lo siguiente:

“*Art. 147.-* Finalidad de los servicios públicos. - Los servicios públicos están destinados a satisfacer necesidades de interés colectivo. **Serán declarados por ley.** En consecuencia:

1) El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad, directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con esta Constitución y la ley;

2) Los servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria;

3) La regulación de los servicios públicos es una facultad exclusiva del Estado. La ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados a tales fines.”

El texto constitucional arriba transcrito, es rico en contenido, un contenido que debe ser analizado y ponderado para tener las ideas más acabadas posibles del alcance, composición, facultades y oportunidades de desarrollo social, humano, económico y político que encierran las disposiciones comentadas.

Hay que destacar, sin embargo, que estas disposiciones, palabras más, palabras menos, se encuentran en la Constitución dominicana desde el origen mismo del Estado dominicano, pero tienen un antecedente inmediato en la parte capital del artículo 8 de la Constitución de 2002, que establecía:

“Se reconoce con finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos.”

Disposición que también se encuentra en el artículo 8 de la Constitución actual. Ahora bien, la redacción de la parte capital del artículo 147, hace una transferencia que no parece ser casual ni gratuita y que debe ser analizada.

En efecto, el texto señalado, al poner a cargo de los servicios públicos la satisfacción de las necesidades de **interés colectivo** traslada su satisfacción a un servicio público.

Se sabe, que la Administración Pública tiene como finalidad la satisfacción de las necesidades de interés general, (interés que esta Constitución denomina colectivo y que en las anteriores se denominaba bienestar general) y que esa es una obligación irrenunciable, porque constituye la esencia misma de su razón de ser.

Es posible, que los redactores del Proyecto que dio lugar al nuevo texto constitucional no hayan reparado ni siquiera por un momento, en la semántica de los adjetivos calificativos que usaron.

Ello se explica, en parte, porque se ha perdido el gusto por la precisión y elegancia del lenguaje jurídico, en parte, porque la inclusión de neologismos tomados de otras ramas del saber⁸¹⁹, se-

⁸¹⁹ Para el uso apropiado en el lenguaje, ver “El nuevo dardo en la palabra”, Fernando Lázaro Carreter, Madrid 2003, Alfaguara, que señala: “Aunque no se la atiende hoy mucho, sigue vigente la necesidad de que toda persona, casi desde el parvulario, sea vea obligada a aprender dos lenguas: la hablada y la escrita. Ambas comparten amplias extensiones del mismo territorio, pero no todo él. La gráfica se aprende con bastante retraso respecto de la oral, el dominio de ambas nunca llega a ser completo y es mucho más difícil ser competente en la primera, privada como está de los gestos y tonos que a menudo permiten entender cuando nos llega un mensaje reñido con el léxico y la gramática. Esa atención a la escritura formaba parte de la educación escolar, y su finalidad era no solo el aprendizaje, sino la

gún algunos, hace parecer como modernos y sofisticados a quienes los usan y por último pero no menos importante, es que otros redactores con conocimientos jurídicos de diferentes calidades y procedencias, también pusieron su particular punto de vista sobre temas en los cuales los dominicanos habían trabajado con eficiencia y calidad.

Pero se ha preguntado alguien, ¿por qué esas diferencias dentro de un mismo texto constitucional?; se ha preguntado alguien ¿Qué es el interés general?

Del interés general, finalidad de la acción administrativa, dice el Profesor Jean Rivero⁸²⁰, en una de las páginas más bellas de su libro de Derecho Administrativo, lo siguiente:

“1º El fin de la Administración: el interés público. Ser social, el hombre no puede bastarse a si mismo; el libre juego de las iniciativas privadas le permite proveer a algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios; pero hay otras de ellas y las mas esenciales que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque son comunes a todos los miembros de la colectividad, exceden por su amplitud las posibilidades de todo particular-como es el caso de la seguridad nacional- sea porque su satisfacción es por su propia naturaleza excluyente de todo beneficio, de manera tal que nadie se ofrecerá a asegurar su satisfacción. Esas necesidades a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad entera y para

creación de duda en la propia pericia expresiva... Tales hábitos, bien se comprende, tendrían que ser consustanciales con el uso profesional del lenguaje, de modo eminente en el ejercicio de la docencia, la abogacía, la política, la publicidad, y, como es natural, el periodismo. Aquella actividad temprana contagiaba además la saludable práctica de no llegar a la decisión sin pasar por la duda incluso en los trozos de vida que no eran lenguaje.”

⁸²⁰ Rivero, Jean Droit Administratif, Dalloz, Colec. Précis, Paris 1970, Págs. 10 y sgtes.

cada uno de sus miembros, constituyen el ámbito propio de la Administración; es la esfera del interés general.”

“El motor normal de la acción de los particulares es la persecución de una ventaja personal-provecho material, éxito humano o en los más desinteresados, concordancia de sus actos con un ideal. A menudo, hay coincidencia entre el fin perseguido y el bien de todos. Pero la coincidencia no es absolutamente necesaria y no podría ocultar el carácter personal de la empresa: el panadero asegura la necesidad de pan que es fundamental en la colectividad francesa, pero no es la preocupación desinteresada de alimentar los hambrientos que dicta su vocación, es la intención-por otra parte completamente legítima –de ganarse la vida vendiendo pan.”

“El motor de la acción administrativa, al contrario, es esencialmente desinteresado: es la persecución del interés general o también la utilidad pública, o en una perspectiva más filosófica, del bien común.”

“El interés general no es pues el interés de la comunidad considerada como una entidad distinta a todos los que la componen y superior a ellos; es simplemente un conjunto de necesidades humanas-aquellas a las cuales el libre juego de las libertades no provee de manera adecuada y cuya satisfacción condiciona sin embargo, el cumplimiento de los destinos individuales. La delimitación de lo entra en el interés general varía con las épocas, las formas sociales, los fundamentos psicológicos, las técnicas; pero si el contenido varía, el fin permanece el mismo: **la acción administrativa tiende a la satisfacción de las necesidades de interés general**”.

Obviamente esta concepción es el reflejo de una civilización, de una cultura, de unos ideales, de un propósito de vida en común, que no nos haría ningún daño adoptar, si como dice la Constitución, y todos reconocemos, la finalidad esencial del Estado dominicano es la persona humana, el individuo, el ciudadano, la satisfacción de las necesidades de interés general, es el motor de su acción.

El calificativo de intereses colectivos introducido en el texto constitucional, además de impedir la necesaria coherencia en el lenguaje constitucional, tiene una acepción más reducida y menos abarcadora que la de interés general, como se comprueba con la lectura del significado de la palabra en el Diccionario de la Lengua Española.

Colectivo, es un adjetivo que tiene varias acepciones, pero todas dan la idea de grupo reducido, así por ejemplo en su primera acepción, el Diccionario dice que colectivo es perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos; en la última acepción dice que es cualquier grupo unido por lazos profesionales, laborales, etc. De modo pues, que la utilización de interés colectivo en lugar de interés general, puede parecer más moderno, pero no más exacto del fin que debe perseguir la administración.

¿Significa esta transferencia que el Estado como tal, formado en base a un contrato entre todos los dominicanos, se ha desligado o ha abandonado su finalidad esencial y deja el cumplimiento de la misma a los servicios públicos que están ya establecidos o que se establecerán en el futuro?

Si es así, entonces ¿para qué tener funcionarios elegidos para cumplir con la finalidad esencial del Estado?, bastaría tener los eficientes gerentes de las empresas privadas, que no tendrían ni siquiera que cumplir con los requisitos constitucionales de edad, de

nacionalidad para dirigirlos⁸²¹. Pero me rehúso pensar que esa sea la filosofía, el espíritu del texto constitucional.

Pero con esa redacción, la respuesta no es fácil y la copia de modelos extranjeros que responden a unas realidades y necesidades distintas a las de los dominicanos, hace más apremiante su estudio, para descartar inquietudes o veleidades que perjudiquen los derechos subjetivos que han sido garantizados por la Constitución a los ciudadanos dominicanos.

El alcance real del significado y contenido de los servicios públicos, se pone de manifiesto, estableciendo un principio de cultura jurídica que tanta falta nos hace, complementando su estudio con los llamados principios contenidos en el artículo 3 de la Ley No. 107-13, “Sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento administrativo”, los cuales proveen la base filosófico jurídica de lo que debe ser una actuación administrativa enfocada en la legalidad y el respeto de los ciudadanos, que por su importancia y profundidad, nos permitimos transcribir a continuación:

Artículo 3. **Principios de la actuación administrativa.** En el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con las personas, de acuerdo con los siguientes principios:

1. **Principio de juridicidad:** En cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.

⁸²¹ El interés general no es exclusivo de los servicios públicos, al contrario se encuentra en todas las actividades públicas que sean servicios públicos o no ya que los agentes públicos solo pueden actuar en función del interés general. En igual sentido, De Laubadere André op. cit. p.606

2. **Principio de servicio objetivo a las personas:** Que se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes y que se concreta en el respeto a los derechos fundamentales de las personas, proscribiendo toda actuación administrativa que dependa de parcialidades de cualquier tipo.
3. **Principio promocional:** Expresado en la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de oportunidades de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando igualmente la participación.
4. **Principio de racionalidad:** Que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa. La administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática.
5. **Principio de igualdad de trato:** Por el que las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia del trato.
6. **Principio de eficacia:** En cuya virtud en los procedimientos administrativos las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán la falta de respuesta a las peticiones formuladas, las dilaciones y los retardos.
7. **Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo:** En

el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso.

8. **Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa:** Por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos.
9. **Principio de proporcionalidad:** Las decisiones de la Administración, cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas, habrán de observar el principio de proporcionalidad, de acuerdo con el cual los límites o restricciones habrán de ser aptos, coherentes y útiles para alcanzar el fin del interés general que se persiga en cada caso; deberán ser necesarios, por no hallarse un medio alternativo menos restrictivo y con igual grado de eficacia en la consecución de la finalidad pública que pretenda obtenerse; y, finalmente, habrán de ser proporcionados en sentido estricto, por generar mayores beneficios para el interés general y los intereses y derechos de los ciudadanos, que perjuicios sobre el derecho o libertad afectado por la medida restrictiva.
10. **Principio de ejercicio normativo del poder:** En cuya virtud la Administración Pública ejercerá sus competencias y potestades dentro del marco de lo que la ley les haya atribuido, y de acuerdo con la finalidad para la que se otorga esa competencia o potestad, sin incurrir en abuso o desviación de poder, con respeto y observancia objetiva de los intereses generales.
11. **Principio de imparcialidad e independencia:** El personal al servicio de la Administración Pública, deberá abstenerse

de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y actuar en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación de dicho personal en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o pueda existir conflicto de intereses.

12. **Principio de relevancia:** En cuya virtud las actuaciones administrativas habrán de adoptarse en función de los aspectos más relevantes, sin que sea posible, como fundamento de la decisión que proceda, valorar únicamente aspectos de escasa consideración.
13. **Principio de coherencia:** Las actuaciones administrativas serán congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos salvo que por las razones que se expliciten por escrito sea pertinente en algún caso apartarse de ellos.
14. **Principio de buena fe:** En cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
15. **Principio de confianza legítima:** En cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.
16. **Principio de asesoramiento:** El personal al servicio de la Administración Pública deberá asesorar a las personas sobre la forma de presentación de las solicitudes y su tramitación.

Como se observa los principios arriba transcritos constituyen un formidable equipamiento para el análisis de las decisiones

administrativas; ellos deben servir de sustento a la realización de las actividades de interés general que el servicio público debe satisfacer.

Los profesores Fabrice Larat y Christian Chauvigné señalan: “No hay que demostrar la importancia de los valores en la definición de la identidad individual y organizacional. En la función pública en particular, ellos contribuyen a crear sentido y permiten a los agentes orientarse en el ejercicio de sus misiones de servicio público. La cuestión de los valores que deben regir el servicio público se plantea de manera aguda a los responsables que deben apreciar cómo conciliar los valores tradicionales con los valores surgidos de la nueva gestión pública (rendimiento, transparencia y autonomía) para guiar la acción cotidiana de los agentes.”⁸²²

Combinados los principios contenidos en la Ley 107-13 con el artículo 147 de la Constitución, resulta que el análisis de los servicios públicos comprende: I. El Servicio Público: I.1 Naturaleza del servicio público; I.2. Los principios cardinales del servicio público y su significado; I.3. Creación del Servicio Público. Exclusividad estatal; y, I.4. El servicio público como actividad económica. II. Las diferentes modalidades de administración o prestación del servicio público: II.1. Servicios Públicos en Administración directa; II.2. Servicios Públicos en administrados en Concesión; II.3. Servicios Públicos en administración mixta; y, II.4. Poderes de la Administración Pública

Por razones de tiempo y espacio la segunda parte de este trabajo relativa a las diferentes modalidades de administración o prestación del servicio público será publicada en otra oportunidad

⁸²² Larat, Fabrice et Chauvigné Christian : *Vivre les valeurs du Service Public*. LGDJ, Paris

I. El Servicio Público.

El término “Servicio Público” tiene diversas acepciones, entre las cuales cabe distinguir, la popular, uno de cuyos significados es efectivamente un servicio que se rinde a la comunidad, de manera desinteresada o mejor dicho gratuita, tomemos, por ejemplo, los famosos servicios públicos de “Radio Guarachita”, que eran mensajes que a través de la radio se enviaban a parientes, vecinos y amigos para que se enteraran de las novedades de su comunidad, de su familia, en la época en que las comunicaciones y muy especialmente las telecomunicaciones no habían alcanzado el desarrollo y expansión que conocen hoy.

También hoy conocemos como servicio público, en el sentido popular del término, los servicios que prestan los voluntarios de la Defensa Civil, traslado, evacuación o desalojo de damnificados, suministro de agua potable y vituallas en caso de necesidad, rescate en caso de desastres naturales, etc., entre otros voluntariados públicos,

Esa misma acepción popular, **¡o tempora, o mores!** era la que justificaba hasta hace algunos años, la aspiración al acceso de una función pública, se pensaba o se decía que se pretendía llegar a una función administrativa, nacional o local para prestar un servicio.

En el sentido jurídico y en el ámbito de la Administración Pública, la definición de servicio público no ha sido nunca fácil, sobre todo porque en los primeros años de la creación del Derecho Administrativo, estuvo ligado a la determinación de la competencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción judicial.

El profesor Pierre Esplugas⁸²³ hace las siguientes puntualizaciones sobre el origen de la emergencia de la noción de servicio

⁸²³ ESPLUGAS, Pierre. “Le service public. 2ª edición. Dalloz, Colec Connaissance Du Droit. 2002.

público en Francia: “Generalmente se fija la fecha de la llegada de un modelo de servicio público en Francia al final del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Sin embargo, la realidad del servicio público había existido antes que el concepto haya aparecido y forjado la expresión. Así por ejemplo desde la edad media, las instalaciones señoriales suministraban un servicio común de hornos, molinos y prensas, que implican un monopolio del Señor y, como contrapartida, deben estar en estado permanente de funcionar, permitir un acceso igual a todos los habitantes, y eso con toda la seguridad.”

Así el mismo autor cita como precursores, el servicio de correo real creado por Louis XI desde 1494, que era una administración de servicio del Rey, será progresivamente un servicio al público y será un monopolio desde 1681.

Sin embargo hay que señalar que en el ámbito jurídico tanto en doctrina como en jurisprudencia, el término Servicio Público, conoce también varias acepciones, entre las cuales citamos: “... el servicio público puede definirse de dos maneras: de una manera orgánica o formal, o de manera material. En su sentido orgánico o formal, el servicio público se caracteriza por una cierta organización: el servicio público es una empresa gestionada por la Administración. La definición material se liga a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual esta actividad se ejerce. Se definirá el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general.”⁸²⁴

El profesor De Laubadère, siguiendo, recogiendo y ampliando las enseñanzas del Decano Vedel, por su parte, definía el servicio público⁸²⁵

⁸²⁴ Vedel, Georges: “Droit Administratif”, 4ª edición aumentada. P.U.F. Paris 1968, Pág.683

⁸²⁵ De Laubadère, André “Traité de Droit Administratif « L.G.D.J. 7a edición Paris 1976, Págs. 604 y sgtes.

“Como una actividad asumida por una colectividad pública con miras a dar satisfacción a una necesidad de interés general”, agregando al mismo tiempo: “El servicio público es así una actividad, es lo que se llama como veremos, la concepción material del servicio público. Está caracterizado por el interés general que lo anima. Implica una toma a cargo por una colectividad pública, asumiendo ésta la actividad en causa, sin que por otra parte de manera necesaria ella lo asegure directamente, pues la ejecución del servicio público puede ser confiada a un organismo privado. Estos elementos suministran la definición del servicio público.”

“Además son los poderes públicos que deciden en un momento determinado, cual necesidad de interés general debe ser satisfecha por ese procedimiento y dar lugar a la creación del servicio público. Este elemento suministra el criterio del servicio público.”

Los autores, sin embargo, concuerdan en el reconocimiento de tres elementos asociados de manera invariable en el servicio público y que ya hemos prestado relieve en las citas extraídas del Tratado de Derecho Administrativo del profesor André Laubadère, que ya citamos anteriormente; esos elementos son:

1. El elemento orgánico de la persona pública;
2. El elemento funcional del interés general;
3. El elemento material del régimen jurídico del derecho privado.

Esos tres elementos, extraídos de numerosas decisiones a partir del T.C. 8 de febrero 1873 Básico, entre las cuales se encuentran entre otras: C.E. 4 de marzo 1918, Thérond C.E. 6 febrero 1903 Terrier; el Comisario de Gobierno Romieu de

la manera siguiente: “Todo lo que concierne la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dicho, generales o locales sea que la administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación de naturaleza administrativa”.

El profesor De Laubadère explica, de una manera particularmente clara, las diferencias que existen entre la definición material y la definición orgánica del servicio público, elementos que se encuentran en el enunciado constitucional contenido en el artículo 147 arriba transcrito, explicación que me permito transcribir a continuación:

“1047.- Definición material y definición orgánica del servicio público. En la definición adoptada..., el servicio público designa la actividad asumida por una colectividad pública. Pero en el lenguaje corriente la expresión “servicio público” es igualmente empleada para designar no solo una actividad, una tarea, sino una organización o sea el aparato administrativo del servicio. Así se dirá de la defensa nacional o de la asistencia pública, pero también del ejército o de los hospitales que ellos constituyen servicios públicos. Existe por ese hecho una concepción material y una concepción orgánica del servicio público.”

“1048.- Primacía del elemento material. Los dos sentidos de la expresión “servicio público” no se excluyen y además son usados corrientemente uno y otro tanto por la jurisprudencia como por los autores. Pero el elemento material tiene la primacía en el sentido en que para encontrarse en presencia de un servicio público es necesario y suficiente que la actividad asumida presente algunos caracteres, a saber, como se va a precisar, que ella constituya una actividad de interés general a la cual los poderes públicos

han decidido otorgar el carácter de un servicio público. Esta definición material del servicio público no es nueva: es sobre ella que han insistido desde el principio algunos autores, especialmente Duguit (*Traité* II, 55) y Jèze (*Principios* II, 9) y que el Consejo de Estado ha retenido en muchas de sus primeras grandes sentencias. En el célebre asunto Terrier C.E. 6 de febrero 1903, S.1903.3.25, se trataba de un servicio de destrucción de víboras, que no comportaba ninguna organización de un aparato administrativo, puesto que consistía en primas concedidas a los cazadores. Conclusiones Romieu: “La destrucción de animales dañinos en el departamento, cuando es emprendida por un Consejo General es hecha en interés de toda la colectividad de los habitantes y bien tiene el carácter de un verdadero servicio público” Cf. C.E. 4 de marzo 1910. Thérond, D. 1912.3.57 (captura y guarda en perrera de los perros realengos) “La ciudad de Montpellier ha actuado con miras a la higiene y la seguridad de la población y ha tenido entonces como fin asegurar un servicio público”.

No podemos continuar esta exposición, sin poner de relieve la importancia que en la noción de jurídica del Servicio Público tiene el profesor León Duguit y sus alumnos fundadores de la llamada “Escuela de Burdeos” o “Escuela del Servicio Público”.

En esa escuela desarrollan tanto Duguit como su alumno Gaston Jèze, que aunque teniendo el mismo origen, cada uno de ellos da una mirada propia y peculiar al Servicio Público.

En efecto para León Duguit, el servicio público es un medio para encuadrar la manera objetiva de la acción del Estado, afirmando que: “El Estado no es como se ha querido conocerlo y como se ha creído algún tiempo que era un poder que ordena, una soberanía; es una cooperación de los servicios públicos organizados y

controlados por los gobernantes” (Traité de Droit Constitutionnel. 3^o edición 1928, t.2. P.59)⁸²⁶.

Según la teoría de Duguit, el Estado está en lo adelante por un derecho objetivo, es decir, un derecho que le es exterior y superior. Ese derecho objetivo sale de las exigencias de la conciencia y de la solidaridad social⁸²⁷.

De ahí sale la definición duguisista del servicio público, formulada de la manera siguiente: “Es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglamentado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, y que ella es de una naturaleza que solo puede ser realizada completamente por la fuerza gubernamental”⁸²⁸.

El profesor Gaston Jèze por su parte dio del servicio público esta definición: son única y exclusivamente servicios públicos, las necesidades de interés general que los gobernantes de un país, en momento, han decidido de satisfacer por el procedimiento del servicio público⁸²⁹.

Vemos ya que, de Duguit a Jèze se va desbrozando lo que hoy conocemos como los derechos subjetivos de los ciudadanos, que en nuestro país conoce un momento estelar con el voto y promulgación de la Ley 107-13 sobre los derechos de sus personas en sus relaciones con la Administración y de los procedimientos administrativos como tendremos ocasión de ver más adelante.

“El carácter subjetivo de esta definición está en hecho ligada a la apreciación discrecional que los poderes públicos dan del interés general. La calificación de servicio público

⁸²⁶ En Esplugas, Pierre, op. Cit. Pág 12.

⁸²⁷ Ibidem.

⁸²⁸ Traité de Droit constitutionnel. 3^o edición 1928, t.2. P.61.

⁸²⁹ Principes Généraux de Droit Administratif. T.2. Pag.16.

dependerá pues del juicio por las autoridades competentes de la existencia de una necesidad de interés general”⁸³⁰.

I.2 Los principios cardinales del servicio público y su significado.

El literal 2 del artículo 147 de la Constitución que comentamos contiene una lista exhaustiva de lo que ella misma denomina principios, que en realidad, más que principios,⁸³¹ parecen, mejor dicho, son, adjetivos calificativos de calidad del sustantivo “Servicio Público”.

Esta enumeración, lo que hace es expresar con diferentes términos los principios cardinales del servicio público que han sido establecidos hace ya mucho tiempo por la jurisprudencia y la doctrina administrativa.

Esos principios desarrollados por el Profesor Louis Roland en 1938, también reciben el nombre de “Leyes de Roland”. Esos principios son:

1º. La continuidad del servicio público. Si, como dice la Constitución de la República en el literal 2 del artículo 147, los servicios públicos están establecidos para satisfacer las necesidades de interés colectivo, es evidente que esa satisfacción no puede ser

⁸³⁰ Esplugas, Pierre, Op. Cit.

⁸³¹ **Todo el mundo quiere crear principios jurídicos o principios generales de derecho, por eso muchos glosadores dan el calificativo de principio a lo que solo es el enunciado de una cualidad de una institución jurídica. Es bueno recalcar que “los principios generales de derecho son las convicciones y valoraciones ético-sociales en las que se debe asentar un ordenamiento jurídico.** Estos principios resultan difíciles de precisar, por ello se considera que están constituidos por las creencias y valores mas arraigados en el seno de una sociedad. La idea de que toda actividad laboral por cuenta ajena está remunerada (en el derecho laboral) o que en caso de duda se favorece al presunto delincuente (derecho penal) son ejemplos de principios generales de derecho” Adams, España 2010. Derecho Empresarial Cursos profesionales. Pág. 15

interrumpida, pues toda interrupción es un riesgo que introduce en la vida de la colectividad las perturbaciones más graves⁸³².

“A este respecto, el principio de continuidad reposa sobre la idea que el servicio asegura necesidades imperiosas para la población. Es pues necesario para evitar que el servicio funcione por saltos o que sea interrumpido. No se puede así por ejemplo imaginar a los hospitales no recibiendo a los enfermos en caso de urgencia, prisiones dejadas vacías de guardias o aviones volando sin controladores del aire. En ese sentido, la continuidad del servicio público es un principio jurídico establecido en principio por la jurisprudencia para responder a tales disfuncionamientos. Para el Consejo de Estado ha sido efectivamente durante largo tiempo un principio general de Derecho (C. E. Sect., 30 de marzo 1979, Secr. d’Etat aux Universités) antes de ser calificado de principio fundamental (C.E. 13 de junio 1980, Mme. Bonjean). Por su parte el Consejo Constitucional ha erigido la continuidad del servicio en un principio de valor constitucional (Cons. Const., No. 105 DC 25 de julio 1979, Droit de Grève à la radio et à la télévision. A pesar de las dificultades formales de ligar ese principio a un texto preciso, su carácter constitucional se deduce sin duda del principio más general de continuidad del Estado o de la vida nacional.⁸³³”

Las consecuencias jurídicas de este principio son múltiples tanto para los usuarios como para los cocontrantes de la Administración, pues da nacimiento a obligaciones de suministrar las prestaciones previstas por las reglas del servicio.

⁸³² En el mismo sentido: Rivero, Jean et Waline, Jean. “Droit Administratif « Dalloz, Colec. Précis 18a edición. Paris 2000. Pág. 448.

⁸³³ « Esplugas, Pierre : “Le Service Public” 2ª. Edición. Dalloz, Colec. Connaissance du Droit. Paris 2002. P.26 y sgtes.

Los cocontratantes de la Administración, particularmente los concesionarios están obligados a asegurar el servicio público que le ha sido confiado de manera regular, salvo el caso de fuerza mayor o hecho de la Administración (hecho del Príncipe)⁸³⁴.

De todo ello se deriva la famosa teoría de la imprevisión, según la cual si hay acontecimientos imprevistos que pueden trastornar el equilibrio económico del contrato, la persona pública concedente está obligada a otorgar fondos compensatorios adecuados para permitir la continuidad del servicio público⁸³⁵.

En Francia, el principio de la continuidad del servicio público, se analiza desde el punto de vista del derecho a la huelga en la función pública, para lo cual la jurisprudencia ha reconocido que es necesario hacer, por una parte la conciliación entre el derecho a la huelga y la continuidad del servicio público y por la otra la competencia del gobierno para proceder a esta conciliación por vía reglamentaria⁸³⁶.

Ahora bien, el derecho a la huelga no solo enfrenta el interés económico del empleador privado de ganancias por el hecho de la huelga de su trabajador, sino el conjunto de la colectividad suspendiendo el funcionamiento de un servicio público necesario a la vida de todos (como por ejemplo la energía eléctrica, los transportes en común), es la soberanía del Estado que se encuentra, en la práctica, suspendida.⁸³⁷

⁸³⁴ Ibidem

⁸³⁵ En lo que respecta a los contratos, entre los cuales se encuentra la concesión, sea de trabajos públicos, o de servicio público, esta teoría se complementa y se diferencia con otros mecanismos de salvaguarda del equilibrio económico como son la teoría de la fuerza mayor y la teoría del hecho del príncipe mencionada mas arriba.

⁸³⁶ C. E. 7 julio 1950, Dehaene, Gr. Ar. No. 72. Es preciso tomar en cuenta que cuando se lee un texto que habla de la vía reglamentaria, está hablando única y exclusivamente de la facultad de dictar reglamentos (es decir actos administrativos de carácter general e impersonal, obligatorios para todo el mundo).

⁸³⁷ Rivero, Jean et Waline, Jean Op. Cit. Pág

En nuestro país, hemos conocido múltiples huelgas⁸³⁸ en el sector público que afectan la continuidad de los servicios públicos esenciales, sin embargo, fuera de acciones de fuerza nunca hemos tenido la preocupación ni como ciudadanos ni como autoridades administrativas de buscar una solución jurídica, legal, a la interrupción del cumplimiento de la finalidad esencial del Estado dominicano: la satisfacción de las necesidades de interés general⁸³⁹. Y por eso, no existen reglas para imponer las tareas mínimas que deben ser aseguradas para que no sufra el bienestar general, respetando el derecho a huelga de todos los ciudadanos. Pensemos en eso.

Es decir, al mismo tiempo que se garantiza a los funcionarios públicos el derecho a la huelga, así mismo debe garantizarse a todos los ciudadanos que ese ejercicio legítimo de un derecho, no impide la satisfacción de sus necesidades, es lo que en otros países se llama la garantía de mínimos⁸⁴⁰

El principio de continuidad del Servicio Público, como derecho subjetivo de los ciudadanos, implica para la Administración la obligación de hacer que el servicio sea servido de manera continua, porque toda interrupción es un trastorno en su vida personal y social y en ellos, abre en provecho de los administrados, de los particulares un derecho a reparación por el perjuicio, por el trastorno

⁸³⁸ Huelgas de médicos y personal paramédico en reclamo de mejores condiciones salariales; huelga de maestros por las mismas razones, en pleno año escolar, con el consiguiente perjuicio para los estudiantes y sus padres, estas huelgas podrían ser calificadas como “huelgas salvajes”

⁸³⁹ Hay que destacar, sin embargo, que en las huelgas médicas sus promotores siempre cuidan de dejar los servicios de emergencia funcionando, que es un especie de garantía de mínimos.

⁸⁴⁰ En España la huelga de los controladores del aire en diciembre 2010, que provocó atascos en todos los aeropuertos, perjudicando gravemente a los ciudadanos españoles y extranjeros que tenían viaje desde y hacia España, fue considerada como sedición con la amenaza de ser sancionada como tal, porque no se previeron los servicios mínimos requeridos para declarar una huelga. Esta no fue una huelga declarada, sencillamente, los controladores del aire se reportaron como enfermos o incapacitados para trabajar, en una acción coordinada de huelga salvaje, que solo cedió por que el gobierno militarizó los aeropuertos. Las consecuencias de esa huelga todavía resuenan en España y ha conducido a una negociación sobre reducciones de salarios, horas de permanencia en el servicio, entre otros.

que la suspensión o paralización del servicio introduce en su modo de vida.

El principio de continuidad del servicio público, nos lleva inmediatamente a la reflexión de las precariedades del servicio eléctrico que todos sufrimos y sin que las respuestas del Estado a esa situación de hecho sean satisfactorias para el interés general.

2º. La igualdad.- La Constitución dominicana en la parte capital de su artículo 39, prescribe: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.”

El postulado constitucional transcrito es el sustento y plataforma de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y de los que puedan eventualmente ser incluidos en la clasificación; este principio, es el corolario o la aplicación práctica del principio constitucional de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, arriba transcrito; sin embargo, este no es su única y exclusiva base se inscribe en la gran categoría de principio general de derecho, como inherente a la persona humana, al ciudadano.

En igualdad de condiciones, el servicio público debe ser suministrado a todos los ciudadanos. En ese sentido, nos permitimos introducir aquí las enseñanzas del profesor Pierre Esplugas sobre esta ley o principio del servicio público:

“La igualdad ante el servicio público apareció bastante temprano como una proyección del principio más general, extraído de la Declaración de los Derechos del hombre, de la igualdad ante la ley (C.E. 29 dic. 1911 Chomel). El

Consejo de Estado utiliza más precisamente la terminología de “principio de igualdad que rige el funcionamiento de los servicios públicos” como principio general del derecho (C.E. Sect., 9 marzo, *Sté des concerts du conservatoire*) Por su parte el Consejo constitucional considera sin ninguna duda ese principio como un principio de valor constitucional aún si falta todavía su afirmación de manera directa y general.”

“La concepción clásica de la igualdad ante el servicio público es, en principio, en derecho francés la de una igualdad formal. Esta excluye las preferencias pero no las diferencias: obliga a fundar sobre criterios objetivos esas diferencias.”

Sobre ese fundamento una abundante jurisprudencia se ha aplicado a todos los interlocutores del servicio. En primer término, los agentes pueden prevalerse del principio de igualdad. Este último postula especialmente la igual admisibilidad a los empleos públicos, es decir, sin otra discriminación que las competencias del candidato (para un ejemplo clásico de discriminación en razón de opiniones políticas: C.E. Ass., 28 mayo 1954, *Barel*). La igualdad frente a los agentes puede igualmente ser comprendida como una igualdad de tratamiento (salario rdlcc) de los funcionarios de un mismo cuerpo. Se opone en particular a que ellos conozcan en su carrera discriminaciones estatutarias que resultarían por ejemplo de sus condiciones de entrada en el cuerpo (concurso interno o externo) o su lugar de afectación. La igualdad ante el servicio público se agrega enseguida respecto de todos los cocontratantes de la administración como los proveedores. La administración debe a ese título respetar ciertas reglas particulares en la elección de sus cocontratantes, especialmente en materia

de mercados públicos (que son los contratos mediante una oferta pública sometida a un pliego de condiciones, rdicc) tales como la llamada a la competencia.”

“Finalmente, la igualdad conlleva las consecuencias más importantes en cuanto a la situación de los usuarios del servicio. La sentencia del Consejo de Estado Denoyez y Chorques sintetiza la posición del juez administrativo respecto de las discriminaciones aceptables: “La fijación de tarifas diferentes aplicables, por un mismo servicio dado a diferentes categorías de usuarios de un servicio o de una obra pública, a menos que ella sea la consecuencia necesaria de una ley, sea que existan entre los usuarios diferencias de situación apreciables, sea que una necesidad general en relación con las condiciones de explotación del servicio o de la obra ordene esta medida” (C.E., Sect 10 mayo 1974, Denoyez et Chorques). En consecuencia, tres elementos no acumulativos deben ser tomados en consideración en la apreciación de las discriminaciones válidas. En primer lugar, una discriminación creada por la autoridad administrativa puede ser la consecuencia necesaria de una ley. El juez no podría sin embargo aquí sancionar esta autoridad so pena de proceder a un control de constitucionalidad de la ley (C.E., 22 julio 1992, Union syndicale de la propriété immobilière).”

“En segundo lugar, la discriminación puede ser a seguidas fundada sobre una diferencia de situación apreciable, en relación con el objeto del servicio. La apreciación de la realidad de situaciones particulares autorizando la existencia de diferenciaciones es apreciada por el juez caso por caso, y deja lugar inevitablemente a una cierta subjetividad de parte del juez. Así, por ejemplo, una discriminación tarifaria entre los insulares y los continentales usuarios del puente

de la Isla de Ré, es posible pero no la existentes entre los residentes de la Charente –Maritime (un departamento de Francia) y los otros continentales (C.E.,10 mayo 1974 , De-noyez et Chorques).”

En tercer lugar, la doctrina dominante considera que solo el interés general puede justificar la creación de una categoría de usuarios que, a su vez, autorizaría una discriminación. El interés general solo sería indirectamente un motivo derogatorio del principio de igualdad. Ese motivo se aplica particularmente cuando las diferencias de situación no son apreciables.”

3º. La adaptación. Este es el tercer gran principio que rige el Servicio Público, que también puede formularse como lo hacen los franceses como la posibilidad de adaptar el régimen del servicio público a las nuevas circunstancias sociales, económicas, culturales y políticas⁸⁴¹.

La sociedad, las costumbres y las necesidades de los ciudadanos cambian conforme la época, el servicio público debe adaptarse, cambiar, evolucionar conforme esos cambios.

De este principio resulta que nadie tiene un derecho adquirido en el mantenimiento de las reglas o leyes en vigor al momento en que entraron en relación con el servicio público.

Es así como por ejemplo, ningún ciudadano puede oponerse a la implantación de la tecnología digital para las telecomunicaciones.

Igualmente resulta de este principio, que ningún particular tiene un derecho adquirido sobre la forma de prestación del servicio público.

⁸⁴¹ Rivero, J et Waline, J. Op. Cit, Pág. 448

Ahora bien, la capacidad o necesidad de adaptación de los servicios públicos a las nuevas circunstancias y necesidades, no significa necesariamente que cada vez que haya que adaptar un servicio público porque las circunstancias que le dieron origen han cambiado, sea necesario votar una nueva ley que recoja esos cambios.⁸⁴²

La adaptación del servicio público, puede resultar y de hecho resulta de la capacidad creativa de la administración que como consecuencia de su finalidad esencial, debe estar atenta a todos los cambios que registra la sociedad, los avances tecnológicos, científicos y sociales para estar en condiciones de satisfacer las necesidades de interés general, siempre cambiantes.⁸⁴³

Dentro de este principio se encuentran contenidos varios de los adverbios que son utilizados en el ordinal 2 del artículo 147, tales como: la calidad, la eficiencia, la razonabilidad.

Se advierte pues que la noción de servicio público que hasta el presente ha sido poco estudiada, provee, al ser analizada conforme las reglas del Derecho Administrativo, la exacta medida del significado del artículo 38 de la Constitución Sobre la garantía, seguridad y protección de los derechos fundamentales de los dominicanos, que por su valor didáctico nos permitimos transcribir a continuación:

“Artículo 38.- Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos

⁸⁴² El mejor ejemplo de esto lo constituye el servicio público de la electricidad, cuya ley de organización y funcionamiento, permitía la adaptación de ese servicio, incluyendo su privatización, sin embargo, se prefirió votar una ley que desguazó la Corporación Dominicana de Electricidad (CDE) sin ningún beneficio para los ciudadanos.

⁸⁴³ Para ilustrar los cambios sociales que conlleva una modificación del modo de prestación del servicio público, basta señalar que al principio de la República, las calles eran de tierras y no tenían aceras ni contenes, ahora mismo, es inconcebible que las ciudades no tengan calles debidamente asfaltadas. De igual modo, no existía sistema de desagüe de aguas negras y ahora es un requisito que todo adquirente de una vivienda espera y exige, como resultante de la naturaleza de las cosas.

fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.”

El examen y aplicación de los principios cardinales del servicio público, que es una noción que recorre toda la Administración Pública, es una herramienta de primer orden para la existencia de la legalidad, en la cual deben participar en partes iguales las personas que ejercen una función pública y los ciudadanos que tal como dice el considerando cuarto de la Ley No.107-13 sobre los Derechos de las personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimientos Administrativos:

“Que en un Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos no son súbditos, ni ciudadanos mudos, sino personas dotadas de dignidad humana, siendo en consecuencia los legítimos dueños y señores del interés general, por lo que dejan de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios, para adquirir una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas y de las decisiones administrativas.”

No son favores, ni dádivas, los ciudadanos de este país, tenemos un derecho exclusivo a que la Administración Pública nos brinde buenos servicios, considerados esto tanto en sentido estricto como en el más amplio de todas las actuaciones de la Administración Pública.

Como ya dijera en una ocasión anterior, “la legalidad es demasiado importante para que se la dejemos solamente a la Administración”; los ciudadanos tenemos el derecho y el deber de exigir la legalidad de y en la Administración.

Por razones de tiempo y espacio, me han obligado a dividir este trabajo en dos partes, ésta primera que contiene un panorama general y la segunda parte que comporta el examen de las diferentes modalidades que reviste la prestación del servicio público, que con el favor de los editores, reservo para un próximo número.

Reitero nuevamente mis agradecimientos a los organizadores de estas Jornadas, que me permiten compartir con tantos buenos amigos y excelentes especialistas en Derecho Público y al personal de apoyo que permite el funcionamiento sin contratiempos de un evento de esta magnitud.

Gracias a todos ustedes por su paciencia.

Bibliografía

- BALETE, Éric; DREXL, Josef; MENÉTREY, Séverine et ULLRICH, Hanns. *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général. Hommage à Laurence Boy*. France: Presses Universitaires D'Aix-Marseille. 2016.
- BERDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. France: Presses Universitaires de France. 1995.
- BOUHIER, Vincent; FOULQUIER, Norbert et ROLIN, Frédéric. *Théorie et pratique du droit public. En hommage à Olivier Févrot*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit. 2016.
- CAILLOSSE, Jacques. *L'État du droit administratif. 2^o édition. Revue et augmentée d'une postface*. France: LGDJ, Lextenso Editions, 2017.
- CHAPUS, René. *Droit administratif*. Paris: Montchrestien, E.J.A. 1992.
- Rivero, Jean, *Précis de Droit Administratif*. Dalloz, Paris 1971.

- DUBOS, Olivier. *Mélanges en l'honneur de Bernard Pacteau. Cinquante ans de contentieux publics*. France: Editions mare & Martin. 2018.
- ESPLUGAS, Pierre. *Le service Public. 2^o Édition*. France: Dalloz. 2002.
- FAVOREU, Louis. *Le domaine de la loi et du règlement. Deuxième édition*. Editeur Presses Universitaires D'Aix-Marseille. 1981.
- FRYDMAN, Benoit et JEULAND, Emmanuel. *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*. France: Dalloz. 2011.
- FOULQUIER, Norbert. *Droit administratif des biens*. Paris: LexisNexis. 2011.
- FOULQUIER, Norbert. *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^o au XX^o siècle*. France: Dalloz. 2001.
- GUIGNARD, Didier; REGOURD, Serge et SAUNIER, Sébastien. *Rire, Droit et Société*. France. Institute Universitaire Varenne. 2018.
- JAMIN, Christophe et MALLERAY, Fabrice. *Droit Civil et Droit Administratif. Dialogue (s) sur un modèle doctrinal. 1^o Édition*. Dalloz. 2018.
- LE GOFF, Joan et ONNÉE, Stéphane. *Puissances de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*. Paris: Édition EMS. 2017.
- LHUILIER, Jean-Marc. *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*. France: Éditions De L'École Nationale De la Santé Publique. 1998.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand et MELLERAY, Fabrice. *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*. France: Dalloz. 2012.

OUVRAGE COLLECTIF. *Collection Académique. Volume VI. Les mots d'Annie Héritier. Droit (s) au cœur & à la culture*. France: Editions L'Épitoge. 2017.

OUVRAGE COLLECTIF. *Mélanges François Julien-Laferrrière*. Bruxelles: Bruylant. 2011.

RIVERO, Jean et WALINE, Jean. *Droit administratif. 18^e édition*. France: Dalloz. 2000.

Manuel De Js. Amiama, "Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana. ONAP 1982

Manuel de Js. Troncoso de la Concha, *Elementos de Derecho Administrativo con aplicación a las leyes de la República Dominicana* cuarta edición. ONAP 1981

**LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO
DERECHO FUNDAMENTAL: EL DERECHO
A LA MOTIVACIÓN DE LAS ACTUACIONES
ADMINISTRATIVAS. ANÁLISIS DE SU APLI-
CACIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA
LUEGO DE LA SENTENCIA TC/0322/14**

FABIOLA MEDINA GARNES

Licenciada en Derecho, *Summa Cum Laude*, de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña. Magíster en Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas y en Derecho de la Administración del Estado en el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales y la Universidad de Salamanca.

Resumen: Este trabajo analiza el alcance del derecho de la buena administración considerado como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico dominicano a partir de la sentencia TC/0322/14 del Tribunal Constitucional Dominicano. El mismo se enfoca de manera particular en uno de los derechos que forman parte del derecho a la buena administración, conforme se encuentran listados en el artículo 4 de la Ley No. 107-13, Sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimientos Administrativos: el derecho a una debida motivación de las actuaciones administrativas. Al respecto, se estudian las condiciones mínimas que deben estar presentes para el cumplimiento de este derecho y las consecuencias de su incumplimiento.

Abstract: This work evaluates the scope of the right to a good administration, considered as a fundamental right in the Dominican legal system pursuant to the decision TC/0322/14 of the Dominican Constitutional Court.

It is focused particularly in one of the rights that forms part of the right to a good administration as listed in article 4 of Law No. 107-13 of rights of persons in their relations with the Administration and Administrative Procedures, the right to a good motivation of the administrative decisions. In his regard, it is evaluated the minimum conditions required for the respect of this right and the consequences of its noncompliance.

Palabras Claves: Derecho a la Buena administración, motivación, arbitrariedad, derecho fundamental, actos administrativos

Keywords: Right to a good administration, motivation, arbitrariness, fundamental right, administrative acts.

El reconocimiento del derecho a la buena administración, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley No. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración, ha ganado considerable importancia en épocas recientes. En su emblemática sentencia TC/0322/14⁸⁴⁴, el Tribunal Constitucional reconoció este derecho como un derecho fundamental, precisando su alcance e importancia. El presente ensayo busca analizar el derecho de la buena administración en la República Dominicana con particular énfasis en el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas, derecho este último que forma parte del catálogo de derechos subjetivos de orden administrativo dispuestos en el artículo 4 de la Ley No. 107-13.

El derecho fundamental de la buena administración: su desarrollo en el ordenamiento jurídico dominicano.

En la decisión TC/0322/14 el Tribunal Constitucional reconoció la condición de derecho fundamental del denominado derecho a la buena administración. Precisando esta Alta Corte que estamos ante

⁸⁴⁴ República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0322/14 del 22 de diciembre de 2014.

un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado el derecho al buen gobierno o a la buena administración. Previamente establecido en el artículo 4 de la Ley No.107-13, la consagración de este derecho representa un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas frente a las actuaciones de la Administración como límite a los amplios poderes con los cuales esta última cuenta. La consagración de este derecho de la buena administración concreta, en palabras de Jorge Prats, un ordenamiento jurídico *pro persona* y *pro libertate*⁸⁴⁵.

Esta introducción es importante en la medida en que, para entender el alcance del derecho a la buena administración es preciso comprender su desarrollo hasta la fecha. De manera particular, nos importa destacar cómo el avance del derecho administrativo y su incidencia en nuestras constituciones de la región ha tenido repercusiones tangibles como es la promulgación de la Ley No. 107-13 y el reconocimiento del carácter de derecho fundamental de la buena administración conforme se ha indicado en la TC/0322/14.

La República Dominicana no ha sido entonces ajena en la última década a una cada vez más palpable evolución del derecho administrativo, evidenciándose un cambio de visión en relación a los derechos de las personas. Éstas han dejado de ser un sujeto inerte sometido a los poderes del Estado. En palabras de Rodríguez-Arana, ya no se encuentran sometidas a los fenomenales privilegios y prerrogativas de la Administración que mantuvieron a los particulares de rodillas ante una todopoderosa maquinaria del Estado⁸⁴⁶. En igual sentido, el Estado deja de ser visto como un

⁸⁴⁵ Eduardo Jorge Prats “La Posición constitucional de la persona ante la administración, la garantía fundamental del debido proceso administrativo y el derecho fundamental a la buena administración” en Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huertas, *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho* (Santo Domingo de Guzmán, Librería Jurídica Internacional, 2016), 857-885.

⁸⁴⁶ Jaime Rodríguez-Arana “La Buena Administración Como Principio Y Como Derecho Fundamental En Europa”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Núm.6

Estado que se impone a las personas para poder alcanzar sus fines de interés general y pasa a ser una Administración que se abre al foro público para poder gestionar esos intereses colectivos⁸⁴⁷. La nueva visión de la relación entre la Administración y el particular es lo que ha llevado al reconocimiento de la existencia de un denominado derecho a la buena administración.

La idea del sometimiento de los gobernantes a un buen gobierno encuentra sus raíces en los autores clásicos como Platón, Sócrates, Aristóteles o Cicerón al expresar que los gobernantes debían buscar la felicidad de todos sus gobernados. Esta idea, replicada en los trabajos de autores de épocas subsiguientes, era principalmente de carácter abstracto⁸⁴⁸. Es en el siglo XXI el momento en el cual es reconocida la importancia de un buen gobierno gracias a la labor de la jurisprudencia y la doctrina. Emblemáticas obras como la reconocida obra del administrativista García de Enterría “*Lucha contra las inmunidades del Poder*” influyeron considerable y positivamente en el desarrollo del derecho administrativo y en el cambio de visión de una Administración que ya no puede ejercer incurrir en ilegítimas arbitrariedades o en exceso de poder sin ningún tipo de control.

Como consecuencia del desarrollo del derecho administrativo en estas últimas décadas es reconocido el derecho a la buena administración, dotándole incluso de un carácter de derecho fundamental en otras jurisdicciones. Esta última característica figura

(Enero-Diciembre de 2013): 13, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167578.pdf> (Fecha de Consulta: 12 de septiembre de 2018).

⁸⁴⁷ Eduardo Jorge Prats “La Posición constitucional de la persona ante la administración, la garantía fundamental del debido proceso administrativo y el derecho fundamental a la buena administración” Ob. Cit. 869-870.

⁸⁴⁸ Juli Ponce Solé, “El Derecho A Una Buena Administración Y El Derecho Administrativo Iberoamericano Del Siglo XXI. Buen Gobierno Y Derecho A Una Buena Administración Contra Arbitrariedad Y Corrupción” *Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires* (Octubre 2015): 220, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf> (Último Acceso: 15 de septiembre de 2018).

resaltada en la Recomendación n° R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 y posteriormente dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000. Se trata de textos con influencia notable en nuestro ordenamiento jurídico y puede afirmarse que influyeron directa o indirectamente en el razonamiento de la TC/0322/14.

El concepto de Administración Pública conforme es concebido hoy en día supone “asumir con radicalidad que la Administración pública existe y se justifica, en la medida en que sirve objetivamente al interés general”⁸⁴⁹. El desarrollo del derecho administrativo ha logrado tener un impacto en una nueva dimensión de la relación de las personas y la Administración, la cual se fundamenta en la función esencial de un Estado que se organiza para la protección real y efectiva de la dignidad de las personas⁸⁵⁰. El derecho a la buena administración es cada vez más diáfano consagrado en las constituciones con miras a, entre otras cosas, proteger la dignidad humana. En nuestro caso, conforme lo reconoció la TC/0322/14, se encuentra implícitamente consagrado en los artículos 138,139 y 146 de la Constitución.

El derecho a la buena administración implica que las instituciones estén manejadas por un conjunto de criterios mínimos y “parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto”⁸⁵¹. Con este derecho se reconoce que la Administración es “necesaria para

⁸⁴⁹ Jaime Rodríguez-Arana “La Buena Administración Como Principio Y Como Derecho Fundamental En Europa”, Ob. Cit., 25.

⁸⁵⁰ Jorge Prats, Eduardo, “La Posición constitucional de la persona ante la administración, la garantía fundamental del debido proceso administrativo y el derecho fundamental a la buena administración” Ob. Cit.869-870.

⁸⁵¹ Jaime Rodríguez Arana y Pablo García Mexía “El derecho a la buena administración pública” en *Colección de Estudios*. Ed. Junta de Castilla y León: 13 (Castilla y León,2008).

la sociedad y que lo importante no solo es limitar y controlar sus poderes en beneficio de la libertad de decisión del individuo, sino además lograr que cumpla correcta y diligentemente las tareas que la sociedad le encomienda”⁸⁵².

Cabe destacar que antes de su consagración en la Ley No. 107-13, algunas disposiciones legales como las consagradas en la ley No. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios⁸⁵³ ya sujetaban la actuación de entes públicos, en este caso los Ayuntamientos, al respeto de “*los principios de la buena administración*”⁸⁵⁴. No obstante esto, es con la consagración del conjunto de principios a los que está sujeta la Administración en el artículo 138 de la Constitución Dominicana del 2010 y el pronunciamiento de la Ley No. 107-13 que este derecho adquiere importancia relevante en nuestro organismo. Con el pronunciamiento de esta importantísima norma deja este principio de ser un derecho abstracto y pasa a constituirse como un deber de la Administración de cumplir con un catálogo de derechos específicamente definidos por el legislador en el artículo 4 de la Ley No. 107-13. La consagración expresa de este conjunto de derechos subjetivos que concretan el derecho a la buena administración contribuye finalmente a clarificar cuál es el alcance de este derecho fundamental y los límites que sujetarán el accionar de la Administración como garantía de su cumplimiento.

El cumplimiento de cada uno de estos derechos es lo que garantiza un adecuado respeto del derecho fundamental a la buena administración. Entre este conjunto de derechos se encuentra el derecho a contar con actuaciones administrativas debidamente motivadas, cuyo análisis constituye la razón de ser de este trabajo.

⁸⁵² Miguel Sánchez Morón, “Derecho Administrativo. Parte General”, Tecnos 8va Ed. (2012) citado por Franklin Concepción Acosta, *Ley No. 107-13. Apuntada* (Santo Domingo, 2016) 130.

⁸⁵³ Del diecisiete (17) de julio de dos mil siete (2007).

⁸⁵⁴ Ley No. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios. Art. 220.

El derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.

El legislador dominicano al establecer el catálogo de derechos que conforman el derecho a la buena administración en el artículo 4 de la Ley No. 107-13 ha incluido el denominado derecho a la motivación de las actuaciones administrativas. El legislador ha querido darle importancia a este derecho al colocarlo en segundo lugar luego del derecho a la tutela judicial efectiva. La vinculación del derecho a la motivación con el derecho a la buena administración no es propia de la jurisdicción dominicana. Decisiones comparadas ya han establecido la obligación de motivar como un deber derivado de las reglas de la buena administración⁸⁵⁵.

La motivación de las decisiones, como veremos a continuación, no es una mera cortesía de parte de la Administración. Su cumplimiento se encuentra relacionado al respeto a otros derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva y al conjunto de principios que forman parte de nuestro ordenamiento para delimitar el debido proceso. Los beneficios de su respeto se centran en una mejora en la relación de la Administración y la persona que, como hemos visto, ha dejado de ser esa relación caracterizada por la arbitrariedad.

El derecho de los ciudadanos a contar con un ejercicio de poder argumentado, razonado y motivado es para algunos autores de importancia tal que llegan a afirmar que la temperatura democrática de la Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de sus actos⁸⁵⁶. Estos autores coinciden con aquellos que resaltan el sustento del derecho a la motivación en la tutela judicial efectividad y en la necesidad de legitimidad en el ejercicio del

⁸⁵⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia Industrias Siderúrgicas asociadas la Alta Autoridad, de 11 de febrero de 1995, Citado por Franklin E. Concepción Acosta, *Ley No. 107-13. Apuntada* (Santo Domingo, 2016) 131.

⁸⁵⁶ Jaime Rodríguez Arana y Pablo García Mexía "El derecho a la buena administración pública". Ob. Cit.: 28.

poder⁸⁵⁷. Es decir, la motivación de las decisiones va más allá que un mero requisito de validez y se establece como el sustento de una Administración que ha dejado a un lado las arbitrariedades y que está sometida a principios constitucionales como el de juridicidad. Veamos en detalle esta transición.

En primer lugar la motivación puede verse como un requisito de validez del acto. Ese carácter de la motivación como elemento formal del acto ha sido ampliamente analizado por la doctrina administrativa comparada. Al respecto, el autor Navarro González, hace un análisis de las principales obras en este sentido⁸⁵⁸ que caracterizan la motivación como requisito necesario para la validez del acto administrativo. Así ha sido establecido en nuestro ordenamiento jurídico al disponer el artículo 9 de la Ley No. 107-13 que ella se considerará como requisito de validez de todos aquellos actos que se pronuncien sobre derechos, tengan un contenido discrecional o generen gasto público⁸⁵⁹.

Sin embargo, el afinamiento del principio ha determinado la necesidad de aceptar que la motivación no es meramente un requisito de formalidad del acto. El derecho a la motivación ya no se limita a su concepción clásica como un elemento puramente formal del acto. Al respecto, se afirma que la motivación tiene transcendencia de fondo, por su conexión a un conjunto de derechos fundamentales⁸⁶⁰. La “*motivación del acto se conecta con la defensa fundamental del*

⁸⁵⁷ Ricardo Rivero Ortega & Francisco Ortega Polanco. *Procedimiento Administrativo Comentado. Comentario a la Ley 107 del 6 de agosto de 2013, sobre los derechos de las per zonas frente a la Administración* (Santo Domingo: Editora Corripio, 2016) 64

⁸⁵⁸ Rocío M. Navarro González, *La Motivación de los Actos Administrativos* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 50.

⁸⁵⁹ Ley No. 107-13 Art. 9. Párrafo III.

⁸⁶⁰ Fernando de Rojas Martínez-Parets. Los actos administrativos. Producción, contenido, motivación y forma en José Garberí Llobregat, eds. *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)* (Valencia Tinant Lo Blanch: 2006), 170.

*derecho a la tutela efectiva y al derecho de defensa*⁸⁶¹. Este es el meollo de la relevancia del derecho a la motivación como elemento medular del derecho a la buena administración.

Con la motivación del acto, resalta Bocanegra, “*se asegura la formación de la voluntad de la Administración y la garantía de los derechos de los ciudadanos porque la motivación posibilita el ejercicio de las potestades de control en vía de recurso, sea éste administrativo o judicial, de la resolución dictada*”⁸⁶². La relevancia de la motivación puede verse entonces reflejada en su estrecha relación con derechos constitucionalmente consagrados distintos al de buena administración como es el de tutela judicial efectiva y los principios de transparencia y publicidad consagrados en el artículo 138 de la Carta Magna así como con otros principios que se estudian más adelante.

La motivación se constituye así como un requisito esencial del acto cuyo cumplimiento conlleva el respeto no solo del derecho de la buena administración sino de otro conjunto de derechos fundamentales cuya tutela es esencial. Con su cumplimiento el ciudadano tiene derecho a conocer anticipadamente y de manera clara los hechos analizados por la Administración y la fundamentación jurídica que lo ha llevado a dicha decisión evitando que la decisión cuenta con características de arbitrariedad⁸⁶³.

La importancia del derecho a una adecuada motivación no es entonces cuestionada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo establecido como un requisito de validez para un conjunto de

⁸⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo Español Sala de lo Contencioso de fecha 17 de noviembre de 1988. STS12266/1987.

⁸⁶² Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, cuarta edición (Madrid: Thomson Reuters, 2012) 88.

⁸⁶³ Luis Miguel León Luna, “¡Exijo una Explicación!... La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo”, en *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 45 (Octubre 2015), 317. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249/15717> (Fecha de Consulta: 10 de septiembre de 2018).

actos dispuestos en el artículo 9 de la Ley No. 107-13. Ahora bien, ¿Cómo debe de ser esa motivación?

El alcance de una debida motivación no ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, el cual se ha limitado a referirse a las motivaciones de las decisiones jurisdiccionales. No obstante esto, la doctrina comparada en la materia puede contribuir a determinar qué debe entenderse por una adecuada motivación.

En primer lugar resalta la doctrina que la motivación puede ser sucinta pero ha de ser suficiente. Para ser suficiente es necesario que se argumente sobre circunstancias concretas teniendo en cuenta las alegaciones de los interesados, debiendo conocerse en las motivaciones la finalidad pública del acto que los justifica y en caso del ejercicio de la potestad discrecional, la circunstancias que aconsejaron la opción⁸⁶⁴.

Sobre cómo debe de ser esa motivación, resalta la jurisprudencia comparada lo siguiente: No se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario esta Corporación ha acudido al concepto de “razón suficiente” para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describen de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario⁸⁶⁵.

La motivación debida en los actos de la Administración dictados en el ordenamiento jurídico adolece de una errónea interpretación semántica del derecho a la motivación al confundir los términos explicación con el de justificación. El primero, la explicación de la decisión, implica mostrar cuáles fueron las causas que lo motivaron

⁸⁶⁴ Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, 88.

⁸⁶⁵ Sentencia T-204/12 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 14 de marzo de 2012. citado por Franklin E. Concepción Acosta, *Ley No. 107-13. Apuntada*, 133.

o los fines que se pretenden alcanzar; justificar, por su parte, conlleva el ofrecer razones de las cuales pueda concluirse el carácter correcto de esa decisión⁸⁶⁶. El cumplimiento del derecho a la debida motivación implica una justificación adecuada y no un mero recuento de simples hechos que en nada justifican que la decisión es la más adecuada para fines del interés general. Vale apuntar que, tristemente, este último acercamiento es el predominante en las decisiones de nuestra jurisdicción.

Como resaltamos precedentemente, nuestro sistema se construye sobre la afirmación de un listado de actos que deben ser motivados resaltados en el artículo 9 de la Ley No. 107-13, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el alemán que precisan la necesidad de motivar todos los actos dictados o motivados por escrito⁸⁶⁷. De este conjunto de actos cuya motivación es requerida en nuestro ordenamiento jurídico, queremos referirnos brevemente, por su importancia, a la debida motivación respecto particularmente a dos categorías: aquellos dictados en el curso de un procedimiento administrativo sancionador y a los reglamentos.

La motivación de los actos que ponen fin a un procedimiento administrativo sancionador.

En las decisiones sancionadoras el deber de motivación adquiere mayor relevancia como forma de protección del conjunto de garantías de que es titular la persona sometida a este procedimiento. Exigiéndose un mayor grado de rigor en las motivaciones dadas sobre las limitaciones a derechos que pueden darse en el procedimiento administrativo sancionador. Esto así porque en estas actuaciones vemos un ejercicio de la potestad mucho más enérgico e intenso.

⁸⁶⁶ Rocío M. Navarro González, *La Motivación de los Actos Administrativos*, 42.

⁸⁶⁷ Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, 89.

Desde hace ya varias décadas el tribunal constitucional español, al referirse sobre el derecho de la debida motivación en este tipo de actuaciones resaltaba que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución:

El hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos.⁸⁶⁸

Con la motivación de este tipo de decisiones se le informa al inculpado de las razones que han llevado al órgano a adoptar la decisión, facilitando la defensa judicial de sus derechos. La motivación de las sanciones en España, por ejemplo, no es solo una exigencia legal, sino también constitucional, al establecerse como “derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las restantes garantías constitucionales”⁸⁶⁹. De igual manera la motivación, “al exponer el proceso racional de aplicación de la ley, permite constatar que la sanción interpuesta constituye una proporcionada aplicación de una norma sancionadora previa”⁸⁷⁰.

Sobre los elementos de la motivación de una resolución que ha dado fin a un procedimiento administrativo sancionador, resaltan los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales⁸⁷¹, mediante un análisis de los precedentes constitucionales en España qué se entiende por una debida motivación en esa jurisdicción. Resaltan, entre otras cosas, que la resolución sancionadora no debe contar con una motivación propia o remitirse a la propuesta de resolución que haya sido prepa-

⁸⁶⁸ España. Segunda Sala del Tribunal Constitucional. Sentencia 26/1981, de 17 de julio. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

⁸⁶⁹ España. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Sentencia 7/1998, de 13 de enero. BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998.

⁸⁷⁰ Ibidem.

⁸⁷¹ Manuel Gómez Tomillo & Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador Parte General*. (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 869-871.

rada por el órgano instructor en los casos que aplique, debiendo en este último caso, notificar copia de la misma con la decisión. Se exige que la motivación incluya la norma administrativa tipificadora de la infracción, debiendo además identificar de forma implícita o expresa pero de manera inequívoca el fundamento legal de la sanción a los fines de no violar el principio de legalidad de la sanción.

Los elementos antes descritos indispensables de la motivación encuentran también su fundamento en el ordenamiento jurídico dominicano tanto en el principio de legalidad como en el deber de motivación de la resolución del procedimiento sancionador conforme dispone el artículo 44 de la Ley No. 107-13.

Una adecuada motivación en este tipo de procedimientos evita no solo la indefensión de la persona sometida al procedimiento o de terceros que puedan estar interesados en el proceso cumplido sino también asegura el cumplimiento de muchos de los principios consagrados en el artículo 3 de la Ley No. 107-13.

Entre este conjunto de principios que se garantizan con la adecuada motivación está el principio de proporcionalidad. Esto así ya que debe la Administración “trasladar en la motivación la adecuación de la medida para proteger el interés público, su necesidad como medida menos restrictiva y el equilibrio de la medida con la tutela de otros bienes jurídicos implicados en cada caso concreto”⁸⁷². Esta ponderación que debió realizar la Administración al momento de la evaluación de la medida sancionadora a los fines de que pueda constar el respeto al principio de proporcionalidad debe también verse reflejada en las motivaciones de la decisión.

Otros principios como el de transparencia se ven garantizados mediante la debida motivación de la decisión sancionadora. Esto así ya que la motivación aporta a la efectividad de la transparencia

⁸⁷² Rocío M. Navarro González, *La Motivación de los Actos Administrativos*, 143.

procedimental al esbozar los hechos y fundamentos que han llevado a adoptar la decisión. La persona a la cual se le ha sometido a un procedimiento de esta naturaleza deberá contar en la decisión que lo sanciona con una debida indicación del procedimiento que ha seguido la Administración para considerar su culpabilidad. En igual sentido, todo tercero o interesado, en los términos descritos en el artículo 17 de la Ley No. 107-13, podrá tener conocimiento aunque no haya formado parte del expediente del procedimiento seguido que ha concluido con la decisión emitida.

Vemos entonces que esta garantía de transparencia que viene dada por la correcta motivación de la decisión no solo beneficiará al particular sometido sino también a terceros. Más aún, contribuirá al cumplimiento del efecto persuasivo que puede tener la decisión frente a las demás personas o empresas que puedan o intenten cometer el ilícito sancionable.

Todo anterior resulta en la verdad incuestionable de que en aquellos procesos sancionadores que limitan los derechos individuales una adecuada, suficiente y razonada motivación es esencial a los fines de garantizar el derecho de defensa.

La motivación en los Reglamentos

Los principios antes mencionados se ven también garantizados al momento de la inclusión de una debida motivación al dictado de los reglamentos. En este caso la motivación buscará la prevención de la arbitrariedad en respeto de los derechos de todos los ciudadanos.

La correcta motivación contenida en los reglamentos contribuye también a garantizar la racionalidad del actuar administrativo. Sobre esto último resalta la doctrina lo siguiente:

La actuación administrativa realizada en el ámbito de decisiones valorativas viene presidida por un deber positivo de

comportamiento de modo objetivo en el que se pondere y valore las diferentes opciones escogiendo por parte de la Administración la más razonable y así adoptar la solución racional mejor posible⁸⁷³.

Solo se puede saber la racionalidad de la medida establecida en los reglamentos si ha quedado debida constancia de esta valoración realizada por la Administración. La sujeción de los órganos al cumplimiento de este análisis de racionalidad y obligación de constatación del mismo mediante la motivación ayuda a la adopción de medidas más adecuadas. Garantizando de esta forma el cumplimiento de principios como el de relevancia, coherencia y facilitación y evitándose la existencia de uno de los principales males que afecta nuestras instituciones y que es la excesiva burocracia.

En igual sentido y en relación al respeto al principio de transparencia, solo con una adecuada motivación puede verificarse que se han cumplido con las formalidades referidas para el dictado de los reglamentos. La propia Ley No. 107-13 establece una mayor exigencia de la ponderación y motivación en la adopción de las medidas cuanto mayor sea el margen de apreciación o la discrecionalidad de las mismas⁸⁷⁴. Esta última proporcionalidad es especialmente importante en la emisión de los reglamentos.

De manera expresa y como condición para su validez, la Ley No. 107-13 precisa la obligación de ponderación y motivación debiendo en esta última indicarse las razones de las opciones que resulten elegidas antes las distintas alternativas. A tales fines, es necesario que consten en esas motivaciones los trámites llevados a cabo para la adopción de la medida, entre los que pueden ser mencionados: el cumplimiento de la debida participación del público y el respeto al derecho de audiencia.

⁸⁷³ Rocío M. Navarro González, *La Motivación de los Actos Administrativos*, 137.

⁸⁷⁴ Ley No. 107-13. Artículo 30. Párrafo I.

Lamentablemente, no vemos un cambio significativo en la motivación de las decisiones de esta naturaleza a partir del año 2014, fecha en que fue dictada la TC/0322/14. Si bien en ciertos órganos, especialmente los de sectores regulados, el dictado de reglamentos en esos sectores ya contaba con una motivación que refleja el procedimiento seguido, la participación de los interesados y el fundamento de su decisión, esta buena práctica era ejercida antes de dicha decisión. Vemos el caso por ejemplo, de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones.

Por otro lado, otros órganos con menos especialización emiten medidas reglamentarias huérfanas de una debida motivación, limitándose a un recuento de hechos o a citar leyes relacionadas o reglamentos que serán derogados. Es decir, más que justificar las medidas adoptadas, se limitan a enumerar hechos acaecidos y normativas vistas.

Consecuencias de la falta de motivación

La falta de motivación es un argumento poco utilizado para atacar las decisiones de la Administración. La mayoría de las acciones de inconstitucionalidad ya decididas o de las que actualmente se encuentran apoderadas el Tribunal Constitucional no encuentra n su fundamento en la falta de motivación de la decisión. Respecto a las acciones de ilegalidad en contra de actuaciones carentes de motivación, las decisiones del Tribunal Superior Administrativo se limitan a reflejar casos en donde los recurrentes han fundamentado su recurso en la *“casi absoluta falta de debida motivación de la Decisión, conllevando a la imposibilidad, al ejercer los recursos, de conocer y contestar el fundamento del rechazo de estos argumentos en fases de Reconsideración y Contenciosa”*. En el citado caso, este tribunal ha omitido referirse a este derecho de motivación al momento de

dictar su decisión sustentando la misma en la violación de otros derechos⁸⁷⁵.

Lo anterior hace imposible, como hemos previamente indicado, una determinación respecto a la interpretación hecha por nuestros tribunales sobre el alcance del derecho de la motivación y las consecuencias de su inobservancia.

No obstante lo anterior es preciso resaltar, conforme a las disposiciones legales y la doctrina y jurisprudencia comparada, las consecuencias que conlleva una inexistente o inadecuada motivación de las decisiones. Lo expuesto en este trabajo refleja que la motivación es una garantía del cumplimiento de un conjunto de preceptos indispensables para la validez de los actos. Es decir, la motivación asegura el cumplimiento de un conjunto de principios como el de transparencia, proporcionalidad, facilitación y relevancia aportando de esta manera a alcanzar de manera más efectiva el respeto al derecho fundamental de la buena administración.

Podemos afirmar entonces que uno de los efectos de la ausencia de motivación en las decisiones adoptadas es la imposibilidad de la verificación de un conjunto de principios a los cuales está sujeta la Administración. Como hemos visto, es mediante la motivación que se constata la voluntad del órgano y su respeto al principio de legalidad. Consecuentemente, la falta de motivación refleja una conducta negligente por parte de la Administración y representará indicios de arbitrariedad o excesos de poder.

La falta de motivación hace anulable el acto que ha sido dictado⁸⁷⁶. Más que un análisis sobre la anulabilidad del acto que carece de motivación, es preciso resaltar conforme al escrutinio conducido que en la mayoría de los casos el incumplimiento de la debida

⁸⁷⁵ República Dominicana. Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo. Sentencia No. 208-2014 del Boletín No. Marzo 2015 de fecha 30 de mayo de 2014.

⁸⁷⁶ Ley No. 107-13. Artículo 14. Párrafo I.

motivación causa indefensión en las personas. La consecuencia de la ausencia de motivación irradia sus efectos al momento de poder ejercer el control, ya sea mediante la vía administrativa o la vía judicial de la medida adoptada.

Para algunos autores la falta de motivación no debe probar por sí misma la anulación del acto administrativo que carece de ésta si se permite comprobar del expediente que la decisión estaba debidamente sustentada, la omisión lo que debe llevar en estos casos es a la ejecución de otras vías distintas a la anulación y es a la condenas de costas de la Administración⁸⁷⁷. En efecto, Rivero Ortega y Ortega Polanco resaltan que “*un elemento básico de la buena administración es el régimen de responsabilidad administrativo que incluye por supuesto la posibilidad de obtener una indemnización cuando se sufren perjuicios como resultado de la actividad o inactividad de la Administración*”⁸⁷⁸.

A esta posibilidad de indemnización por falta de omisión, poco analizada y raramente ejecutada en nuestro ordenamiento jurídico, debe dársele mayor relevancia. Sin este régimen de responsabilidad no se podrá garantizar el adecuado respeto al derecho de la debida motivación.

El cumplimiento del derecho fundamental de la buena administración conforme fue reconocido en la TC/0322/14 solo es posible en la medida en que el conjunto de derechos que lo conforman resaltados por el legislador son respetados. Se impone la adopción de un régimen de consecuencias que garantice la conducta de la administración, sobre todo al momento de sancionar o de dictar normas de alcance general.

⁸⁷⁷ Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, 88.

⁸⁷⁸ Ricardo Rivero Ortega & Francisco Ortega Polanco. *Procedimiento Administrativo Comentado. Comentario a la Ley 107 del 6 de agosto de 2013, sobre los derechos de las personas frente a la Administración*, 66.

Bibliografía

Doctrina

Arana, Jaime Rodríguez y Pablo García Mexía “El derecho a la buena administración pública” en *Colección de Estudios*. Ed. Junta de Castilla y León: 13-32 (Castilla y León, 2008).

Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, cuarta edición (Madrid: Thomson Reuters, 2012).

De Rojas Martínez-Parets, Fernando. Los actos administrativos. Producción, contenido, motivación y forma en José Garberí Llobregat, eds. *El Procedimiento Administrativo Común (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios)* (Valencia: Tirant Lo Blanch: 2006), 170.

Gómez Tomillo, Manuel & Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador Parte General*. (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2017),

Jorge Prats, Eduardo “La Posición constitucional de la persona ante la administración, la garantía fundamental del debido proceso administrativo y el derecho fundamental a la buena administración” en Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huertas, *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho* (Santo Domingo de Guzmán, Librería Jurídica Internacional, 2016), 857-885.

Luis Miguel León Luna, “¡Exijo una Explicación!... La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo” *Revista Derecho & Sociedad*, núm.45 (Octubre 2015) 317 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249/15717> (Fecha de Consulta: 10 de septiembre de 2018).

Navarro González, Rocio M., *La Motivación de los Actos Administrativos* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017),

Ponce Solé, Juli “El Derecho A Una Buena Administración Y El Derecho Administrativo Iberoamericano Del Siglo XXI. Buen Gobierno Y Derecho A Una Buena Administración Contra Arbitrariedad Y Corrupción” *Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires* (Octubre 2015): 219-247, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf> (Último Acceso: 15 de septiembre de 2018).

Rivero Ortega, Ricardo y Francisco Ortega Polanco. *Procedimiento Administrativo Comentado. Comentario a la Ley 107 del 6 de agosto de 2013, sobre los derechos de las per zonas frente a la Administración.* (Santo Domingo: Editora Corripio, 2016)

Rodríguez-Arana, Jaime “La Buena Administración Como Principio Y Como Derecho Fundamental En Europa” *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Núm.6 (Enero- Diciembre de 2013): 13, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167578.pdf> (Fecha de Consulta: 12 de septiembre de 2018).

Sánchez Morón, Miguel “Derecho Administrativo. Parte General”, Tecnos 8va Ed. (2012) citado por Franklin E. Concepción Acosta, *Ley No. 107-13. Apuntada* (Santo Domingo, 2016) 130.

Decisiones Judiciales

España. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Sentencia 7/1998, de 13 de enero. BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998.

España. Segunda Sala del Tribunal Constitucional. Sentencia 26/1981, de 17 de julio. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

España. Sentencia del Tribunal Supremo Español Sala de lo Contencioso de fecha 17 de noviembre de 1988. STS 12266/1987.

España. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia Industrias Siderúrgicas asociadas la Alta Autoridad, de 11 de febrero de 1995, Citado por Franklin E. Concepción Acosta, *Ley No. 107-13. Apuntada* (Santo Domingo, 2016) 131.

República Dominicana. Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo. Sentencia No. 208-2014 del Boletín No. Marzo 2015 de fecha 30 de mayo de 2014.

República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0322/14 del 22 de diciembre de 2014.

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:
VICISITUDES Y VARIACIONES EN LA
JURISPRUDENCIA DE LOS PAÍSES MIEMBROS
DEL SISTEMA INTERAMERICANO**

JAIME SANTOFIMIO GAMBOA

Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III, España. Postdoctor de las Universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid. Magíster en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y en Administración Pública del Instituto Brasileiro de Administración Municipal. Profesor de Derecho Administrativo General, de la Maestría en Derecho Administrativo y del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Exdirector del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y exmagistrado del Consejo de Estado colombiano.

Contenido: **I. El control como instrumento de eficacia y garantía del ordenamiento jurídico material (sustancial) convencional: “control concentrado”. “control difuso de convencionalidad”. 1.** fundamentos del control de convencionalidad. **a.** el control de convencionalidad como instrumento de eficacia y garantía del cumplimiento y satisfacción de los deberes funcionales a cargo del estado parte. **b.** el control de convencionalidad como instrumento de ejecución material de la garantía a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. **c.** el control de convencionalidad y la idea básica del precedente convencional como determinante para la materialización del concepto de interpretación conforme. **d.** el control de convencionalidad y la carencia de efectos jurídicos del derecho interno. inaplicación y excepción de inconvencionalidad.

casos concretos de declaratoria de carencia de efectos de leyes de los Estados parte (leyes de amnistía). **2.** modalidades de control de convencionalidad. **a.** el control concentrado de convencionalidad y el papel estelar de la corte interamericana de derechos humanos. **b.** el control difuso de convencionalidad y el papel funcional de todas las autoridades de todos los poderes públicos de los Estados parte, en especial de las autoridades judiciales. **II. La incorporación de la convencionalidad en el sistema interamericano: un proceso en construcción y consolidación con dificultades.** **1.-** Los casos “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*” y “*Dos por Uno*” (Argentina); **2.-** El caso *Fujimori* (Perú).

Sumario:

El control de convencionalidad configura básicamente a la luz del derecho internacional consuetudinario, en especial de lo acordado en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, un claro e indispensable instrumento tendiente a darle eficacia al régimen sustancial de la convencionalidad, cumplir de manera integral con lo pactado, imprimiendo completa y material satisfacción, absolutamente a todos los postulados, principios, estándares, precedentes y normatividad que la convencionalidad comprende. El control de convencionalidad no constituye una atribución hegemónica de las autoridades instituidas por la convención americana. Es un deber funcional de todas las autoridades y poderes de los Estados parte.

Summary.

The control of conventionality basically configures in the light of customary international law, especially that agreed in the Vienna Convention of 1969 on the law of treaties, a clear and indispensable instrument tending to give effectiveness to the substantial regime of conventionality, to fulfill in a comprehensive manner with the agreement, printing complete and material satisfaction, absolutely to all the postulates, principles, standards, precedents and normativity that conventionality includes. The control of conventionality does not constitute a hegemonic attribution of the

authorities instituted by the American convention. It is a functional duty of all the authorities and powers of the States parties

Palabras clave: Control – Convencionalidad – Derecho Internacional – Derecho de los Tratados – Deber funcional – Poderes Públicos

Key words: Control - Conventionality - International Law - Law of Treaties - Functional Duty - Public Powers

I. El control como instrumento de eficacia y garantía del ordenamiento jurídico material (sustancial) convencional: “control concentrado”. “control difuso de convencionalidad”.

1. Fundamentos del control de convencionalidad

a. El control de convencionalidad como instrumento de eficacia y garantía del cumplimiento y satisfacción de los deberes funcionales a cargo del estado parte

La existencia de un ordenamiento jurídico convencional con el cual se han comprometido y vinculado los Estados partes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, realmente no puede considerarse materialmente como tal, esto es, como un sistema sustancial defensor y garante de los derechos humanos, si no es, con la presencia de unos precisos órganos que fundados en el principio del *“pacta sunt servanda”* y la *“buena fe objetiva”*, materialicen la idea garante del control, hagan efectivos los principios, derechos y las garantías a que se comprometieron los Estados en el artículo 1 de la Convención, exijan firmemente la realización de todos los compromisos y el cumplimiento de los deberes funcionales contenidos en el artículo 2 de la misma y condenen en razón de los daños causados por el Estado parte, a las personas o colectivos, con sus acciones, omisiones o inacciones violadoras, desconocedoras,

esto es, de incumplimiento de los compromisos adquiridos en los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁸⁷⁹

Con base en estos presupuestos, el control de convencionalidad configura básicamente a la luz del derecho internacional consuetudinario, en especial de lo acordado en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, un claro e indispensable instrumento tendiente a darle eficacia al régimen sustancial de la convencionalidad, cumplir de manera integral con lo pactado, imprimiendo completa y material satisfacción, absolutamente a todos los postulados, principios, estándares, precedentes y normatividad que la convencionalidad comprende⁸⁸⁰.

El ejercicio pleno de los controles convencionales, es entonces, un componente vital e impulsor de la idea fundamental de integración real y efectiva de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, para los efectos y propósitos de la misma.

El control de convencionalidad no constituye una atribución hegemónica de las autoridades instituidas por la convención americana. Es un deber funcional de todas las autoridades y poderes de los Estados partes. Se deriva esta apreciación de un simple aproximación a los contenidos del artículo 2 de la esta codificación convencional, que entraña la idea de una acción constante de los Estados a través de sus autoridades no solo para cumplir lo pactado adoptando las decisiones pertinentes, sino también si

⁸⁷⁹ FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, pp. 659 ss. Puede consultarse también BREWER-CARÍAS, ALLAN R. y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 43 ss.; BREWER-CARÍAS, ALLAN R., JINESTA LOBO, ERNESTO, HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Colección Estudios Jurídicos, n.º 109, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015.

⁸⁸⁰ AYALA CORAO, CARLOS, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección Estudios Jurídicos, n.º 98, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 113.

hablamos de Estados verdaderamente constitucionales y democráticos, controlando el accionar de sus agentes e instituciones para el cumplimiento y satisfacción plena de lo acordado y comprometido internacionalmente en materia de derechos humanos.

No obstante, las lecturas clásicas del orden convencional profundamente impregnadas de conceptos procesalistas, exponen idea de una división dicotómica de control, centrada la primera, en la existencia de un órgano convencional central habilitado para definir por vía de autoridad el alcance de la convención y sus principios y ejercer de manera concentrada el control tendiente a determinar el alcance material de todas las disposiciones del tratado y de los derechos humanos, generador de precedentes vinculantes para efectos de garantizar estándares uniformes en el derecho convencional y por lo tanto consolidar la seguridad jurídica en el sistema. La segunda, desconcentrada en todas las autoridades de todos los Estados miembros, principalmente en sus poderes judiciales y jueces, quienes en el ámbito de sus competencias deben aplicar los precedentes y estándares definidos por la Corte IDH, al resolver los litigios, objetivos o subjetivos que involucren derechos humanos.

De todas formas, en ambos casos lo que se procura con el ejercicio del control convencional no es otra cosa que otorgar eficacia al ordenamiento jurídico sustancial de la convencionalidad y brindar las más amplias garantías a todas las personas y colectivos para la satisfacción sustancial de sus derechos subjetivos humanos, que se concretan en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en hacer respetar los derechos humanos, garantizarlos de manera amplia y sustancial, realizando y concretando para estos efectos actos efectivos de prevención de violaciones o desmanes en relación con los mismos; adelantando investigaciones efectivas sobre su violación, sancionando a los violadores y reparando integralmente; y desplegando las demás acciones que

correspondan de acuerdo con cada caso y derecho humano que se deba garantizar y proteger.

b. El control de convencionalidad como instrumento de ejecución material de la garantía a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia ⁸⁸¹

El marco sustancial convencional deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia. Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que ‘sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho’, es decir, las ‘condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987].

En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos *Velásquez Rodríguez*⁸⁸² y *Godínez Cruz*⁸⁸³ considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos⁸⁸⁴, estos, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia

⁸⁸¹ El análisis correspondiente a la garantía a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia lo hemos retomado de nuestra obra SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

⁸⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

⁸⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989.

⁸⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁸⁸⁵.

Al respecto la Corte Interamericana ha dicho que el “acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados”⁸⁸⁶, pues lo contrario sería tanto como considerar a las cartas de derechos humanos o fundamentales como proclamas retóricas carentes de vincularidad jurídica que dejarían inerte a su titular cuando sus derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

Dichas garantías judiciales se expresan convencionalmente en 1) existencia de todos los recursos judiciales necesarios para la tutela de los derechos; 2) la posibilidad de ejercicio de tales recursos por todo individuo sin limitaciones o restricciones de orden formal; 3) de contar con diversas instancias judiciales; 4) en la vocación de investigación y de decisión de los asuntos relacionados con violaciones a los derechos humanos, con lo que se garantiza no sólo la tutela judicial efectiva, sino también la verdad, la justicia y la reparación integral; y 5) de no expedir legislaciones que planteen como regla la obstrucción o limitación frente al juzgamiento de

⁸⁸⁵ Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

⁸⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.

responsables de violaciones de los derechos humanos. Para ilustrar los fundamentos normativos convencionales en los que se apoyan los anteriores supuestos con base en los cuales cabe encuadrar la responsabilidad del Estado-administración de justicia se ofrece el siguiente cuadro ilustrativo:

La tutela judicial efectiva comprende el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. A partir de la consagración constitucional y convencional del acceso a la administración de justicia en los términos del artículo 229 superior, que señala que “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. [...]”, y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el que se consagra: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, la jurisprudencia constitucional⁸⁸⁷ ha planteado el derecho al acceso a la administración de justicia materialmente, lo cual supone una corrección sustancial de los procedimientos judiciales, que deben tender a la efectividad de los

⁸⁸⁷ La Corte Constitucional ha efectuado las siguientes respecto del acceso a la administración de justicia, identificando ciertos elementos integrantes de este, en los siguientes términos: “De allí que haya sido calificado como un derecho de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: ‘i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros, v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos– para la efectiva resolución de los conflictos’. (Las cursivas no son del texto original)”. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-227/2009.

derechos y garantías de las personas, de manera que “es necesario que el acceso y el procedimiento que lo desarrolla, sea igualmente interpretado a la luz del ordenamiento superior, “en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley”⁸⁸⁸⁻⁸⁸⁹.

Y por otra parte, en virtud del control de convencionalidad obligatorio y oficioso que deben ejercer los jueces⁸⁹⁰, debe destacarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “*se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”⁸⁹¹, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁸⁹²* (cursiva fuera de texto); y comentando el artículo 25 de la

⁸⁸⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-037 de 1996, C-426 de 2002, C-1195 de 2001.

⁸⁸⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009.

⁸⁹⁰ Sobre la observancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de aspectos procedimentales, esta Corporación ha señalado: “Adicional a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina”. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 24 de septiembre de 2012, exp. 50001-23-31-000-2011-00586-01 (44050).

⁸⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8; párr. 25.

⁸⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 28, y Corte IDH. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión consultiva OC-16/99, supra nota 130, párr. 118.

Convención señaló que “la existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁸⁹³; pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no⁸⁹⁴, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁸⁹⁵. Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la observancia de este deber jurídico a lo largo de todo el marco de actuación estatal:

“124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos⁸⁹⁶. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”⁸⁹⁷.

⁸⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez vs. Perú, fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34, párr. 82; caso Claude Reyes y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151, párr. 131, y caso Castañeda Gutman vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 183, párr. 78.

⁸⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.

⁸⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

⁸⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 7, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 27.

⁸⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.

Siendo el derecho de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva la premisa central para establecer los elementos sustanciales del régimen de responsabilidad del Estado-administración de justicia, cabe examinar cómo esta se proyecta incluso en el marco de la justicia internacional.

c. El control de convencionalidad y la idea básica del precedente convencional como determinante para la materialización del concepto de interpretación conforme

El soporte básico del control de convencionalidad deviene de la estructuración del precedente convencional. Esto es, de las *ratio decidendi*, contenido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le introducen contextura sustancial propia al derecho convencional frente a las diversas situaciones fácticas afectantes de los derechos humanos, generando en consecuencia un derecho igualitario a ser aplicado a casos similares, eso es, le otorga certeza y seguridad al marco conceptual, normativo y de principios dentro del contexto del sistema interamericano y conforme a los desarrollos del sistema universal a los derechos humanos, construyendo estándares vinculantes y parámetros obligatorios para todas las autoridades de todos los países miembros en relación con el alcance de los derechos humanos.

Para estos efectos no se puede perder de vista que el precedente *–precedent–*, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona *–common law–*, o sistema del derecho

de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos *—case law—*, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho⁸⁹⁸.

El precedente, conforme a lo anterior, se tiene, bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a estas *—ratio decidendi—*, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad *—stare decisis—*, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica⁸⁹⁹.

La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales

⁸⁹⁸ RADBRUCH, GUSTAV, "El espíritu del derecho inglés", Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 37 ss. Puede consultarse igualmente WHITTAKER, SIMON, "El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela", Revista Chilena de Derecho, vol. 35, n.º 1, 2008 (el texto original puede verse en WHITTAKER, SIMON, "Precedent in the English Law: A view from the Citadel", en European Review of Private Lawy n.º 5, 2006, pp. 705-745); ITURRALDE SESMA, VICTORIA, El precedente en el Common Law, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Madrid, Civitas, 1995. Vid. WADE, H. R. Derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.

⁸⁹⁹ ITURRALDE SESMA, VICTORIA. El precedente en el Common Law, cit., p. 31.

y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*⁹⁰⁰.

La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares. Whittaker, retomando la doctrina inglesa y entendiendo por precedente una declaración sobre un punto de derecho, establecida en una sentencia judicial, y que se resume en la justificación del resultado que se alcanza en ese caso, entiende, por *ratio decidendi*, la proposición o el conjunto de proposiciones de derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos que le dieron lugar⁹⁰¹.

El concepto se edifica a partir de una simple proposición de derecho, en la medida en que la *ratio decidendi* puede tener diversas formas de manifestación: sea construyendo una verdadera regla de derecho; definiendo un concepto jurídico, o, simplemente proponiendo un enunciado jurídico mucho más amplio configurando las bases de un principio en derecho. Esta la razón por la cual la doctrina inglesa prefiere hablar de “*disposición del caso*” al referirse a la *ratio decidendi*, dando a entender que materialmente la misma puede comprender diferentes sustancias o remedios jurídicos⁹⁰².

Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi*, es también y de manera significativa el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurara la *ratio* lo que corresponda en derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión, lo demás, no es, ni puede considerarse técnicamente como verdadera *ratio*, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en derecho lo que

⁹⁰⁰ WHITTAKER, SIMON. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, cit., pp. 37 y 49.

⁹⁰¹ Ibid., p. 50.

⁹⁰² Ibid., p. 50.

corresponda en relación con los hechos del caso. Esto es significativo en el momento de la construcción de un verdadero precedente, en la medida en que las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas por los hechos del caso, de aquí que, la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “[...] depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación [...]”⁹⁰³.

Por otra parte, en esta secuencia descriptiva de la institución a los ojos del derecho inglés, el *obiter dicta*, al contrario de la *ratio decidendi*, configura el componente o elemento de la sentencia que no obliga, pero que dadas las circunstancias, básicamente jurídicas, nunca fácticas, fueron necesarias de incluir en la providencia dada su fuerza de persuasión, es decir, se ubican en este apartado todas aquellas proposiciones de derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden con el análisis fáctico del caso puesto a consideración del juzgador⁹⁰⁴.

Ahora bien, del seguimiento a las sentencias de la Corte IDH se puede sostener que esta ha venido de manera sistemática construyendo toda una teoría, a propósito del control de convencionalidad en relación con su soporte en la preservación de los precedentes interamericanos, para lo cual indica que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proferidas en desarrollo del control concentrado producen efectos directos y tienen fuerza vinculante en relación con los caso concretos resueltos, comprometiendo con ellas al Estado miembro objeto y destinatario

⁹⁰³ WHITTAKER, SIMON, “ El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, cit., pp. 50 y 51. “[...] Sin embargo, el aspecto crucial de la definición arriba enunciado es que la ratio de un caso vincula las proposiciones de Derecho discutidas en una o más sentencias con los hechos y las reclamaciones de las partes”.

⁹⁰⁴ Ibid., pp. 49, 50 y 52.

de la decisión (Resuelve), pero que igualmente, tienen un efecto vinculante general en relación con casos similares que afecten los derechos humanos y comprometan a los demás Estados partes de la convención, es decir, configuran claros precedentes demarcados concretamente en sus *ratio decidendi*.

En este sentido, se tiene entonces que las decisiones de la CIDH poseen claros efectos “directos” entre las partes interactuadas en un litigio sobre derechos humanos (objetiva-subjetiva), esto, en cuanto que las decisiones de la Corte como última intérprete de la convención son directas entre las partes⁹⁰⁵; sin embargo, y esto es lo paradójico en la construcción jurisprudencial del control concentrado de convencionalidad, las mismas decisiones, en las razones de derecho invocadas para resolver la situación fáctica relativa a los derechos humanos en litigio, generan efectos de “precedente” vinculante (subjetiva).

Las *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte generan precedentes vinculantes para todos los casos similares, sean resueltos por ella misma o por las autoridades de los Estados miembros, configurando en consecuencia parámetros de interpretación y aplicación⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo, 170, 341.

⁹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Fernández Ortega, 174; Rosendo Cantú, 163; Cabrera García y Montiel Flores contra México, n.º 225. “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, n.º 79. “[...] la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia [...]”.

d. El control de convencionalidad y la carencia de efectos jurídicos del derecho interno. inaplicación y excepción de inconventionalidad. casos concretos de declaratoria de carencia de efectos de leyes de los Estados partes (leyes de amnistía)

Siguiendo los parámetros determinados por los precedentes de la CIDH, podemos indicar que en virtud de la prevalencia convencional, el juez nacional es un juez interamericano, al igual que lo son los demás funcionarios de todos los poderes públicos de cada uno de los países miembros, con competencias suficientes en el ámbito de sus funciones para inaplicar en cada caso concreto el ordenamiento jurídico nacional contrario al marco jurídico de la CADH [caso Almonacid Arellano], lo anterior en la medida en que toda norma local contraria al ordenamiento jurídico de la CADH carece de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano].

La autoridad nacional como autoridad de convencionalidad aplica las directrices y alcance del pacto definidas por la CIDH [caso Rosendo Radilla Pacheco (338 a 340); Comunidad indígena Xákmok Kásek (311); Cabrera García-Montiel Flores (233)]. Para estos efectos no se puede perder de vista que la interpretación de la CADH efectuada por la CIDH es fundamental y primordial para determinar el alcance del derecho nacional [caso Rosendo Radilla Pacheco (338 a 340); caso Comunidad indígena Xákmok Kásek (311)].

Por consiguiente, este mismo análisis de convencionalidad resulta exigible cuando se trata de la aplicación de normas de cualquier orden y categoría, donde habrá lugar, si es del caso, a aplicar la excepción de inconventionalidad una vez se verifique la evidente contradicción del derecho constitucional interno respecto del contenido normativo convencional.

Casos concretos de declaratoria de carencia de efectos de leyes de los Estados partes (leyes de amnistía):

El primero de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a la carencia de efectos de las leyes de amnistía tuvo lugar en el caso *Barrios Altos vs. Perú*⁹⁰⁷, sentencia de 14 de marzo de 2001, donde la Corte conoció de unos hechos que correspondían a la muerte violenta de varios civiles ocurrida el 3 de noviembre de 1991 durante una pollada con participación de miembros del grupo “Colina” del Ejército en el vecindario de Barrios Altos, en Lima. Debido a que el Congreso expidió una ley de amnistía que cobijaba todos los hechos cometidos por militares, policías y civiles ocurridos en el periodo 1980 a 1995, esta masacre quedó sin investigación y sanción penal.

En este pronunciamiento la Corte señala de manera enfática:

“41. [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Por consiguiente, la Corte declaró que la existencia de leyes de (auto) amnistía comportaba una violación a los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en concordancia con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo Tratado. En consecuencia, en este primer fallo sobre la materia la Corte consideró que dada la manifiesta incompatibilidad entre este tipo de leyes y la Convención, estas “carecen de efectos

⁹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos vs. Perú*, 2001, párrs. 41-44 y punto resolutivo 4.

jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”; es un pronunciamiento con efectos generales⁹⁰⁸, esto es, su aplicación no se contrae solo a los hechos relativos a la masacre de Barrios Altos.

Este precedente vino a ser reiterado por la Corte Interamericana cuando conoció del Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile⁹⁰⁹, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en unos hechos que correspondían a la ejecución extrajudicial a manos de miembros de la fuerza pública del docente Luis Alfredo Almonacid Arellano el 16 de septiembre de 1973, quien fue detenido el día anterior por tales efectivos.

Estos hechos ocurrieron en el contexto del golpe de estado sucedido en Chile y no contaron con investigación y sanción penal dado que se dictó en 1978 un decreto de amnistía por los crímenes ocurridos entre 1973 y 1978. La Corte recordó que las amnistías generales conducen “a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella” por consiguiente, dicho Alto Tribunal sentenció que el decreto de autoamnistía carecía de efectos jurídicos y no podía seguir representando un obstáculo para la investigación de este caso.

Sin perjuicio de que la Corte observó que ciertos tribunales internos no daban aplicación al decreto de amnistía desde 1998

⁹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos *vs.* Perú, 2001 (interpretación de la sentencia de fondo), párr. 18.

⁹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, 2006, párrs. 116-122 y punto resolutivo 3.

afirmó que ello no resultaba suficiente por cuanto el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana impone a los Estados “121 [...] una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”.

Posteriormente advino el caso de La Cantuta *vs.* Perú⁹¹⁰, sentencia de 29 de noviembre de 2006, en el cual la Corte conoció de unos hechos ocurridos el 18 de julio de 1992 relacionados con la desaparición forzada de estudiantes y docentes de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta a manos de fuerzas militares. En aplicación de la ley de amnistía que había sido decretada por el Congreso, estos hechos no contaron con investigación y sanción penal. La Corte recordó que ya se había pronunciado en pasada oportunidad respecto de las leyes de autoamnistía dictadas por el Estado Peruano (Cfr. Caso Barrios Altos *vs.* Perú) calificándolas como carentes de efectos jurídicos dada su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estando fuera de toda discusión tal consideración, el Tribunal considera que al estar incorporada al derecho interno del Perú la sentencia dictada en el caso Barrios Altos se sigue que, “si esa sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa sentencia”.

En consecuencia, la Corte declaró que el Perú incumplió las obligaciones estatales que emanan del artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana

⁹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso La Cantuta *vs.* Perú, 2006, párrs. 81-98, 165-189 y punto resolutivo 7.

durante el periodo en que las leyes de amnistía fueron aplicadas al presente caso, no sin antes advertir que para la fecha en que se dictó este fallo el Estado ya había adoptado las disposiciones de derecho interno pertinentes para suprimir los efectos de tales leyes. “En consecuencia, dichas ‘leyes’ no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”, sentenció la Corte.

En este mismo sentido, en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*⁹¹¹, sentencia de 22 de septiembre de 2009, relacionado con la desaparición forzada del señor Kenneth Ney Anzualdo Castro a manos de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército ocurrida el 16 de diciembre de 1993, aunque la Corte no encontró que la negligencia de las autoridades en investigar y sancionar penalmente a los responsables de este hecho se deba a la aplicación de las leyes de (auto) amnistía, el Tribunal aprovechó esta oportunidad para reiterar que

“en el contexto en que ocurrieron los hechos, esa normativa constituía un obstáculo general a las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos en el Perú. De tal manera, este Tribunal ya declaró en el caso *La Cantuta vs. Perú* que, durante el periodo en que las leyes de amnistía fueron aplicadas, el Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención”.

De igual manera, en el caso *Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*⁹¹², sentencia de 24 de noviembre de 2010, la Corte conoció de las desapariciones forzadas ejecutadas por militares del Estado en contra de miembros de la *Guerrilha do Araguaia*

⁹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, 2009, párrs. 161-163.

⁹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010, párrs. 70-180 y punto resolutivo 3.

ocurridas entre 1972 y 1975, sin que estos hechos fueran investigados dado que en 1979 se había dictado una ley de amnistía.

Sobre el particular, la Corte, retomando su precedente sobre la materia, consideró:

“Todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones”.

Y descendiendo al caso concreto sostuvo que la amnistía decretada por el Estado respecto de los crímenes cometidos en el periodo 1972-1975 afectaba al deber internacional que tienen los Estados de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, impidiendo que los familiares de las víctimas pudieran ser escuchados por un juez (artículo 8 Convención Americana), y por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables por estos hechos (artículo 25 de la Convención Americana).

De la misma manera precisó su jurisprudencia en el sentido de afirmar que el repudio hacia las leyes de amnistía no se contrae a las llamadas “(auto) amnistías”. En sus propias palabras,

“la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “(auto) amnistías”. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes

graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar”.

La Corte conoció de un nuevo caso relacionado con leyes de amnistías en el caso *Gelman vs. Uruguay*⁹¹³, sentencia de 24 de febrero de 2011, que versó sobre hechos relacionados con el golpe de estado vigente entre 1973 y 1985 en cuyo contexto se presentó la detención arbitraria de los esposos María Claudia García Iruretagoyena y Marcelo Ariel Gelman el 24 de agosto de 1976 por miembros de las fuerzas militares de Argentina y Uruguay. El señor Gelman fue torturado y ejecutado el mismo año, al tiempo que a su esposa, quien estaba embarazada, le fue sustraída su hija recién nacida que fue entregada a un miembro de la Policía quien la registró con sus apellidos.

A la fecha no se conoce el paradero o los restos de la señora García. Después de ciertas pruebas científicas se demostró la verdadera filiación de la niña con su abuelo paterno Juan Gelman. Estos hechos no pudieron ser investigados dado que el 22 de diciembre de 1986 se dictó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado que otorgaba una amnistía respecto de los delitos cometidos en la época de la dictadura. Conforme a estos elementos, la Corte reiteró su tesis sobre la incompatibilidad y carencia de efectos jurídicos de las leyes de amnistía frente a la Convención Americana y agregó, para el caso en concreto, que el hecho de que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva hubiera sido respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones:

“no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. [...] La legitimidad democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones

⁹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, 2011, párrs. 195-246 y punto resolutivo 11.

internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías”.

Advino posteriormente el caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador, sentencia de 25 de noviembre de 2012^[914], sobre las ejecuciones masivas e indiscriminadas contra personas civiles cometidas por miembros de la fuerza pública de El Salvador en los caseríos de El Mozote y otros cercanos durante el 11 y 13 de diciembre de 1981. Tales actos se llevaron a cabo en el marco de una operación contrainsurgente adelantada por el Estado. Posteriormente, en enero de 1992, se suscribió un Acuerdo de Paz fruto del cual se promulgó la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz en marzo de 1993, por lo cual no se adelantaron investigaciones penales por estos hechos. La Corte consideró que esta ley de amnistía era contraria a los artículos 8.1 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo tratado y por consiguiente carecía de efectos y no podía suponer un obstáculo para la investigación de los hechos de este caso y la sanción de los responsables.

De igual manera, en este fallo la Corte consideró que el análisis de la compatibilidad de la ley de amnistía no solo debía hacerse a la luz de la Convención Americana, sino también conforme a lo establecido en el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los

⁹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador, 2012, párrs. 283-296 y punto resolutivo 4.

Convenios de Ginebra de 1949 que prescribe que en la cesación de las hostilidades las autoridades procurarán “conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado”, de donde concluyó que dicha norma no es absoluta, pues procede siempre “que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad”.

Más recientemente, en el caso *García Lucero y otras vs. Chile*⁹¹⁵, sentencia de 28 de agosto de 2013, la Corte conoció de la detención, tortura a manos de carabineros y posterior orden de expulsión de Chile del señor Leopoldo Guillermo García Lucero en hechos ocurridos en el contexto del golpe de estado militar, concretamente en el periodo de septiembre de 1973 a junio de 1975. Aunque la Corte no encontró que en este caso el decreto-ley de (auto) amnistía dictado por Chile hubiera supuesto un obstáculo para investigar penalmente los hechos delictivos cometidos en contra del señor García Lucero, recordó que en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* ese Tribunal había considerado que dicha normativa carecía de efectos jurídicos al obstaculizar la investigación penal por crímenes adelantados durante el periodo que fue aplicado por las autoridades internas.

Y finalmente el último pronunciamiento de la Corte sobre la materia tuvo lugar en el caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*⁹¹⁶, sentencia de 26 de noviembre de 2013, en el cual la Corte conoció de la desaparición forzada del señor Osorio Rivera el 28 de abril de 1991 luego de haber sido detenido por militares por la supuesta participación en una riña y después de que afirmaran que éste había sido dejado en libertad, sin obtenerse noticia de su paradero. Aunque se inició un proceso penal, la justicia militar lo archivó por

⁹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *García Lucero y otras vs. Chile*, 2013, párrs. 150-154.

⁹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, 2013, párrs. 213-217.

considerar que no se probó la responsabilidad penal de militares por tales hechos.

La Corte memoró en este caso su jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía y en particular de aquellas que fueron dictadas por el Perú en 1995, respecto de las cuales sentenció, en el fallo *Barrios Altos vs. Perú*, que carecen de efectos jurídicos. Aunque la Corte encontró que en este caso el archivo del proceso penal no se debió a la aplicación de las leyes de amnistía, consideró que “es oportuno recordar que, en el contexto en que ocurrieron los hechos, esa normativa constituía un obstáculo general a las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos en el Perú”.

2. Modalidades de control de convencionalidad

a. El control concentrado de convencionalidad y el papel estelar de la corte interamericana de derechos humanos

El precedente convencional admite la existencia de instrumentos para la eficacia de su ordenamiento jurídico sustancial, radicados de manera directa y concentrada, en vía judicial, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de forma desconcentrada, configurando una especie de control difuso, por todas y cada una de las autoridades de cualquiera de los poderes públicos de los países miembros del sistema, cuando estos deban ejercer sus funciones aplicando la preceptiva del mismo, en especial las judiciales, en el ámbito específico de sus competencias⁹¹⁷.

⁹¹⁷ Este último aspecto de la figura es mejor conocido como el “control de convencionalidad”, que si bien es el más destacado doctrinalmente, no es el único, si tenemos en cuenta que fundamentalmente convencionalidad es derecho sustancial, entendiéndolo por lo mismo que el denominado control no es más que un instrumento para el cumplimiento pleno y amplio de los cometidos y finalidades de su contenido sustancial y material por parte de todos los responsables locales en materia de derechos humanos.

En este sentido, podemos sostener que la base de cualquier análisis o aproximación en relación con el control en la convencionalidad debe hacerse a partir del reconocimiento a una clara e inobjetable regla general, que postula su carácter de concentrado. Esta regla hace reposar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control obvio y natural a la convencionalidad. A esta Corte se le atribuyen en la CADH claros instrumentos de control subjetivo al resolver los litigios sobre violación de derechos humanos que se susciten frente a cada país miembro, como también un objetivo y concentrado control, a partir del cual determina en cada caso y conforme a sus competencias si una norma propia del derecho interno de cada país miembro ha sido concebida conforme al orden jurídico convencional.

Acrescentan este marco de controles las facultades que la CADH le asigna a la Corte Interamericana en materia de interpretación y consultas a través de las cuales se contribuye con autoridad a determinar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico convencional.

Ahora bien, en desarrollo de estos controles se fijan precisamente los grandes parámetros y estándares de interpretación y aplicación de las normas, principios y valores propios del sistema, generando precedentes vinculantes, que en su conjunto configuran un marco de fuente trascendente en la alimentación permanente del concepto de convencionalidad.

Esta regla general se estructura a partir de lo dispuesto en los artículos 62 (competencias de la CIDH⁹¹⁸), 63 (facultades de la

⁹¹⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. "Artículo 62.1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

"2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General

CIDH⁹¹⁹) y 64 (interpretación y consultas de la CIDH⁹²⁰) de la CADH, en lo consagrado en el Reglamento de la CIDH.

Casos paradigmáticos del ejercicio del control concentrado de convencionalidad los tenemos en sentencias de la CIDH a través de las cuales se han dado precisas órdenes a algunos de los países miembros para adoptar sus ordenamientos jurídicos internos al marco jurídico convencional; entre ellos podemos destacar los siguientes casos: 1) Suárez Rosero *vs.* Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (declaró que una norma del Código Penal era violatoria de la Convención⁹²¹); 2) Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú,

de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

"3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

⁹¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. "Artículo 63.1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertades protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

"2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

⁹²⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. "Artículo 64. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

"2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

⁹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997. En el numeral quinto de la parte resolutive declara: "[...] que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma". Como fundamento de dicha decisión se argumentó: "[...] 97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (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 de 9 de diciembre de 1994, Serie A n.º 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del

sentencia de 30 de mayo de 1999 (declaró la invalidez de un proceso penal militar y ordenó modificar que se permitiera el juzgamiento de civiles por militares⁹²², considerándose un precedente del con-

artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. 98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso”.

⁹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999. En el numeral trece de la parte resolutive: “[...] declara la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de [...] y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal”. En tanto que en el numeral 14: “[...] ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna”. A estas decisiones llega con base en los siguientes argumentos: 1) al aplicar la legislación vigente el Estado de Perú mantuvo en detención de manera excesiva a varias personas, contradiciendo la Convención (párrafo 111); 2) al estudiar la tipificación penal de ciertas conductas consideró: “[...] 121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”; 3) en cuanto a las competencias de la jurisdicción militar para juzgar a los civiles por el delito de traición a la patria, consideró: “[...] 128. [...] El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia [...] 129. [...] El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” [“Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985”] [...] 132. En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que

trol de convencionalidad objetivo puro); 3) “La última tentación de Cristo *vs.* Chile”, sentencia de 5 de febrero de 2001 (ordenó modificar el artículo 19 de la Constitución⁹²³); 4) Castañeda Gutman

han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal”; 4) con relación a la defensa técnica se consideró: “[...] 147. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculcado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación de, artículo 8.2.d de la Convención”; 5) se evidencia la violación de la norma que imposibilita el derecho a interrogar a los testigos, considerando: “[...] 153. La Corte considera que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas”; 6) frente a los procesos militares y sus recursos consideró: “[...] 161. La Corte advierte que [...] los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso [...] En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece”; 7) la Corte consideró que “[...] 172. [...] los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal”; 8) en relación con la detención consideró la Corte: “[...] 198. Las condiciones de detención impuestas a las víctimas como consecuencia de la aplicación de los artículos 20 del Decreto-ley n.º 25.475 y 3 del Decreto-Ley n.º 25.744 por parte de los tribunales militares, constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana”; 9) las normas de emergencia violaron el artículo 2 de la Convención, para lo que consideró: “[...] 207. Por otro lado, la Corte declara que las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los decretos-leyes 25.475 y 25.659, aplicados a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma”.

⁹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001. En el numeral cuarto de la parte resolutoria se decidió: “[...] decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”. En este caso, en su parte argumentativa se sustentó dicha decisión en la siguiente motivación: “[...] 87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial [“cfr. “principe allant de soi”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C. P. J. I. [...] Caso Durand y Ugarte]. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas

vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008 (ordenó completar la adecuación del derecho interno para la protección de los derechos del ciudadano⁹²⁴).

b. El control difuso de convencionalidad y el papel funcional de todas las autoridades de todos los poderes públicos de los Estados partes, en especial de las autoridades judiciales

Ahora bien, de este aspecto de la convencionalidad surge claramente una clara regla de excepción a las de las funciones concentradas de control de la CIDH que habilita a los funcionarios y servidores de todos los poderes y entidades públicas de los Estados miembros a ejercer el control de la convencionalidad⁹²⁵, mecanismo este concebido, con mayor precisión, en la doctrina como el “control difuso de convencionalidad”⁹²⁶, cuyo destinatario

cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención”.

⁹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008. En el numeral sexto de la parte resolutive se establece: “[...] El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”.

⁹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

⁹²⁶ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014. “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del

inicialmente lo fue todo juez nacional en el ámbito de sus competencias, y que se reconduce al ejercicio efectivo de garantizar en todo caso y asunto de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁹²⁷. Al respecto, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”⁹²⁸ la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta este control difuso de convencionalidad; se ha llegado a afirmar que representa una obligación en cabeza del poder judicial⁹²⁹⁻⁹³⁰.

juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v. gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”.
⁹²⁷

FERRER MACGREGOR, EDUARDO, “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014. “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Cabe tener en cuenta los numerales cinco y seis de la parte resolutive: “[...] 5. El Estado debe asegurarse que el decreto Ley n.º 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables [...] 6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley. n.º 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile”.

⁹²⁹ CARBONELL, MIGUEL, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014. “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente [...] cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.

⁹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafos 123 y 124. “[...] 123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado en una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad

Si bien en su configuración inicial el control de convencionalidad se recondujo al ámbito judicial, en posteriores desarrollos jurisprudenciales se han fijado claros precedentes que ubican este tipo de control en cabeza de todas las autoridades públicas del Estado, diseñando de esta forma el más amplio espectro de deberes funcionales y de garantías en relación con la convencionalidad. Casos Vélez Loor⁹³¹, Fernández Ortega (donde se llega a argumentar que la Constitución Política mexicana debe ajustarse a

internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

⁹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010. En los numerales 15, 16 y 17 de la parte resolutive la convencionalidad se concreta en lo siguiente: “[...] 15. El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo persona sea civil y esté debidamente calificado y capacitado [...] 16. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consultor [...]”.

los principios convencionales del debido proceso y del acceso a la justicia⁹³²) y Gelman⁹³³.

⁹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010. En los numerales 12, 13, 14 y 18 se concreta el control de convencionalidad de la siguiente manera: “[...] 12. El Estado deberá, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, examinar el hecho y la conducta del agente del Ministerio Público que dificultó la recepción de la denuncia presentada [...] 13. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] 14. El Estado deberá adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia [...] 18. El Estado deberá continuar con el proceso de estandarización de un protocolo de actuación, para el ámbito federal y del estado de Guerrero, respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales considerando, en lo pertinente, los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul y en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud”. A dichas decisiones se llega con base en los siguientes argumentos: “[...] 235. Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido esta Corte, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. 236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 237. De tal manera es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar [...] en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”.

⁹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011. En el numeral 11 se concreta la convencionalidad en los siguientes términos: “[...] 11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos”.

El control de convencionalidad, así visto, resulta a todas luces obligatorio y oficioso⁹³⁴⁻⁹³⁵.

El juez nacional goza de amplia competencia para construir las decisiones judiciales con sujeción siempre al marco positivo de la CADH en caso de no existir jurisprudencia de la CIDH o cualquier otro instrumento de carácter interpretativo; en este sentido, se reconoce la existencia del principio de la interpretación libre del pacto.

Los jueces nacionales deben interpretar y aplicar el derecho nacional de acuerdo con el marco jurídico sustancial y jurisprudencial de la CADH [casos Rosendo Radilla Pacheco (338 a 340); Comunidad indígena Xákmok Kásek (311); Cabrera García-Montiel Flores (233)]; están obligados a efectuar análisis interpretativos convencionales fallando conforme a la convención siempre [casos Rosendo Radilla Pacheco (338 a 340); Comunidad

⁹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128. Así mismo, se consideró como función que “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

⁹³⁵ Fundamentado en los artículos 8.1: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, y 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Puede verse: BREWER-CARÍAS, ALLAN R. y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013. Es preciso destacar que la caracterización del control de convencionalidad como un deber oficioso al cual debe proceder el juez es una cuestión que se dejó en claro desde la sentencia de 24 de noviembre de 2006 en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.

indígena Xákmok Kásek (311); Cabrera García-Montiel Flores (233)]; reafirmar la presunción de sujeción del orden jurídico nacional a las interpretaciones y alcances definidos por la CIDH en relación con la CADH [casos Rosendo Radilla Pacheco (338 a 340); Comunidad indígena Xákmok Kásek (311); Cabrera García-Montiel Flores (233)].

Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no solamente está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”⁹³⁶, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario⁹³⁷.

⁹³⁶ FERRER MACGREGOR, EDUARDO, “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014. “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁹³⁷ FERRER MACGREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014. “[...] Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del ‘bloque de constitucionalidad/convencionalidad’ otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”.

II. La incorporación de la convencionalidad en el sistema interamericano: un proceso en construcción y consolidación con dificultades

En el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos la recepción de la construcción sistemática de la convencionalidad y por consecuencia del llamado control de convencionalidad, está determinada por el cumplimiento de los deberes funcionales que para los Estados partes se derivan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así se acepta y se entiende a partir de una simple lectura de estas disposiciones consensuales y de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que de las elaboraciones conceptuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo cual hace que esta sea una idea motora central de las instituciones jurídicas convencionales⁹³⁸, vinculadas también a los estándares del sistema universal de protección de los derechos humanos⁹³⁹, del

⁹³⁸ BAZÁN, VÍCTOR, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2011.

⁹³⁹ BAZÁN, VÍCTOR, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *ob.*, *cit.*, pp.68, 75 y 103. BAZÁN, VÍCTOR, "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num 19, 2015, p.48. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO; SILVA GARCÍA, FERNANDO, "El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional", *ob.*, *cit.*, 46, 63. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, 2013, pp.511 a 553. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad", UNED, *Revista de Derecho Político*, N.º 93, mayo-agosto, 2015, pp.321 a 381. NASH ROJAS, CLAUDIO; NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA, "Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: Experiencias comparadas y el caso chileno", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, Núm 148, enero-abril de 2017, pp.193 y 197. BURNEO L., JOSÉ, "El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945", en *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, N.º 71, 2013, pp.177 y 184. PEZZANO, LUCIANO, "Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, N.º 30, 2014, pp.303 a 346. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, "La efectiva aplicabilidad de la declaración universal de derechos humanos en el sistema jurídico español", en *Revista de Administración Pública*, Núm 153, septiembre-diciembre 2000, pp.41 a 52. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *El sistema universal de los derechos humanos*, Granada, Comares, 2014. SAGÜÉS, Néstor PEDRO,

derecho internacional humanitario⁹⁴⁰ y del derecho consuetudinario de derechos humanos⁹⁴¹.

Sin embargo, es necesario reconocer que en el ámbito interno de cada uno de los Estados existen discusiones profundas en torno a la vigencia y aplicabilidad de las normas y estándares convencionales, actitudes en nuestra opinión, que muestran el carácter no pacífico del tema, en algunos casos, contrarias a los compromisos internacionales de los Estados y en otros profundamente respetuosos de la claridad e inoperatividad de los pactos, convenciones, tratados internacionales, y del derecho internacional consuetudinario de gentes, situación que se refleja indiscutiblemente en las decisiones de los tribunales de justicia, que asumen de una u otra manera los vaivenes de la política de los Estados en relación con estos temas vitales para la vida institucional y para las relaciones internacionales.

Para ilustrar esta situación analizaremos en esta ponencia dos casos emblemáticos de justicia nacional: Argentina y Perú. La primera en proceso de huida de la convencionalidad (*Los casos "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina"* y *"Dos por Uno"*), y la segunda consolidándola de manera concreta y manifiesta (Caso Fujimori).

"Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 21 año, Bogotá D.C., Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, pp.142 y 143. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, "El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 22 año, Bogotá D.C., Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016, pp.337-355.

⁹⁴⁰ HERNÁNDEZ PASTOR, Juan, "Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario", en Agenda Internacional, Año XVI, N° 27, 2009, pp.131 a 163. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis, "El derecho internacional humanitario como instrumento de paz", en LENS TUERO, Alberto M., Cátedra Jorge Juan: ciclo de conferencias, 2005, pp.19 a 44. IRIGOIN BARRENE, Jeannette, "El derecho internacional contemporáneo: relación entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario", en Revista Política y Estrategias, N° 116, diciembre 2010, pp.86 a 108.

⁹⁴¹ VITORIA, Francisco de, Derecho natural y de gentes, Buenos Aires, Emecé, 1946. RAWLS, John, "El derecho de gentes", en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, N° 16, 1997, pp.5 a 36. SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo, "La ciudadanía cosmopolita y el <<derecho de gentes>> de John Rawls", en Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, enero-abril 2014, pp.59 a 79.

1.- Los casos “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*” y “*Dos por Uno*” (Argentina)

La Corte Suprema de la Nación Argentina, de manera tradicional se había ubicado dentro del marco de tribunales respetuosos del derecho internacional y de los compromisos internacionales del Estado Argentino: Sostenía de manera reiterada en sus providencias, sin mayor dificultad y de manera concluyente, por ejemplo, que una ley contraria a la convención carece de efectos jurídicos, no puede ser aplicada por los operadores en el orden interno⁹⁴² y en igual sentido en relación con las demás manifestaciones del poder cuando eran materialmente contrarios al orden convencional.

En estos términos, se consolidó en la Argentina por la vía del entendimiento jurisprudencial un claro derecho convencional integrador del orden jurídico interno y los postulados, principios y normas derivadas del derecho internacional (bloque de constitucionalidad) para el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y toda la construcción jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁴³.

El alcance de la convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación no se agota en los anteriores planteamientos. La corporación avanzó históricamente en torno a la existencia de poderes de control del régimen convencional, retomando para el derecho argentino el concepto del “control de convencionalidad”, en manos primordialmente del poder judicial, para hacer efectivos los compromisos y obligaciones contraídas por la

⁹⁴² Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, n.º 11.

⁹⁴³ PIZZOLO, CALOGERO, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del Bloque de Constitucionalidad Federal”, en ALBANESSE, SUSANA (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 189 ss.

nación a través de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁴⁴. Control que identifica inicialmente como un instrumento

⁹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, n.º 11. En este asunto la Corte recurre al que considera precedente, sentencia del 13 de julio de 2007. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad, n.º 20. “[...] Concluyó que ‘[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ [caso ‘Almona-cid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 134, considerando 21] [...]”. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 1992. Ekmekdijan contra Sofovich. Agravios a Jesucristo y la virgen María en programa de canal de televisión. “Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados --aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980-- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 1995. Priebke. Solicitud de extradición de militar nazi. “esta última hipótesis no determina la exclusión del derecho de gentes, pues en la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en “vacío” sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 2004. Espósito. Caso relacionado con la sentencia de la CIDH Bulacio, prescripción penal por el hecho cometido contra Walter Bulacio. “Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 2011. René de Jesús Derecho. Caso de prescripción de la acción penal, voto del juez Maqueda. “Que la exégesis del deber de investigar impuesto en el pronunciamiento internacional debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), decisión a la que este Tribunal le ha asignado carácter obligatorio (Fallos: 327:5668, voto del juez Maqueda). Asimismo, el deber de cumplimiento corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, **sentencia de Julio Héctor Simón. Caso de la definición de la prescripción de la acción penal contra persona que cometió crímenes de lesa humanidad respecto a los perseguidos políticos durante la dictadura.** “Que, esta Corte juzgó que la calificación de

oficioso y objetivo para el ejercicio de una permanente actividad de subsunción del orden interno en el ámbito convencional, verificando que se cumplan de manera clara y directa los postulados convencionales⁹⁴⁵.

Bajo estos presupuestos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación reconocía y hacía vinculantes las sentencias proferidas por la CIDH en contra de la República Argentina, pese a opiniones

delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Im- prescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316:567).” Corte Suprema de Justicia de la Nación. Orellano. sentencia de 7 de junio de 2016. **Despido de empleado de la empresa postal por haber participado en la convocatoria y medidas de fuerza durante huelga.** “Que el examen de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional o supra legal arroja un resultado similar. El Estado argentino, como se verá, asumió el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación”

⁹⁴⁵ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, n.º 12. “[...] Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almona-cid’. En efecto, en el caso ‘Trabajadores cesados del Congreso’ precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Ame-ricana [‘Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’ del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos ‘Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia’ (del 1.º de septiembre de 2010, parágrafo 202); ‘Go-mes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’) vs. Brasil’ (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y ‘Cabrera- y Montiel Flores vs. México’ (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225). Recientemente, el citado Tribunal ha insistido res-pecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órgano vinculados con la adminis-tración de justicia deben tener en cuenta no solamente el trata-do, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Ar-gentina’ del 29 de noviembre de 2011). La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resul-taría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacio-nal que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencio-nada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el con-trol de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango [...]”.

encontradas en relación con el fallo internacional⁹⁴⁶ y considerando como precedentes a seguir los argumentos o *ratio decidendi* de las demás sentencias de este mismo Tribunal Internacional, al igual que de sus opiniones consultivas⁹⁴⁷.

No obstante lo anterior, está línea histórica de respeto a la convencionalidad se rompe a partir de 2017. La Corte moduló en este año su posición en torno al cumplimiento de un fallo de condena de la CIDH introduciendo algunos condicionamientos en torno a su vigencia y aplicación en la República Argentina (sustancialmente

⁹⁴⁶ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, providencia del 23 de diciembre de 2004. Esposito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, n.º s 5, 6 y 16. “[...] 5.º Que, por lo tanto, el recurrente ha limitado sus agravios a una mera discrepancia con lo resuelto por la cámara sobre temas no federales. Por regla general, ello constituiría fundamento suficiente para rechazar el recurso extraordinario introducido. Sin embargo, no puede soslayarse la circunstancia de que en el sub lite el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18 de septiembre de 2003 en el caso ‘Bulacio vs. Argentina’, en el que se declarara la responsabilidad internacional del Estado Argentino –entre otros puntos B– por la deficiente tramitación de este expediente. 6.º Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional [...] 16. Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional [...]”.

⁹⁴⁷ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 27 de noviembre de 2012. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios, n.º 12. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 29 de octubre de 2013, caso Grupo Clarín Sa y otros contra Poder Ejecutivo Nacional y otro. Argentina. Corte Suprema de la Justicia de la Nación, sentencia de 7 de junio de 2016, caso Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. “[...] Que el examen de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional o supra legal arroja un resultado similar. El Estado argentino, como se verá, asumió el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación”. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia de 28 de marzo de 2017, caso Villamil, Amelia Ana contra Estado Nacional.

el fallo se refería a la protección convencional de la libertad de expresión y de información⁹⁴⁸).

Precisamente, en un muy importante pronunciamiento del 14 de febrero de 2017 (caso CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso *'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina'* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), dio pasos atrás en su magnífica construcción de aceptación y respeto al orden convencional, al resolver la petición de cumplimiento del fallo proferido por la CIDH el 29 de noviembre de 2011 en el que se condenó al Estado argentino por violación del derecho a la libertad de expresión derivado de las decisiones judiciales que condenaron a los titulares de la Editorial Perfil S. A. por haber publicado notas periodísticas relacionadas con un hijo no reconocido por el expresidente Menem, fijando posición contraria a la aplicación irrestricta de los fallos interamericanos⁹⁴⁹⁻⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ Puede verse: Reacción de la Federación Internacional de Periodistas: "Argentina: Corte Suprema desconoce fallo de la CIDH en caso sobre libertad de expresión", en [<http://www.ifj.org/nc/es/news-single-view/backpid/1/article/argentina-corte-suprema-desconoce-fallo-de-la-cidh-en-caso-sobre-libertad-de-expresion/>]; consultado 18 de julio de 2018].

⁹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fontevecchia y D'Amico, sentencia de 14 de febrero de 2017. **Difusión de notas periodísticas vinculadas a la presunta existencia de hijo no reconocido por Menem.** "A la luz de estos principios, dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa "Menem" en virtud de la orden de la Corte Interamericana [...] implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una "cuarta instancia" revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema [...] Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba". "Por otra parte, la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo reconstitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional" "En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino".

⁹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Zaffaroni: La Corte Suprema declara su independencia del Estado", en [<http://www.agenciapacourondo.com.ar/ddhh/zaffaroni-la-corte-suprema-declara-su-independencia-del-estado>]; consultado 25 de julio de 2018]. El argentino juez de la Corte Interamericana Eugenio Raúl Zaffaroni reaccionó de manera contundente contra la posición de la Corte Suprema de la Nación, en este virulento artículo indica que: "Alguien dijo que para ser un buen filósofo es necesario no perder la capacidad de asombro. Creo que nuestro

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con el caso *Fontevicchia y D'Amico* constituye una discutible modulación de la convencionalidad, que aplica una excepción a la vigencia del orden jurídico internacional, de claro origen interno en contraposición a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, justificada por la Corte para los casos en que las decisiones de la CIDH impliquen una instancia judicial adicional y contradigan lo consagrado en el artículo 68.1 de la CADH, sustituyendo al juez natural de la Convención. Lo cual resulta relevante en el caso en estudio en cuanto que la CIDH revoca la decisión de primera instancia, configurando, en opinión de la Corte Argentina, materialmente una nueva instancia judicial no acordada en la CADH⁹⁵¹.

país puede ofrecer un taller permanente para candidatos de filósofos de todo el mundo: la sentencia de la Corte es un importante ejercicio en este sentido. Revierte una jurisprudencia que nos había llevado a ser modelo ante todos los países de la región y, por ende, altamente respetados en el mundo. Nos citaban con frecuencia los tribunales internacionales. Con toda sinceridad, tampoco era muy original lo que había hecho: simplemente, declaramos que éramos parte del Estado y que, como tal, debíamos acatar las decisiones de los tribunales internacionales cuyo incumplimiento acarrearía sanciones al Estado Argentino. Por cierto, tampoco habíamos inventado la pólvora. Ahora la Corte Suprema afirma que no puede cumplir con las decisiones de las jurisdicciones internacionales, porque si tuviese que hacer cesar los efectos de una de sus propias sentencias, estaría concediendo al tribunal internacional la condición de una cuarta instancia. En verdad, este argumento mezcla todo y, en este guisado (o desaguizado) lo que mezcla es el derecho internacional con el nacional. Más allá del caso concreto, en el que por mandato legal no intervengo, no puedo pasar por alto que el Poder Ejecutivo está invitando a los órganos del sistema interamericano a que sesione en la Argentina y, al mismo tiempo, su Corte Suprema se declara independiente del Estado. No creo que como manejo diplomático sea el mejor. Hablando con claridad, lo cierto es que la Corte Interamericana nunca revoca sentencias de Cortes nacionales ni podría hacerlo. El problema es otro: quien viola Derechos Humanos es siempre un Estado y quien comparece ante la Corte IDH es, por ende, un Estado, (y ante la realidad del mundo, porque los individuos pueden cometer delitos, crímenes, pero no violaciones de Derechos Humanos, pues los únicos sujetos activos de estas violaciones son los Estados)". CARRANZA, Gonzalo Gabriel, "Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la Resolución de la Corte Suprema de la Nación en el asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 21, 2017, pp.161 a 185.

⁹⁵¹ HITTERS, Juan Carlos, "Control de convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores", en "La Ley, Año LXXXI, N° 145, 2017, pp.1 a 8. "(...) Lo que importa aquí no es tanto el incumplimiento de la Corte Suprema, sino los principios que fijó el fallo; que puede significar un paso atrás para la Argentina en el ámbito de los derechos humanos y en el control de convencionalidad. Se parte del art. 27 de la Constitución Nacional, que señala que los tratados con las potencias

La Corte argentina acude a una sutil utilización del margen de apreciación y del respeto a los mandatos convencionales, que sustenta con los siguientes argumentos: i) acepta que las sentencias de la CIDH en contra del Estado argentino “son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este”⁹⁵²; ii) dicho criterio se matiza, a continuación, afirmándose que la obligatoriedad de las sentencias de dicho Tribunal Internacional opera solamente cuando se producen “dentro del marco de sus potestades remediales”⁹⁵³ (tesis que en nuestra opinión ya había sido objeto de invocación en la justicia de Uruguay, Venezuela, Costa Rica y de México, pero revaluadas en función de darle prevalencia al orden jurídico convencional); iii) se niega a dar cumplimiento a lo ordenado por la CIDH de dejar sin efecto la decisión judicial de la misma Corte que había impuesto una condena pecuniaria por las razones siguientes: a) la CIDH no puede constituirse en “cuarta instancia”, y debe respetarse el agotamiento de los recursos internos, como expresión del principio de subsidiariedad⁹⁵⁴; b) postura que encuentra respaldo en la doctrina

extranjeras deben estar en conformidad con los principios del derecho público establecidos por la Carta Magna. Parece surgir de ese postulado un debate que todavía continúa sobre la prioridad de la Constitución con respecto a los tratados internacionales y viceversa. Por ello el pronunciamiento de marras parte de la idea de que la jurisdicción supranacional tiene una esencia “subsidiaria” y que nuestro tribunal “supremo” nacional por su carácter de tal, no puede recibir órdenes del cuerpo jurisdiccional interamericano. Lo que debe quedar bien claro es que los fallos de la Corte IDH tienen como fuentes el *ius cogens* (la costumbre internacional), y los tratados sobre Derechos Humanos que, como vemos, son de distinta esencia que los tratados entre dos Estados”. PITTIER, Lautaro Ezequiel, “El control de convencionalidad en la Argentina y algunas experiencias de evasión de compromisos internacionales”, *ob. cit.*, pp.122 a 127.

⁹⁵² Corte Suprema de la Nación, 14 de febrero de 2017, caso CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 6.º. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁹⁵³ *Ibid.*, párrafo 6.º “En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.

⁹⁵⁴ Corte Suprema de la Nación, 14 de febrero de 2017, caso CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 8.º. “Desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, deben tenerse en consideración los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea ‘una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria

del margen de apreciación que ha sido aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁵⁵; c) en caso de aceptarse la revocatoria de la decisión judicial de la Corte por el juez interamericano se violarían “los principios estructurantes del sistema interamericano” y se exigiría el cumplimiento excesivo de las obligaciones convencionales del Estado argentino dentro del sistema⁹⁵⁶; d) por lo tanto, no puede la CIDH convertirse en una cuarta instancia, ya que la revisión se hizo “en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba”⁹⁵⁷, exacerbando el argumento procesal⁹⁵⁸; e) tampoco puede revocarse la sentencia de la Corte Suprema, ya que opera la cosa juzgada y contra ella no puede oponerse mecanismo restitutivo convencionalmente no consagrado⁹⁵⁹; f) derivado de lo anterior, comprende la Corte Suprema que el artículo 31 de la Convención de Viena del derecho de los tratados determina la competencia remedial y limitada de los tribunales internacionales como la CIDH, por lo que “carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios

de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’ (Preámbulo CADH). Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional [...] y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales. La Corte Interamericana no constituye entonces una ‘cuarta instancia’ que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria”. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁹⁵⁵ Ibid., párrafo 10.º “Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos ‘Lawless v. Ireland’, sentencia del 1º de julio de 1961, y ‘Handyside v. The United Kingdom’, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso ‘Lautsi and Others v. Italy’, sentencia del 18 de marzo de 2011)”.

⁹⁵⁶ Ibid., párrafo 11.

⁹⁵⁷ Ibid., párrafo 11.

⁹⁵⁸ En su voto concurrente, el ministro doctor Horacio Rosatti coincide en este presupuesto, párrafo 6.º.

⁹⁵⁹ Ibid., párrafo 12.

que quieran”⁹⁶⁰; g) la competencia limitada se debe ajustar, además, a que el contenido del artículo 63.1 de la CADH “no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional”⁹⁶¹; h) la anterior se armoniza con la interpretación de la denominada “reserva soberana”, consagrada en el artículo 27 de la Constitución de Argentina, “delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”⁹⁶² (lo que representa toda una contradicción con los argumentos del margen de apreciación, de la limitación de las competencias de los tribunales internacionales y de la cuarta instancia, puesto que se afirma la prevalencia del bloque de constitucionalidad y la sujeción de las normas y mandatos convencionales a los preceptos constitucionales, como ha sostenido cierta jurisprudencia constitucional colombiana, costarricense y uruguaya); i) uno de los anteriores principios es aquel según el cual la Corte Suprema de la Nación es el órgano supremo del poder judicial en Argentina que no puede ser sustituido por un tribunal internacional “en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”⁹⁶³; y j) no obstante

⁹⁶⁰ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia de 14 de febrero de 2017, caso csj 368/1998 (34-M)/cs1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 12.

⁹⁶¹ Ibid., párrafos 13 y 14. “Esta comprensión del art. 63.1 se ve confirmada por los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención (conf. art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Su examen muestra que este mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana”.

⁹⁶² Ibid., párrafos 16 y 18. Esto es afirmación de la denominada fórmula argentina planteada en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907. En su voto concurrente, el ministro doctor Horacio Rosatti coincide en este presupuesto, párrafo 5.º.

⁹⁶³ Ibid., párrafos 17 y 19. “Esta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH –entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos– ha establecido expresamente que sus normas ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales”.

todo lo antes argumentado, la Corte Suprema reafirma el carácter vinculante de las decisiones de la CIDH (lo que para el juez Maqueda en su voto disidente responde al principio del *pacta sunt servanda*⁹⁶⁴), pero que debe entenderse “que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional”⁹⁶⁵.

La CIDH mediante sentencia de supervisión de cumplimiento del 18 de octubre de 2017 se pronuncia acerca del acto de incumplimiento de la Corte Suprema de Justicia Argentina conminándola al estricto respeto de la decisión judicial de la Corte como obligación internacional expresa. Se trata de un perentorio llamado advirtiendo a Argentina de las graves consecuencias del desconocimiento de su incumplimiento⁹⁶⁶. La Corte Suprema de Justicia procede de inmediato al cumplimiento del fallo mediante providencia del 1 de noviembre de 2017 considerando: “1º) Que en la resolución del

⁹⁶⁴ Ibid., párrafo 4. “Que el deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad”.

⁹⁶⁵ Ibid., párrafo 20. En su voto disidente, el ministro doctor Juan Carlos Maqueda sostiene en el párrafo 3.º: “Que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano (Ley 23.054; art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; doctrina de los fallos: 326/2968 ‘Cantos’, disidencia del juez Maqueda; 327:5668 ‘Espósito’, votos de los jueces Belluscio y Maqueda; 334:1504 ‘Derecho’, voto del juez Maqueda; 336:1024 ‘Carranza Latrubesse’, voto del juez Maqueda, y Resolución CSJN 477/15 del 25 de marzo de 2015 en expte. n.º 4499/13 ‘Mohamed vs. Argentina’).”

⁹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Resolución de 18 de octubre de 2017, supervisión de cumplimiento, párrafos 13 y 14, donde la Corte reitera que según el mandato convencional del artículo 67 de la CADH las sentencias de este tribunal son definitivas e inapelables, y que los Estados “no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado”.

18 de octubre de 2017 en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró que su decisión anterior de fecha 29 de noviembre de 2011, no implicaba que esta Corte Suprema tuviese la necesidad jurídica de revocar su sentencia del 25 de septiembre de 2001 (...) 2º) Que esta aclaración es plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento de fecha 14 de febrero de 2017, en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias pasada en autoridad de cosa juzgada (...) 3º) Que en dicha resolución de fecha 18 de octubre de 2017, la Corte Interamericana sugirió, asimismo, que el Estado Argentino podía cumplir con la manda contenida en el punto dispositivo 2 del párrafo 137 de su sentencia anterior, mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia”, como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana” (párrafo 21). 4º) Que toda vez que este Corte Suprema considera que la anotación sugerida por la Corte Interamericana no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 7), resulta adecuado acceder a lo sugerido”⁹⁶⁷.

En esta misma línea de debilitamiento del orden convencional a partir de decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se destaca el fallo conocido como “*dos por uno*” (caso Luis Muíña, de 3 de mayo de 2017), que fragiliza la justicia

⁹⁶⁷ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Resolución N° 4015/17 de 5 de diciembre de 2017, expediente 6439/12. “SE RESUELVE: Ordenar que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29 de noviembre de 2011)”. Puede consultarse: [<https://www.cij.gov.ar/nota-28770-La-Corte-considera-compatible-con-la-Constituci-n-el-requerimiento-de-la-Corte-Interamericana-de-dejar-asentada-su-decisi-n-en-una-sentencia-nacional-previa.html>]

frente a supuestos de lesa humanidad flexibilizando las condenas en detrimento de las víctimas de desapariciones forzadas.

Se trata de la discusión relacionada con la ley 24.390 que estuvo vigente en Argentina entre 1994 y 2001, y que tenía como fin la reducción de la población carcelaria. De esta manera la Ley determinaba que pasados los primeros dos años de prisión preventiva y sin condena se debía computar dobles los días de detención⁹⁶⁸.

Es en este contexto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que era aplicable en el caso Luis Muiña (un ex - represor, quien participó en un grupo paramilitar torturando a personas en 1976 durante el régimen militar), la aplicabilidad del “2x1”, de acuerdo con el fallo mayoritario⁹⁶⁹-

⁹⁶⁸ Argentina. Ley 24.390 artículo 7, derogada por la ley 25.430.

⁹⁶⁹ Elena Highthon de Nolasco y Carlos Rosenkratz en su voto consideraron: “10. Que, entonces, la interpretación adecuada del art. 2 del Código Penal es que resulta aplicable a los delitos permanentes. En efecto, si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubieran considerado que el art. 2º del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata -penal- no puede hacer. Más aún, cuando el legislador quiso estipular como relevante algún momento especial de todos aquellos durante los cuales los delitos permanentes son cometidos, lo hizo de modo explícito. En este sentido, el art. 63 del Código Penal, por ejemplo, establece que en los delitos permanentes para determinar cuándo comienza a correr el plazo de la prescripción, debe tenerse en cuenta el momento en el que cesan de cometerse. Debe recordarse que esta Corte tiene dicho que la inconsecuencia en el legislador no se presume (...) 11) Que aún si existiese alguna duda respecto de la aplicabilidad del art. 2º del Código Penal a delitos como el castigado por la sentencia cuya validez se discute en autos, esta debe resolverse en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. Del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) se deriva la exigencia de resolver las dudas interpretativas en la forma más restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (...) 13) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se expedió puntualmente sobre la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos permanentes. En efecto, en “Gelman vs. Uruguay” (sentencia del 26 de noviembre de 2008) y en “Tiu Toojin vs. Guatemala” (sentencia del 26 de noviembre de 2008) se decidió una cuestión diferente a la debatida en esta causa, más precisamente, que la tipificación sobreviniente de la conducta punible mediante la figura de la “desaparición forzada de personas” no era violatoria de la garantía de irretroactividad de la ley penal en tanto dicha nueva tipificación, por un lado era requerida para cumplir con la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta punible (derivada del art. 3º de la Convención Interamericana

⁹⁷⁰, dando cobertura tanto a casos de violaciones de derechos humanos, como para delitos comunes, lo que como consecuencia produjo la reducción de la pena de Muíña, dotando de prevalencia al principio de la ley más benigna propio del derecho penal liberal

sobre Desaparición Forzada de Personas) y, por el otro, era consecuencia de la obligación de investigar y sancionar hechos de tal especie así requerida por el *ius cogens*. En ninguno de los casos mencionados hubo pronunciamiento alguno respecto de la aplicación de una ley más benigna (...) 14) Que en según nuestro orden jurídico, las leyes penales intermedias promulgadas después de la comisión del delito pero derogadas y reemplazadas por otra ley antes de dictarse condena, se aplica retroactivamente cuando son más benignas, y tendrán ultraactividad cuando son intermedias, siempre que fueran más benignas que las posteriores (...) 15) Que las consideraciones anteriores no pueden ser conmovidas por el hecho de que el recurrente haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad, pues en el texto de la ley 24.390 no se hace excepción respecto de tales delitos y a todo evento es importante recordar esta Corte en el precedente (...) ha decidido que las excepciones contempladas en el art. 10 de dicha ley -exclusión de los delitos agravados en materia de estupefacientes- es inconstitucional. Más aún, la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2º del Código Penal, en razón de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9º de la CADH y 15.1 del PIDCP, convenciones internacionales que cuentan ambas con jerarquía constitucional por así disponerlo el art. 75 inc 22. De la Constitución Nacional".

⁹⁷⁰ A su vez el juez Rosatti en su voto sostiene: "(...) 11) Que esta Corte no puede soslayar el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad. Se trata de un dilema que debe ser resuelto con la aplicación de la Constitución y las leyes; y en este caso las normas aplicables son -conforme a lo dicho- concluyentes, máxime cuando se repara que conforme al texto de la ley 24.390 la naturaleza o gravedad del delito no constituyen condición de aplicabilidad de sus disposiciones, con la sola excepción prevista en el art. 10 de la norma en cita que excluyó expresamente a los delitos agravados en materia de estupefacientes (...) Dicho de otro modo: el legislador, único sujeto jurídico habilitado para hacerlo, no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de los arts. 2º y 3º del Código Penal a los delitos de lesa humanidad. Y lo que no hizo el legislador no lo puede hacer el juez, pues de otro modo este se convertiría en aquel, violentándose el principio constitucional de división de poderes e incurriéndose en una nueva causal de arbitrariedad de sentencia (...) Pero en un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes (...) La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes referidas a su juzgamiento, pues de lo contrario se correría el riesgo de recorrer el mismo camino de declive moral que se transitó en el pasado. 13) Que, finalmente, en línea con lo expresado, cabe poner de manifiesto que la existencia de obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino para garantizar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones perpetradas a los derechos humanos, cuya rigurosa observancia no se pone en tela de juicio, debe ser cumplida por los tribunales argentinos sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, cuyo incumplimiento también puede acarrear responsabilidad internacional".

clásico, sobre un derecho penal de la humanidad que exige para los delitos de lesa humanidad penas coherentes y proporcionales a los daños ocasionados a los bienes jurídicos de la humanidad.

Se trata de una decisión no unánime y cuyo voto minoritario se apartó precisamente argumentando que este tipo de reducción de penas no era aplicable a los delitos de lesa humanidad por no corresponderse con los estándares convencionales de protección de los derechos humanos⁹⁷¹-

⁹⁷¹ Ricardo Lorenzetti en su voto minoritario planteó: "(...) 7º) Que la decisión judicial debe tener en consideración el sistema de fuentes que conforman la Constitución, los tratados de derechos humanos, las leyes penales y procesales, de manera de llegar a una conclusión coherente, basada en la comunicabilidad de principios entre fuentes diversas. Que una interpretación de la legislación penal más benigna, en el marco de la aplicación de una ley derogada, es insuficiente para dar adecuada solución a un tema de indudable relevancia institucional. Que por esta razón es necesario calificar este caso, en primer lugar, como un aspecto de los delitos de lesa humanidad, tipificados por esta Corte (Fallos 328:2056). Respecto de esta categoría este Tribunal ha señalado que no hay posibilidad de amnistía (Fallos: 328:2056), ni de indulto (Fallos 330:3248), ni se aplica a ellos el instituto de la prescripción (Fallos: 327:3312), y que la persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional (...) Por lo tanto, la ejecución de la pena es, claramente, parte del concepto normativo antes descripto, y una interpretación de la ley no puede llevar a una frustración de la finalidad persecutoria en este campo. Cabe señalar que no se ha dado ningún cambio en la valoración de los delitos de lesa humanidad. Por el contrario, existe una consistencia en la definición, calificación y persecución de este tipo de delitos que se ha mantenido en diversos precedentes, no solo de esta Corte Suprema, sino de todo el Poder Judicial. Más aún, puede decirse, como se lo ha señalado en diversos pronunciamiento institucionales de esta Corte como cabeza del Poder Judicial, que se trata de una política de estado, afirmada por los tres poderes, en diversas épocas, de modo que constituye parte del contrato social de los argentinos (...) 9º) Que la sentencia a dictarse exige una ponderación justa del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, en relación a las normas invocadas y a los supuestos de los delitos de lesa humanidad (...) En efecto, la regla de cómputo "dos por uno" de la ley 24.390, en el presente caso, no podría fundarse en el derecho a la retroactividad de la ley penal más benigna que reconocen los arts. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2º del Código Penal (...) Luego, la adopción de la regla de cómputo del art. 7º de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, por los que fue condenado Muiña. Antes bien, fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como exige art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) 14) Que en virtud de la calificación de los delitos de lesa humanidad que efectuara esta Corte, no es admisible que una ley cuya finalidad fue limitar temporalmente la prisión preventiva, que es una medida procesal, pueda significar un cambio en la valoración típica de delitos que tienen una dimensión que claramente excede ese ámbito. En efecto, resulta claro que los instrumentos mencionados precedentemente, y que aplicarían ante un supuesto de retroactividad de una ley más benigna, amparan únicamente una legalidad de índole penal, circunstancia que lleva asidero si se tiene presente que aquel principio de retroactividad halla su fundamento en la naturaleza de la ley penal y no otra

⁹⁷². A propósito de este fallo que conmocionó a la ciudadanía argentina el Congreso de la Nación expidió en tiempo récord la ley 27.362 que prohibió que interpretaciones de esta naturaleza pudiesen afectar derechos de las víctimas, estableciendo que el cómputo del “2x1” no era aplicable a conductas delictivas propias de los delitos de lesa humanidad; indicando claramente que tan sólo sería aplicable como medida procesal a quienes se encontraban privados de la libertad preventivamente durante la vigencia y no para condenados por lesa humanidad, como era el caso de Muiña; así mismo, determinó el legislador que esta era la única interpretación

(...) Por esta razón, el tribunal calificó como delito de ejecución permanente a los hechos por los que se dictó condena en esta causa, sin perjuicio de afirmar que, no obstante ello, resultaba aplicable el art. 7º de la ley 24.390. En este supuesto el carácter permanente de un delito implica que si durante su lapso de consumación rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del art. 2º del Código Penal, donde se debe aplicar siempre la más benigna), sino de coexistencia de leyes. Por lo tanto, siguiendo este enfoque, se debe aplicar una sola ley que es la vigente en el último tramo de la conducta punible. Esta regla es la aceptada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que “por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo... la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva (...)” (“Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011, apartado 236) (...) fue precisamente con base en el precedente “Suárez Rosero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que esta Corte en el caso “Nápoli” (Fallos 321:3630) sostuvo que la naturaleza del delito no es motivo válido para restringir el goce de garantías de los imputados, dejando expresamente a salvo la facultad legislativa del Congreso para determinar, en el marco de la legislación de fondo, cuáles son los ingresos que deben ser protegidos mediante amenaza penal y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizarse una protección suficiente”.

⁹⁷² Juan Carlos Maqueda en su voto minoritario planteó: “(...) En efecto, resulta claro que lo que está en discusión en el presente caso es bajo qué régimen debe efectuarse el cómputo de la pena impuesta a un condenado por sentencia firme, esto es, una cuestión de derecho de fondo y no procesal. Esta diferencia resulta decisiva por cuanto fue precisamente con base en el precedente “Suárez Rosero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que esta Corte en el caso “Nápoli” (Fallos: 321:3630) sostuvo que la naturaleza del delito no es motivo válido para restringir el goce de garantías de los imputados, dejando expresamente a salvo la facultad legislativa del Congreso para determinar, en el marco de la legislación de fondo, cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizarse una protección suficiente (...) Resulta indiscutible que la prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma vinculada al cómputo de pena que no solo no resulta formalmente aplicable al recurrente sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético, se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión que le fuera impuesta”.

auténtica de la ley, restringiendo en consecuencia la interpretación dada por la Corte Suprema de la Nación.

2.- El caso *Fujimori* (Perú)

El Tribunal Constitucional analizada su jurisprudencia (Desde 2003) sobre convencionalidad en ejercicio del control concentrado que le es atribuido ha sido consecuente con el desarrollo y evolución del concepto de convencionalidad⁹⁷³, de su modulación de acuerdo con la Constitución de 1993, y de las potenciales controversias o variaciones que se han presentado hasta hoy. Así pues, en la sentencia de 9 de junio de 2004⁹⁷⁴ se aproxima a la convencionalidad al afirmar que las “garantías procesales de las que gocen los acusados militares en tiempos de paz deben ser más favorables o, como mínimo, iguales a aquellas de las que gozan las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra” (fj.37). Con esto se tiene en cuenta por el Tribunal que las garantías judiciales reconocidas tanto por la Constitución, como por la CADH son de aplicación en cualquiera de las jurisdicciones, incluida la militar, sometándose a los estándares constitucionales y convencionales⁹⁷⁵. Dentro de tales garantías para el Tribunal es

⁹⁷³ Debemos reconocer para la identificación de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional peruano el trabajo muy interesante de determinación de estas y de sus estándares efectuadas por Renato Sotelo Torres, Abogado de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y profesor del Centro de Estudios de Derechos Humanos (CEDH) de la Universidad de San Martín de Porres, en el documento titulado. “Apuntes sobre el control de convencionalidad en el Perú. A propósito de la Opinión Consultiva OC-21/14 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [en observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/.../773-apuntes-sobre-el-control-de-con...; consultado el 26 de julio de 2018], el cual ha servido de guía para la revisión y actualización del título respectivo al Perú. El trabajo de investigación del profesor Sotelo es fundamental para una debida ubicación en la jurisprudencia constitucional peruana.

⁹⁷⁴ Perú. Tribunal Constitucional, sentencia 0023-2003-AI/TC, de 9 de junio de 2004. Acción de inconstitucionalidad contra normas en materia de justicia militar.

⁹⁷⁵ Perú. Tribunal Constitucional, sentencia 0023-2003-AI/TC, de 9 de junio de 2004. Acción de inconstitucionalidad contra normas en materia de justicia militar, fj.32. “Conforme a lo expuesto, ningún órgano estatal está autorizado para funcionar desvinculado de la Norma Suprema, toda vez que las denominadas “garantías judiciales”, consagradas tanto en nuestra Norma Fundamental como en la Convención Americana de Derechos Humanos, no sólo son

esencial que se observe por el juez de toda causa, en la jurisdicción militar, la independencia e imparcialidad, acogiendo el estándar convencional del artículo 8.1 de la CADH y la interpretación que de este hizo la CIDH en la sentencia del caso Castillo Petruzzi (fj.43). Finalmente, considera el Tribunal que en cumplimiento de los estándares convencionales los delitos contra los derechos humanos son imprescriptibles y relevan de su competencia a la jurisdicción militar (fj.91).

Al hilo de la anterior jurisprudencia el Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 de junio de 2006⁹⁷⁶ desarrolla que las garantías judiciales de la independencia e imparcialidad al estar comprendidas en tratados de derechos humanos se encuadran en lo consagrado por el artículo 55 de la Constitución, constituyendo derecho “válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado” (fj. 3). Lo que implica, también, que todo órgano judicial al interpretar las normas y definir el contenido constitucional protegido de los derechos humanos debe someterse a los estándares convencionales derivados de los tratados y convenciones, como de la interpretación elaborada por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos (fj.4).

Todo lo cual lleva a reiterar los estándares convencionales que se desprenden del artículo 8.1 de la CADH y de las sentencias de la CIDH en los casos Durand y Ugarte vs Perú, Cantoral Benavides vs Perú, Las Palmeras vs Colombia, Lori Berenson vs Perú, Palamara Iribarne vs Chile, Tribunal Constitucional vs Perú (fjs.5 a 14). Así mismo, la garantía judicial de imparcialidad, en especial en

de aplicación en sede del Poder Judicial, sino también en cualquier otro ámbito en el que se ejerza, formal o materialmente, funciones de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de los órganos que integran la jurisdicción militar”.

⁹⁷⁶ Perú. Tribunal Constitucional, sentencia 006-2006-PI/TC de 13 de junio de 2006. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra artículos de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

la jurisdicción militar, debe obedecer a los “Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura”. Lo que ha tenido un desarrollo en la sentencia del Tribunal de 3 de enero de 2003, f.j.87, en donde se consideró que siguiendo la interpretación dada por la CIDH en el caso Castillo Petruzzi, los tribunales militares no pueden ser el juez natural y competente para el juzgamiento de civiles⁹⁷⁷.

En ese sentido, en su jurisprudencia permite evidenciar la aplicación de la convencionalidad por inaplicación de aquellas normas internas contrarias a los mandatos de la CADH. Sirva de ejemplo el caso de Santiago Enrique Martín Rivas contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, en el que, analizada una norma de amnistía, consideró que, siguiendo las sentencias de la CIDH en los casos Barrios Altos y La Cantuta, la carencia de efectos generales afirmada en ellas tenía efectos generales (“efecto *erga omnes*”), recordando que “el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una obligación que [...] corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida”⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ Perú. Tribunal Constitucional, sentencia 010-2002-AI/TC de 3 de enero de 2003, f.j.98.

⁹⁷⁸ Perú. Tribunal Constitucional. STC 679-2005/TC, f.j. 49, citada en GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO y PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F., “El control de convencionalidad en el Perú”, cit., pp. 236 y 237. Puede verse: SOTELO TORRES, RENATO. “Apuntes sobre el control de convencionalidad en el Perú. A propósito de la Opinión Consultiva OC-21/14 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; en http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/doc_download/773-apuntes-sobre-el-control-de-convencionalidad-en-el-peru-a-proposito-de-la-opinion-consultiva-oc-21-14-emitida-por-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos; consultado el 20 de diciembre de 2016. ESPINOZA RAMOS, BENJI. “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”,

Similar posición a la del tribunal ha sido característica en la jurisprudencia de la justicia ordinaria peruana, en ejercicio del control difuso de convencionalidad. La Corte Suprema de Justicia en ejercicio de este control también se ha fundamentado en los principios, estándares y normas convencionales⁹⁷⁹ en casos relaciones con: i) el derecho a la libertad de las personas y la extradición según el estándar convencional fijado por el artículo 7.2 de la CADH⁹⁸⁰; ii) la tutela judicial efectiva según los estándares de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH⁹⁸¹; iii) la garantía de los derechos de los niños en función de los estándares de personalidad jurídica e identidad fijados en los estándares convencionales de los artículo 7 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989⁹⁸²; iv) así como del régimen penitenciario y las garantías para los menores en el mismo según el estándar convencional fijado en el artículo 10.3 del PIDCP⁹⁸³.

81. La anterior posición de defensa, protección y acatamiento del ordenamiento convencional, se va hacer manifiesta frente a la profunda ruptura por el ejercicio inconvencional de facultades de

en <http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedh/revista/archivos/005.pdf>; consultado el 20 de diciembre de 2016.

⁹⁷⁹ Debemos reconocer para la identificación de las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia peruana el trabajo muy interesante de determinación de estas y de sus estándares efectuadas por Renato Sotelo Torres, Abogado de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y profesor del Centro de Estudios de Derechos Humanos (CEDH) de la Universidad de San Martín de Porres, en el documento titulado. "Apuntes sobre el control de convencionalidad en el Perú. A propósito de la Opinión Consultiva OC-21/14 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" [en [observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/.../773-apuntes-sobre-el-control-de-con...;](http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/.../773-apuntes-sobre-el-control-de-con...) consultado el 26 de julio de 2018], el cual ha servido de guía para la revisión y actualización del título respectivo al Perú. El trabajo de investigación del profesor Sotelo es fundamental para una debida ubicación en la jurisprudencia peruana.

⁹⁸⁰ Perú. Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, sentencia de 5 de julio de 2012, f.9.

⁹⁸¹ Perú. Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, sentencia de 12 de abril de 2012, f.6.

⁹⁸² Perú. Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, sentencia de 17 de mayo de 2011, f.6.

⁹⁸³ Perú. Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, sentencia de 22 de junio de 2010, fjs, 4, 6 y 7.

perdón o indulto por parte del poder ejecutivo en relación con las condenas impuestas por la justicia ordinaria de dicho país al exdictador Alberto Fujimori. Perdiendo el horizonte de que Fujimori fue condenado como victimario en asuntos relativos a violaciones de derechos humanos y de lesa humanidad, esto es, que el marco de justicia sustancial que comprende su condena está fundada en razones de humanidad y no de derecho penal clásico, el presidente de la República del Perú mediante acto presidencial⁹⁸⁴, indultó al exdictador, impidiendo de esta manera un cumplimiento total y efectivo de la pena desconociendo no solamente el marco preciso de normas convencionales vigentes en el Perú, sino también los derechos de las víctimas que como consecuencia de dicha decisión vieron conculcados su derecho a la justicia, y poniendo en riesgo el principio de no repetición.

Sobre este asunto dos fallos trascendentes de la justicia peruana:

La Sala Penal Nacional se pronunció en la sentencia de 9 de febrero de 2018⁹⁸⁵, implicando la decisión del ejecutivo con fundamento en los precedentes convencionales la decisión administrativa de perdón o indulto que evidentemente estaba en contravía de los artículos 1.1 y 2 de la CADH. De acuerdo con la Sala Penal Nacional en su decisión judicial, *“se debió señalar las razones justificativas por la especial naturaleza de los delitos objeto de proceso penal, contra el solicitante, ello en atención - como veremos al efectuar el control de convencionalidad- a razón de las exigencias de estándares internacionales de protección de derechos humanos”*. De esta manera, era necesario operar un control de convencionalidad que implica que *“existen normas del derecho internacional de los derechos humanos que obligan a que todo acto, norma o disposición de los órganos del estado que guarde relación con la afectación de derechos relacionados a violaciones a los derechos humanos, deben tutelar a la víctima,*

⁹⁸⁴ Perú. Presidencia de la República, Resolución Suprema N° 281-217-JUS.

⁹⁸⁵ Perú. Sala Penal Nacional, sentencia de 9 de febrero de 2018.

en garantía al deber de reparación integral que tienen los estados, deber que no se basa únicamente en reparaciones de naturaleza patrimonial, sino además de naturaleza rehabilitadora, de satisfacción, de no repetición, entre otras”. A lo que se agrega, que “por mandato constitucional un órgano jurisdiccional ordinario, como el que conformamos, en claro respeto a las normas y principios constitucionales puede y debe efectuar un control de Constitucionalidad de la norma o disposición emanada por otro poder público, cualquiera fuera su rango, así como un control de convencionalidad, esto es, verificar que sea acorde con los estándares internacionales y la normativa internacional, que forman parte de sistema jurídico al cual estamos obligados (...) Dicho esto, resulta evidente, que por mandato constitucional un órgano jurisdiccional ordinario, como el que conformamos, en claro respeto a las normas y principios constitucionales puede y debe efectuar un control de Constitucionalidad de la norma o disposición emanada por otro poder público, cualquiera fuera su rango, así como un control de convencionalidad, esto es, verificar que sea acorde con los estándares internacionales y la normativa internacional, que forman parte de sistema jurídico al cual estamos obligados (...) debemos hacer un control adicional de cara a las obligaciones internacionales emanadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues el proceso penal, que está bajo nuestra competencia es uno cuya temática trata de violaciones a los derechos humanos [...] procederemos a realizar el control de convencionalidad en sede nacional, dicho control no es otra cosa, que ejercer la competencia que tiene un juez interno para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”. En cuanto al caso, la Sala Penal considera se “trata sobre graves violaciones a los derechos humanos, por lo tanto, y en respeto a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano no puede adoptar medidas que impidan la persecución penal, sin una base sólida de motivación y razonabilidad (...) Es importante referir en última instancia que la Corte Interamericana no cuenta con pronunciamiento alguno respecto a la concesión de indultos o derecho de

gracia por razones humanitarias en casos de graves violaciones a los derechos humanos o de lesa humanidad, por lo que pese a ser un tema aún en debate en dicho ámbito, consideramos que siendo el fundamento de los derechos humanos “la dignidad humana”, nada impide que el derecho de gracia -como anticipo de liberación a un reo en particular-pueda ser otorgado, siempre y cuando no medie arbitrariedad y en palabras de Ariel Dulitzky –relativas al indulto-, la concesión debe ser una decisión motivada y fundada en ciertos criterios y estándares establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) A partir de lo anterior, consideramos que en el presente caso, la gracia presidencial otorgada mediante Resolución Suprema N° 281-20017- JUS de fecha 24 de Diciembre de 2017, resulta incompatible con los deberes de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, siendo además una medida que como hemos analizado colisiona claramente con derechos fundamentales amparados en nuestra Constitución, y que se encuentran protegidos adicionalmente por tratados de derechos humanos, que ostentan rango constitucional en nuestro ordenamiento interno, y que careciendo de una debida motivación, en relación a todos los estándares normativos y jurisprudenciales referidos, no surte efectos, en la presente causa penal’.

Por otra parte, el juzgado supremo de investigación preparatoria, dependiente de la Corte Suprema de la Republica, mediante resolución No Diez (10), del tres (3) de octubre de 2018 (No 00006-2001-5001-SU-PE-01) se pronunció resolviendo el *incidente de convencionalidad* interpuesto por las víctimas admitidas en el fallo penal que condeno a Fujimori a pena privativa de la libertad. El juzgado reconoce, que evidentemente el indulto otorgado, es materialmente contrario a los estándares internacionales de justicia por delitos de lesa humanidad y a los compromisos internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos y en consecuencia declaró sin efectos jurídicos y por lo tanto inejecutable la Resolución Suprema No 281-2007-JUS de 24 de diciembre de 2017 que concede indultos por razones humanitarias a *Alberto Fujimori o Kenya Fujimori* y ordeno continuar con la condena impuesta

por la justicia penal en establecimiento penitenciario. Entre otros aspectos para el análisis de convencionalidad el juzgado invoco las siguientes razones: 1.- La calificación de conductas como crímenes de lesa humanidad en cuanto agravios a las víctimas, pero también a la comunidad internacional, implican improcedencia de amnistías, indultos, inmunidades; sujeción a la imprescriptibilidad y posibilidad de sujeción a la justicia universal (XIII); 2.- Los fallos de la CIDH hacen tránsito a cosa juzgada y deben cumplirse estrictamente, de buena fe e integralmente sin posibilidad de ser reformadas por los jueces o autoridades nacionales (XIV); 3.- Las sanciones y fallos judiciales por lesa humanidad deben ser efectivas en cuanto componente del acceso material a la justicia (XV); 4.- La resolución de indulto no está debidamente motivado (XXIV); 5.- El indulto otorgado va en contra de los postulados de los artículos 1.1. y 2 de la CADH (XXVI); 6.- Las resoluciones de supervisión y cumplimiento de la CIDH deben cumplirse manera estricta (XXVII); 7.- El derecho de acceso a la justicia de las víctimas se vulnera con el indulto concedido generándose por el estado una situación de impunidad lesiva a los derechos convencionales de estas (XXIX, XXX).

Las anteriores decisiones de la Sala Penal y del juzgado supremo, guardan relación sustancial y material con el pronunciamiento de la CIDH en la Resolución de 8 de febrero de 2018 dentro del caso Frontón (Durand y Ugarte), ya que al conceder medidas provisionales se considera “*pertinente recordar que su jurisprudencia constante ha sido clara en señalar que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” (pár 30). De esta manera, para

la CIDH el requisito de la extrema gravedad de los familiares de las víctimas se esta afectando en cuanto a la garantía de independencia de los jueces “*que adopten decisiones que tengan incidencia en el juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los hechos ocurridos a tales víctimas en el establecimiento penal El Frontón*” (pár 31)⁹⁸⁶.

Conclusiones

La convencionalidad es la herramienta esencial para la moderna concepción de la protección de los derechos humanos, pero surgida de la inspiración más prístina de la doctrina kantiana acerca de la existencia de un solo modelo o sistema jurídico al que deben obedecer los poderes públicos y que deben permitir la tutela eficaz de principios y libertades inspiradoras de todos los avances del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, el avance de la convencionalidad enfrenta en la actualidad profundas variaciones en los diferentes países y sistemas jurídicos latinoamericanos, alguno de los cuales se resisten a dar plena vigencia a los estándares convencionales y discuten el “*effet utile*” de los mismos, separándose de ellos como sustento de las decisiones de todos los poderes públicos. En cambio en otros ordenamientos la penetración de la convencional ha representado un gran avance en la protección cualificada de los derechos humanos.

⁹⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 8 de febrero de 2018, Caso Frontón, Durand y Ugarte, medidas provisionales. “De acuerdo a las facultades que le otorga el artículo 63.2 de la Convención Americana, para garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte a obtener un acceso a la justicia sin interferencias en la independencia judicial, la Corte requiere al Estado archivar el procedimiento de acusación constitucional seguido actualmente en el Congreso de la República [...] Esto constituye una condición necesaria para que los familiares de los señores Nolberto Durand y Gabriel Ugarte, víctimas del caso, sean reparados en su derecho a conocer la verdad en el caso a través del cumplimiento efectivo de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, ordenada en la Sentencia. Por tanto, la presente medida se ordena en relación con la situación que actualmente enfrentan las víctimas del caso, en tanto si bien existen avances en la obligación de investigar con el inicio del juicio oral del proceso penal actualmente en trámite, han transcurrido más de treinta y un años desde que ocurrieron los hechos sin que, a la fecha, se hayan determinado las responsabilidades correspondientes, lo cual es una afrenta a su acceso a la justicia” (pár 42).

Bibliografía

- AYALA CORAO, CARLOS, Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad, Colección Estudios Jurídicos, n.º 98, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 113.
- BAZÁN, VÍCTOR, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2011
- BREWER-CARIÁS, ALLAN R. y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 43 ss.
- BREWER-CARIÁS, ALLAN R., JINESTA LOBO, ERNESTO, HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, Estudios sobre el control de convencionalidad, Colección Estudios Jurídicos, n.º 109, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015.
- CARBONELL, MIGUEL, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, pp. 659 ss.
- FERRER MACGREGOR, EDUARDO, “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014.
- FERRER MACGREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en <http://biblio.juridicas.unam>.

mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014

ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *El precedente en el Common Law*, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Madrid, Civitas, 1995

RADBRUCH, GUSTAV, “El espíritu del derecho inglés”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

WHITTAKER, SIMON, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 1, 2008 (el texto original puede verse en WHITTAKER, SIMON, “Precedent in the English Law: A view from the Citadel”, en *European Review of Private Law* n.º 5, 2006, pp. 705-745)

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez vs. Perú, fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34, párr. 82; caso Claude Reyes y otros vs. Chile, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n.º 151, párr. 131, y caso Castañeda Gutman vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 183, párr. 78.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8; párr. 25.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 28.

Corte IDH. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión consultiva OC-16/99, supra nota 130, párr. 118.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-227/2009.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-037 de 1996, C-426 de 2002, C-1195 de 2001.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 24 de septiembre de 2012, exp. 50001-23-31-000-2011-00586-01 (44050).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 7, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva oc-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 27.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo, 170, 341.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Fernández Ortega, 174; Rosendo Cantú, 163; Cabrera García y Montiel Flores contra México, n.º 225. “

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, 2001, párrs. 41-44 y punto resolutivo 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, 2001 (interpretación de la sentencia de fondo), párr. 18.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, párrs. 116-122 y punto resolutivo 3.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso La Cantuta vs. Perú, 2006, párrs. 81-98, 165-189 y punto resolutivo 7.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Anzualdo Castro vs. Perú, 2009, párrs. 161-163.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, 2010, párrs. 70-180 y punto resolutivo 3.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párrs. 195-246 y punto resolutivo 11.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, párrs. 283-296 y punto resolutivo 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Lucero y otras vs. Chile, 2013, párrs. 150-154.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, 2013, párrs. 213-217.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999.

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de julio de 2021
en los talleres gráficos de
Librería Jurídica Internacional, S. R. L.
Santo Domingo, Rep. Dom.

