

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL

Reflexiones en la República Dominicana

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO
ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL

Reflexiones en la República Dominicana

Centro Hostos de Estudios Constitucionales



TEXTOS Y OBRAS JURÍDICAS
NACIONALES E INTERNACIONALES

LIBRERÍA JURÍDICA INTERNACIONAL, S. R. L.

2022

Ángel Potentini • Editor

342.729306

B847e

2022

Brewer-Carías, Allan R.

Estudios de derecho público, administrativo y constitucional : reflexiones en la República Dominicana / Allan Brewer-Carías ; prólogo Eduardo Jorge Prats. -- Primera edición. -- Santo Domingo : Centro Hostos de Estudios Constitucionales : Librería Jurídica Internacional, 2022.

763 páginas.

Incluye índice.

ISBN: 978-9945-18-121-0

1. Derecho público – República Dominicana. 2. Derecho administrativo República Dominicana. 3. Derecho constitucional -- República Dominicana. I. Jorge Prats, Eduardo, prólogo.



Título de la obra:

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO
Administrativo y Constitucional

Reflexiones en la República Dominicana

Autor:

© ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Centro Hostos de Estudios Constitucionales

Diagramación y portada:

JM Pérez

ISBN: 978-9945-18-121-0

Bajo los auspicios y cuidado de:



Av. Rómulo Betancourt No. 1208, Plaza Sahira, Local 16, Bella Vista, D. N.
República Dominicana, Tels.: 809.476.9066 • 412-8616 • Fax: 809.412.8845
Email: Libreriajuridicainternacional@hotmail.com

Hechos los depósitos y registros que manda la Ley No. 65-00
Sobre Derecho de Autor de la República Dominicana.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso del autor.

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	31
TESTIMONIO DE AMISTAD	35
NOTA DEL AUTOR.....	39

Primera parte ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I	SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA Y EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL EN VENEZUELA.....	53
	I. INTRODUCCIÓN	53
	II. OBJETIVOS DEL PROCESO DE REFORMA ADMINISTRATIVA: REFORMA ADMINISTRATIVA PARA EL DESARROLLO.....	55
	III. ESTRATEGIA PARA LA REFORMA ADMINISTRATIVA.....	58
	1. La reforma administrativa y la planificación.....	58
	2. La reforma administrativa planificada.....	59
	3. La reforma de la Administración Pública por toda la Administración Pública	59
	IV. ÁMBITO DEL PROCESO DE REFORMA ADMINISTRATIVA.....	61
	1. El enfoque macro-administrativo.....	61
	2. El enfoque micro-administrativo.	68
	V. CONCLUSIÓN	70

II	LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.....	71
I.	EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	72
II.	EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS ...	74
III.	EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL O TERRITORIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES	77
	1. El principio de la distribución territorial de los poderes públicos	77
	2. Las diversas personas jurídicas de derecho público territoriales y el sentido de la expresión “Estado” en la Constitución	79
	3. Las personas jurídicas de derecho público no territoriales	81
	4. Las personas jurídicas estatales de derecho privado	83
IV.	EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA (HORIZONTAL) DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LOS DIVERSOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES QUE CONFIGURAN LOS PODERES PÚBLICOS DEL ESTADO	84
	1. El principio de la separación de poderes	84
	2. El Poder legislativo	84
	3. El Poder Ejecutivo	84
	3. El Poder Judicial.....	85
	4. Los otros órganos constitucionales que constituyen poderes públicos	86
	A. Los órganos constitucionales dentro del sistema de justicia	86
	B. Los demás órganos constitucionales con autonomía	86
	5. El principio de la separación de poderes en la administración local ...	87
V.	EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONJUNTO DE ÓRGANOS DEL ESTADO	88
VI.	LOS PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTIVIDAD DEL ESTADO	89
	1. Principios de la actuación administrativa	90

2.	Los principios sobre los contratos del Estado	95
3.	Los principios sobre los servicios públicos	96
VII.	EL PRINCIPIO DEL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO, EN PARTICULAR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	98
VIII.	EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTER FUNCIONAL DE LOS ACTOS ESTATALES, EN PARTICULAR, DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	104
IX.	EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONTRARIEDAD AL DERECHO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	108
1.	El control de la constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional).....	109
2.	El control de la contrariedad al derecho de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa)	111
X.	EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	114
III	SOBRE LA FIRMEZA Y REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO	117
I.	LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA	117
II.	LOS PODERES DE AUTO TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON RESPECTO A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, SUS LÍMITES Y LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ...	120
III.	LOS PRINCIPIOS QUE CONDICIONAN LOS PODERES DE REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LA REVOCACIÓN POR RAZONES DE MÉRITO Y LA JUSTA COMPENSACIÓN	124
IV.	LOS PRINCIPIOS ACERCA DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE ILEGALIDAD, Y LOS VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA.....	128

V.	EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	133
IV	PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY N° 107-13 DE LA REPÚBLICA DOMINICANA SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE 6 DE AGOSTO DE 2013.....	139
I.	LA LEY DOMINICANA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LÍNEA GARANTISTA DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA	139
II.	EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO DE PETICIÓN ADMINISTRATIVA.....	144
III.	EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO AL DEBIDO TRÁMITE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	145
IV.	EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO A LA DEFENSA: EL DERECHO A SER OÍDO Y EL DERECHO A FORMULAR ALEGACIONES Y RECURSOS	148
V.	EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO A LA DEBIDA RESOLUCIÓN DE LAS PETICIONES.....	149
V	SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA	153
I.	EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS ...	155
II.	EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL O TERRITORIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES TERRITORIALES.....	157
III.	EL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL ADMINISTRATIVA Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES NO TERRITORIALES	159
IV.	EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA (HORIZONTAL) DE LOS PODERES PÚBLICOS Y EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	160
V.	LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO, EN PARTICULAR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	163

VI.	EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	168
VI	LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA LA POSIBILIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	171
VII	SOBRE LA “ <i>PUBLICATIO</i> ” EN EL DERECHO PÚBLICO Y LAS NOCIONES DE “RESERVA AL ESTADO,” “UTILIDAD PÚBLICA,” “INTERÉS SOCIAL,” “SERVICIO PÚBLICO,” “DOMINIO PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”	183
I.	SOBRE LA “ <i>PUBLICATIO</i> ” EN EL DERECHO PÚBLICO	183
II.	EL SIGNIFICADO DE LA DECLARATORIA LEGAL DE DETERMINADAS ACTIVIDADES COMO DE “UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL”	185
III.	SOBRE LA NOCIÓN DE “SERVICIO PÚBLICO” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO	188
IV.	SOBRE LA “ <i>PUBLICATIO</i> ” EN MATERIA DE BIENES Y LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO	195
V.	SOBRE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS	196
VIII	EL TRÁNSITO DE UN PROFESOR DE DERECHO PÚBLICO POR LAS ENTRAÑAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL ESTADO	201
IX	MODELOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO Y EL SISTEMA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.....	227
I.	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA....	227
II.	LOS PRINCIPIOS DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2010	229

III. EL RETO DE ORGANIZAR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA	234
IV. ALGO SOBRE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	237
1. Primer “modelo”: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios	237
2. Segundo “modelo”: La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo	240
3. Tercer “modelo”: La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo	242
4. Cuarto “modelo”: La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario.....	244
REFLEXIÓN FINAL.....	247

Segunda parte

ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

X	LA ADMISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO, EN AUSENCIA DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL O LEGAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA	251
XI	LA OPCIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y AUTORITARISMO EL PERFECCIONAMIENTO DE LA DEMOCRACIA PARA HACERLA MÁS REPRESENTATIVA Y MÁS PARTICIPATIVA.....	259
	I. PROBLEMAS DE LAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS	260
	II. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA PARA HACER LA DEMOCRACIA MÁS REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA	262
	III. EL FEDERALISMO, EL REGIONALISMO POLÍTICO Y LA MUNICIPALIZACIÓN	265

IV.	LA REAFIRMACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LOS VALORES DE LA DEMOCRACIA.....	267
XII	LOS RETOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	273
I.	LA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA PARA ASEGURARLA EN EL MARCO DE COMUNIDADES SUPRANA-CIONALES.....	275
II.	LA REFORMULACIÓN DE LA FORMA DE EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA PARA HACERLA MÁS REPRESENTATIVA.....	277
III.	LA REFORMULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER Y DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA PARA PERFECCIONAR LA DEMOCRACIA.....	280
IV	LA REAFIRMACIÓN DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODE-RES PARA ENFRENTAR EL AUTORITARISMO	282
V.	LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO PARA FRENAR SUS TENDENCIAS AUTORITARIAS	285
VI.	LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA LO-GRAR SU INDEPENDENCIA Y su AUTONOMÍA EFECTIVAS.....	286
VII.	EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE SU PROTECCIÓN JUDICIAL	290
VIII.	EL REDIMENSIONAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL PARA ABRIRLO A LA PARTICIPACIÓN.....	292
IX.	LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	294
X.	LA REFORMULACIÓN DE LOS MÉTODOS DE REVISIÓN O REFORMA CONSTITUCIONAL	297
XIII	LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD DEMO-CRÁTICA	301
XIV	SUGERENCIAS PARA EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIO-NAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.....	305

XV	EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO INSTRUMENTO PARA ANIQUILAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PARA CONFISCAR LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CASO RCTV, 2007	311
	I. ANTECEDENTES	312
	II. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS	315
	III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENUNCIÓ A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL	317
	IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES	322
	1. El tema del servicio público y las telecomunicaciones	323
	2. El tema de la reversión en las concesiones	324
	3. De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resolvió el fondo del asunto planteado	325
	V. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, <i>SINE DIE</i>, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO	326
	1. La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzar a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional.	326
	2. La confiscación de los bienes de RCTV por la confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”	329

3.	La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado	332
VI.	REFLEXIÓN FINAL	336
XVI	HACIA LA CREACIÓN DE UN ESTADO SOCIALISTA, CENTRALIZADO Y MILITARISTA EN VENEZUELA. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA PRESIDENCIAL DE REFORMA CONSTITUCIONAL	341
	INTRODUCCIÓN	342
	Sección primera:	
	LOS CAMBIOS EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DESCENTRALIZADO AL ESTADO SOCIALISTA CENTRALIZADO.....	348
I.	LA DOCTRINA BOLIVARIANA COMO SUPUESTA DOCTRINA DEL ESTADO SOCIALISTA.....	349
II.	LA SUSTITUCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA POR EL ESTADO SOCIALISTA.....	350
III.	LA ELIMINACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO.....	352
IV.	LA FRAGMENTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO.....	354
V.	EL ABANDONO DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA Y DE LA UNIDAD DEL TESORO	355
	Sección segunda:	
	LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO: DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA SUPUESTA PARTICIPACIÓN POPULAR CONDUCTIDA POR EL PODER CENTRAL.....	356
I.	LA ELIMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A NIVEL LOCAL Y SU SUSTITUCIÓN POR UNA SUPUESTA “PARTICIPACIÓN PROTAGÓNICA”	356

II.	LA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA CON LA PROPUESTA DE REELECCIÓN INDEFINIDA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	359
III.	EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE ASOCIACIÓN POLÍTICA Y EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES ELECTORALES.....	360

Sección tercera: LOS CAMBIOS EN LA FORMA DEL ESTADO: DE LA FEDERACIÓN CENTRALIZADA A LA CENTRALIZACIÓN TOTAL DEL ESTADO 361

I.	EL DESMORONAMIENTO DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO ...	361
1.	El vaciamiento del contenido territorial de la Federación.....	361
2.	La nueva división territorial de la República sujeta al Poder Central y con autoridades no electas	362
3.	La nueva concepción de la Ciudad Capital sin autonomía política ni gobierno democrático local	365
4.	El sistema nacional de ciudades y el derecho a la ciudad	366
II.	EL ABANDONO DEL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO EN NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL CON LA INCORPORACIÓN DEL PODER POPULAR	367
III.	EL “NACIONALIZACIÓN” DE COMPETENCIAS QUE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 ATRIBUYE A LOS ESTADOS	368
IV.	LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS DE DESPRENDERSE (DESCENTRALIZAR) SUS COMPETENCIAS Y TRANSFERIRLAS EN LOS ÓRGANOS DEL PODER POPULAR	372
V.	LA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA MUNICIPAL.....	373
VI.	LA SUSTITUCIÓN DEL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO POR UN CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNO.....	374

**Sección cuarta:
LOS CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN DEL PODER NACIONAL: LA ACENTUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO 374**

I.	LA EXTENSIÓN DEL PERÍODO PRESIDENCIAL	375
----	---	-----

II.	LOS NUEVOS ÓRGANOS EJECUTIVOS: LOS VICE PRESIDENTES	375
III.	LA EXTENSIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	375
IV.	LA TRANSFORMACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	377
Sección quinta:		
	LOS CAMBIOS EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: DE UN ESTADO SOCIAL Y PROMOTOR DE ECONOMÍA MIXTA, A UN ESTADO SOCIALISTA, DE ECONOMÍA ESTATAL CENTRALIZADA Y CONFISCATORIA	378
I.	LA ELIMINACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL AL LIBRE EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS.....	379
II.	LA ELIMINACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD PRIVADA...	381
III.	LA ELIMINACIÓN DEL LATIFUNDIO	383
IV.	EL RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.....	385
V.	EL RÉGIMEN FISCAL Y ECONÓMICO DEL ESTADO	386
	1. La eliminación de la autonomía del Banco Central de Venezuela y la asunción de la política monetaria por el Ejecutivo	387
	2. La política macroeconómica a la merced del Ejecutivo Nacional...	388
Sección sexta:		
	LOS CAMBIOS EN LOS DERECHOS LABORALES: UNA “REFORMA” CONSTITUCIONAL INÚTIL.....	389
Sección séptima:		
	LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DE LA FUERZA ARMADA: DE UN ESTADO DE CONDUCCIÓN CIVIL A UN ESTADO MILITARISTA	391
XVII	SOBRE EL DERECHO CIUDADANO A LA CONSTITUCIÓN.....	395

XVIII	EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES (MARZO 2011)	403
I.	ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL	405
II.	MARCO REGULATORIO GENERAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA DE 2010	408
	1. Base normativa de la justicia constitucional en la Constitución de 2010 y el sistema mixto o integral de justicia constitucional.....	408
	2. El control difuso de la constitucionalidad en la Constitución de 2010	410
	3. El control concentrado de la constitucionalidad en la Constitución de 2010	411
	A. Acción de inconstitucionalidad	411
	B. El control de constitucionalidad a priori de los tratados internacionales	411
	C. El control concentrado de los conflictos constitucionales	412
	D. El control de las omisiones legislativas absolutas	412
	E. El control de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos	413
	4. El control de constitucionalidad y la garantía de los derechos fundamentales en la Constitución de 2010	413
	5. Principios generales en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (01/03/2011).....	413
	A. Los diversos procesos constitucionales en la Ley Orgánica.....	414
	B. El principio de la progresividad en materia de derechos fundamentales	414
	C. Los principios rectores de carácter adjetivo del conjunto de procesos constitucionales	415
III.	EL RÉGIMEN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ESTATALES	415

IV. EL RÉGIMEN DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ESTATALES Y DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS	417
1. La acción de inconstitucionalidad.....	417
A. La competencia del Tribunal Constitucional	417
<i>a. La precisión del objeto de la acción de inconstitucionalidad ..</i>	<i>417</i>
<i>b. El necesario deslinde entre el objeto de la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción contencioso administrativa...</i>	<i>419</i>
B. La legitimación activa para intentar la acción de inconstitucionalidad	421
<i>a. Legitimación activa del Presidente de la República y de representantes de las Cámaras Legislativas.....</i>	<i>421</i>
<i>b. Legitimación respecto de los ciudadanos: la exigencia de un interés legítimo y protegido</i>	<i>422</i>
C. Los principios del procedimiento en el proceso constitucional de anulación	422
<i>a. Escrito de la demanda</i>	<i>422</i>
<i>b. Admisión de la acción</i>	<i>423</i>
<i>c. Audiencia oral.....</i>	<i>423</i>
<i>d. Informes técnicos</i>	<i>423</i>
<i>e. Lاپso de decisión.....</i>	<i>423</i>
D. Las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de control concentrado de constitucionalidad.....	424
<i>a. Sentencias desestimatorias o de denegación.....</i>	<i>424</i>
<i>b. Sentencias estimatorias y de anulación.....</i>	<i>424</i>
<i>c. Sentencias interpretativas en armonía con la Constitución y de desestimación de la anulación</i>	<i>424</i>
<i>d. Sentencias aditivas en los casos de estimación de la omisión legislativa relativa inconstitucional.....</i>	<i>425</i>
E. El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional	425
F. Algunas previsiones adjetivas en torno a las sentencias.	425
<i>a. Notificación.</i>	<i>425</i>
<i>b. Publicación</i>	<i>426</i>

<i>c. Ejecución</i>	426
2. El control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales	426
A. Carácter automático del control.....	426
B. Ámbito y competencia del Tribunal	426
C. Efectos de las sentencias.....	427
D. Publicación de las sentencias.....	427
3. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativa absolutas.....	427
4. El control de la constitucionalidad de los conflictos de competencia de orden constitucional	427
A. Naturaleza constitucional del conflicto	428
B. Legitimación.....	428
C. Audiencia	428
D. Sentencia	428
V. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	428
1. Previsión legal.....	429
2. Supuestos de decisiones judiciales sujetas a revisión constitucional....	429
A. Sentencias dictadas en materia de control difuso de la constitucionalidad	429
B. Sentencias que violen un precedente del Tribunal Constitucional.....	430
C. Sentencias que violen derechos fundamentales	430
D. Sentencias de amparo constitucional.....	430
2. Legitimación activa	431
3. Normas generales de procedimiento	431
A. Lapso para recurrir y escrito del recurso.	431
B. Notificación a las partes y escrito de defensa	431
C. Remisión del expediente al Tribunal Constitucional y la decisión sobre la admisibilidad	431

	D. La sentencia de revisión y su efecto	432
	E. La nueva decisión judicial	432
VI.	EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	432
	1. Escrito de interposición del recurso	432
	2. Notificación y escrito de defensa.....	433
	3. Remisión al Tribunal Constitucional y requisitos de admisibilidad vinculados a la trascendencia constitucional de la cuestión...	433
	4. Audiencia y sentencia	433
XIX	LOS ACTOS ESTATALES SUJETOS AL CONTROL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA, Y EL NECESARIO DESLINDE ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ...	435
I.	SOBRE EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA	435
	1. El control de la constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional)	436
	2. El control de la contrariedad al derecho de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa)	438
	3. La distinción entre el control que ejerce la Jurisdicción Constitucional y el control que ejerce la Jurisdicción contencioso administrativa.....	440
II.	PRIMERA APROXIMACIÓN DEL PROYECTO DE REGULACIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (MARZO 2010)	442
	1. Apreciación general	442
	2. El universo del control judicial de la constitucionalidad	443
	3. Algo sobre la distinción entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción contencioso administrativa	447
III.	SEGUNDA APROXIMACIÓN AL PROYECTO DE REGULACIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (JUNIO 2010)	450

IV.	TERCERA APROXIMACIÓN AL PROYECTO DE REGULACIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	451
V.	COMENTARIOS SOBRE EL DESLINDE ENTRE EL LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AL SANCIONARSE LA LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES (2011)	452
	1. La acción de inconstitucionalidad.....	452
	2. Precisión sobre el objeto de la acción de inconstitucionalidad.....	452
	3. De nuevo sobre el necesario deslinde entre el objeto de la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción contencioso administrativa.....	454
VI.	CONCLUSIÓN: ENSAYO DE PRECISIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	457
	1. Las leyes	458
	2. Las ordenanzas	458
	3. Los reglamentos.....	458
	4. Los decretos.....	459
	5. Las resoluciones.....	459
XX	EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU CONCEPTUALIZACIÓN Y SU NECESARIO DESLINDE RESPECTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	461
	INTRODUCCIÓN	461
I.	LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS DOS VERTIENTES	463
II.	LA TRADICIÓN DEL CONTROL DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO	465
III.	EL DESARROLLO CONCEPTUAL RECIENTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDEN INTERNO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	472

IV.	ALGO SOBRE LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	474
V.	CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	476
XXI	LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES	483
I.	LA PROTECCIÓN Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA	485
1.	Las amplias declaraciones de derechos fundamentales en América Latina y sus garantías judiciales: el ejemplo del régimen constitucional de la República Dominicana.....	485
2.	La garantía del amparo constitucional como instrumento para la justiciabilidad de los derechos fundamentales en América Latinas	487
A.	El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales.....	488
B.	El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales	491
II.	LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN SISTEMAS CON DECLARACIONES CONSTITUCIONALES ESCUETAS O INSUFICIENTES: LAS CLÁUSULAS ABIERTAS Y LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES	493
1.	La importancia de las cláusulas abiertas en las declaraciones de derechos para la protección de los derechos sociales: el caso de los Estados Unidos de América	493
2.	La protección constitucional de los derechos sociales mediante la interpretación constitucional y los casos de mutaciones constitucionales	497
III.	LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, LA SUPERACIÓN DEL BINOMIO: INCONSTITUCIONALIDAD/ANULACIÓN, Y LAS SENTENCIAS ADITIVAS	500
IV.	LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL EJERCICIO DEL CONTROL DE	

	CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, EMITIENDO INSTRUCCIONES Y DIRECTRICES AL LEGISLADOR...509
1.	El control de la constitucionalidad por omisión y las instrucciones o directrices no vinculantes dirigidas del juez constitucional al Legislador.....510
2.	El control de la constitucionalidad por omisión y las instrucciones o directrices vinculantes del juez constitucional al Legislador..... 514
3.	La protección constitucional de los derechos sociales mediante la acción de amparo contra las omisiones legislativas.....518
V.	LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, ACOMPAÑÁNDOSE, SU ANULACIÓN, CON EL ESTABLECIMIENTO DE UNA LEGISLACIÓN PROVISIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 524
VI.	ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA, CON PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO A LA SALUD.....528
1.	Algunos enfoques en la protección constitucional de los derechos sociales en América Latina: el caso de Colombia, Venezuela y República Dominicana528
2.	Algunos casos jurisprudenciales clásicos en materia de protección del derecho constitucional a la salud en América Latina 534
A.	Los enunciados constitucionales en torno al derecho a la salud.....534
B.	La protección del derecho a la salud como derecho colectivo ..538
C.	La protección del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida y las obligaciones de la seguridad social538
D.	La protección limitada del derecho a la salud y los recursos financieros del Estado541
E.	La protección reforzada del derecho a la salud y la definición de políticas públicas por parte del juez constitucional542
XXII	EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU DESPRECIO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES: LOS CASOS DEL PERÚ, VENEZUELA Y DE REPÚBLICA DOMINICANA..... 545

I.	EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Y LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES DE DESACATO POR LOS ESTADOS: EL CASO DEL PERÚ EN 1999	545
II.	EL DESCONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL VENEZOLANO Y LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA	548
1.	Antecedentes de la violación por Venezuela de sus obligaciones convencionales	548
2.	El inicio de la violación de las obligaciones convencionales por el Estado venezolano y del “control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana”: el caso de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en 2008.....	550
3.	Una nueva “acción innominada de control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana para declararlas inejecutables: el caso Leopoldo López en 2011	556
4.	La extraña tesis de la Sala Constitucional de la subordinación del derecho internacional al orden interno y el rechazo al valor del derecho internacional de los derechos humanos	562
III.	EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO PARA EL DESCONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y PARA DESLIGAR AL ESTADO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: EL CASO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA	569
IV.	ALGUNAS SECUELAS DEL DESPRECIO POR VENEZUELA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA INDEBIDA PRESIÓN EJERCIDA ANTE LA MISMA AL DENUNCIAR LA CONVENCIÓN	581
XXIII	LA TRAICIÓN A LA CONSTITUCIÓN: EL DESMONTAJE DEL ESTADO DE DERECHO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA	587
I.	LA TRAICIÓN CONSTITUCIONAL EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN POLÍTICO DEMOCRÁTICO, ALTERNATIVO Y PARTICIPATIVO: UNA GRAN MENTIRA	590

II.	LA TRAICIÓN CONSTITUCIONAL EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DE JUSTICIA: LA DESTRUCCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES	595
III.	LA TRAICIÓN RESPECTO DEL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO, Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO TOTALITARIO CENTRALIZADO USANDO LA MASCARA DE LA “PARTICIPACIÓN”	600
IV.	APRECIACIÓN FINAL: EL DESMONTAJE DE LA ASAMBLEA NACIONAL POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL	608
XXIV	NOTAS SOBRE LOS DERECHOS Y PERSONAS PROTEGIDAS EL PROCESO DE AMPARO EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.....	611
I.	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AMPARO EN EL ORDEN JURÍDICO LATINOAMERICANO	611
II.	LA PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS GARANTIZADOS EN LAS CONSTITUCIONES	621
1.	El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales	622
2.	El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales.....	625
A.	La acción de protección chilena para determinados derechos	626
B.	La acción de “tutela” colombiana para la protección de derechos fundamentales	626
3.	La cuestión de la protección de los derechos en situaciones de emergencia	628
4.	El tema de la protección constitucional de los derechos sociales....	630
III.	LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO DERECHO DE TODAS LAS PERSONAS AGRAVIADAS	632
1.	La persona agraviada y la cuestión de la legitimación activa	633
A.	Las personas naturales: Legitimación activa ad causam y ad processum.....	634
B.	Personas Jurídicas: Legitimación activa ad causam y ad processum.....	636

	C. Legitimación activa y la protección de derechos constitucionales colectivos y difusos.....	639
	2. Funcionarios públicos con legitimación activa en el proceso de amparo.....	642
	3. La cuestión de la legitimación activa de otros funcionarios públicos en el recurso de amparo.....	644
XXV	LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA POTESTAD DEL LEGISLADOR DE REGULAR SOBRE SU DEMOCRACIA INTERNA	647
XXVI	EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA.....	657
	I. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS.....	657
	II. LOS ACTOS ESTATALES SEGÚN EN GRADO DE EJECUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	658
	III. LA INVARIABILIDAD DEL RANGO DE LOS ACTOS ESTATALES Y LA INEXISTENCIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN ...	660
	IV. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN LA CONSTITUCIÓN PARA IDENTIFICAR LOS ACTOS ESTATALES	661
	V. LOS ACTOS ESTATALES SUJETOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	662
	1. Las “leyes”	663
	2. Las “resoluciones” dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución.....	663
	3. Los “reglamentos”	666
	4. Los “decretos” dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución	668
	5. Las “ordenanzas”	669

VI.	LA EXCLUSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DE LOS ACTOS JUDICIALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Y SUS EXCEPCIONES	669
XXVII	LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AL PODER DEL EJECUTIVO PARA LA DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES EXIGIENDO APROBACIÓN PARLAMENTARIA. DOS CASOS RECIENTES: REINO UNIDO (CASO: <i>BREXIT</i>) Y SURÁFRICA (CASO: <i>CORTE PENAL INTERNACIONAL</i>)	673
I	EL CASO “BREXIT” ANTE LOS JUECES CONSTITUCIONALES DEL REINO UNIDO EXIGIENDO LA APROBACIÓN PARLAMENTARIA PREVIA PARA DAR INICIO DEL RETIRO DEL REINO UNIDO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA	675
1.	Algunos principios del constitucionalismo británico	675
2.	El caso “Brexit”	677
3.	La cuestión constitucional planteada	678
4.	Los principios constitucionales del Reino Unido que fueron considerados en las sentencias	680
5.	Una lección sobre el derecho constitucional del Reino Unido	681
A.	Sobre el principio de la soberanía del Parlamento del Reino Unido	681
B.	Sobre el tema de los límites de los poderes de prerrogativa de la Corona	682
6.	La interpretación constitucional y el control de constitucionalidad	683
7.	La confirmación de la decisión de la Alta Corte de Justicia por la Corte Suprema del Reino Unido	687
8.	La desestimación de los alegatos sobre devolution en relación con la cuestión de la injerencia de Irlanda del Norte, Escocia y Gales en la decisión sobre el “Brexit”	689

II. EL CASO DE LA DENUNCIA DEL TRATADO DE ROMA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR SURÁFRICA Y SU DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD AL HABER SIDO ADOPTADA SIN LA APROBACIÓN PREVIA DEL PARLAMENTO	691
1. Antecedentes de la denuncia del Tratado: la negativa del Gobierno de Suráfrica de detener al Presidente de Sudan perseguido por la Corte Penal Internacional	692
2. Bases constitucionales del régimen de formación de los Tratados en Suráfrica	694
3. El debate sobre las bases constitucionales del régimen de la denuncia de los tratados	695
4. La conclusión de la Alta Corte sobre la necesaria aprobación parlamentaria previa a la denuncia de tratados-.....	699
XXVIII ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y EL ALCANCE DE LA POTESTAD REGULADORA DEL LEGISLADOR EN APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE DEMOCRACIA INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS	703
I. ALGO SOBRE EL TEMA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.....	704
1. El régimen jurídico general de las personas jurídicas no estatales...704	
A. Las personas jurídicas no estatales de derecho privado.....	704
B. Las personas jurídicas no estatales de derecho público.....	706
2. El régimen jurídico general de las personas jurídicas estatales.....	707
A. Las personas jurídicas estatales de derecho público.....	708
B. Las personas jurídicas estatales de derecho privado.....	709
II. LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO NO ESTATALES SOMETIDAS POR SU MISIÓN A LAS REGULACIONES QUE DETERMINE EL LEGISLADOR PARA ASEGURAR SU DEMOCRACIA INTERNA	710
1. El régimen jurídico en Venezuela	713
2. El régimen en República Dominicana	718

III.	ALGUNAS REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE LAS REGULACIONES DEL ÁMBITO INTERNO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, EN PARTICULAR AL DEL CARÁCTER DEMOCRÁTICO DE SU FUNCIONAMIENTO INTERNO	721
XXIX	HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y PATOLOGÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	729
	INTRODUCCIÓN SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN REPÚBLICA DOMINICANA.....	729
	1. El control directo de la constitucionalidad: La acción de inconstitucionalidad.....	734
	2. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativa absolutas.....	736
XXX	SOBRE EL IMPACTO EN LA DEMOCRACIA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE LA REGIÓN DE LA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR DESTITUYENDO A LOS MIEMBROS DE LA SALA CONSTITUCIONAL.....	739
XXXI	LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DEL PUEBLO DOMINICANO EN 1821 Y LA IDEA DE “COLOMBIA”	745
XXXII	LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE LA PARTE ESPAÑOLA DE LA ISLA DE HAITÍ EN 1821 Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA CREADA ENTRE 1819 Y 1821	751

PRÓLOGO

Por Eduardo Jorge Prats

Es un verdadero privilegio poder prologar este magnífico compendio de las conferencias y trabajos del profesor Allan Brewer-Carías sobre trascendentales aspectos del derecho público dominicano y del derecho venezolano e iberoamericano, escritos para publicaciones y eventos realizados en la República Dominicana, y con cuya publicación inaugura el recién formado *Centro Hostos de Estudios Constitucionales* su colección editorial.

Brewer-Carías no necesita presentación en el mundo jurídico iberoamericano. Sin embargo, no está de más recordar que se trata del jurista vivo más prominente del derecho público en América Latina, como lo atestiguan los cientos de manuales, libros monográficos y artículos especializados sobre derecho constitucional y administrativo que ha escrito desde su inicio en la vida académica en 1960 y como atestiguan los 6 voluminosos tomos del *Tratado de Derecho Administrativo* y los 16 no menos gruesos tomos de su *Tratado de Derecho Constitucional*, que apenas reúnen parte de su vasta obra.

La importancia del autor de este libro no viene dada, sin embargo, solo por su constante, actualizada, útil y prolífica producción bibliográfica, que no ha detenido sino que, muy por el contrario, ha acentuado el exilio al que a cruel e injustamente ha sido sometido el régimen autoritario que impera en la hermana República de Venezuela y que, pese a los avatares sufridos por el eminente profesor, puede decirse que ha producido un verdadero segundo “milagro Brewer”, para utilizar la frase original de Eduardo García de Enterría, retomada luego por Jesús María Alvarado Andrade para designar el ambiente cultural e intelectual en donde se forja el gran jurista.

La verdadera dimensión de Brewer-Carías como jurista debe aquilatarse también cuando notamos lo profundamente innovador de su pensamiento, como puede constatarse, con solo observar, por ejemplo y tal como ha indicado José Ignacio Hernández al respecto, su concepto ecléctico de derecho administrativo, que rechaza adoptar un criterio único de derecho administrativo y nos economiza en nuestra América la lectura de miles de páginas sobre la discusión bizantina en torno a un evanescente “concepto de derecho administrativo”, inclinándose por definirlo como el derecho de la Administración Pública y sus actos, el de otros órganos del Estado que ejercen función administrativa, el

de los particulares cuando ejerzan actividad administrativa y el que rige las relaciones de las personas con los órganos estatales.

Y lo que no es menos importante: Brewer-Carías es un gigante del derecho público americano por la gran influencia de su doctrina en el devenir legislativo y jurisprudencial en nuestro continente. En el caso dominicano, como ya he advertido en ocasión de presentar el *Liber Amicorum* que le dedicara hace algunos años el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, intitulado *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho*, el profundo y enorme impacto de su pensamiento en el derecho público dominicano se evidencia, por solo citar tres áreas, en:

(i) la conceptualización por parte del Tribunal Constitucional de lo que es el objeto de la acción directa en 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 a su jurisdicción, tal como aparece consignado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, ley que, por demás, recibe la influencia del venezolano 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 principiológica de su Título Primero, la cual es tributaria de esa magnífica y seminal monografía de Derecho Administrativo comparado del maestro venezolano, intitulada *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*.

Esto explica, en gran medida, por qué es el más citado iuspublicista en la jurisprudencia constitucional y administrativa dominicana. Por eso, afirmo que Brewer-Carías es un jurista del Derecho dominicano, lo que justifica y hace indispensable la presente obra.

Como demuestran parte de los trabajos aquí compilados, en particular los atinentes a las bases constitucionales del derecho administrativo, nuestro autor ha sido un temprano cultor de los estudios sobre la constitucionalización del derecho administrativo y por esa razón en gran medida es un precursor de lo que hoy se conoce como el derecho administrativo constitucional, aunque, en verdad, hay que decirlo, Brewer-Carías enfatiza la importancia de los principios fundamentales del derecho público, que condicionan tanto al derecho constitucional como al administrativo y que muchas veces hacen muy difícil deslindar el campo del derecho constitucional y el del administrativo, debiendo hablarse, en sentido general, de un nuevo derecho público, que abarca los principios comunes a ambas disciplinas, todos de rango constitucional, y que, aunque eficaces plenamente con su mera consagración constitucional, deben también ser desarrollados y concretados a nivel legal.

Brewer-Carías, aparte de su enorme conocimiento del derecho público comparado, que es lo que en gran medida hace tan rica y provechosa su doctrina para los juristas americanos, es también un gran conocedor de la historia política y constitucional de nuestra América. En este libro, por ejemplo, encontrará el lector los dos trabajos que

dedicara a los documentos de nuestra llamada Independencia Efímera de 1821, con motivo de sus 200 años, celebrados el pasado año, en uno de los cuales concluye que el Acta Constitutiva del Gobierno Provisional del Estado Independiente de la parte Española de Haití del 1 de diciembre de 1821, “a pesar de ser un Acta de un gobierno provisional, la misma tiene todo el contenido de una Constitución de un nuevo Estado, con el régimen referido a su población, a su territorio y a su autoridad o gobierno”, dato casi siempre soslayado por nuestros historiadores y constitucionalistas y que es de gran trascendencia para entender a cabalidad el devenir constitucional dominicano y la definitiva independencia dominicana en 1844.

Que el *Centro Hostos de Estudios Constitucionales*, con el valioso apoyo de la Librería Jurídica Internacional y su presidente, Don Ángel Potentini, escogiese este libro de Brewer-Carías para iniciar su colección editorial se debe, sin embargo, no solo al valor doctrinario y práctico de las ideas del autor, un profundo conocedor del derecho público dominicano. Aparte de este innegable y manifiesto valor, la escogencia del libro se debe a que, como bien ha señalado García de Enterría, el derecho público que enseña Brewer-Carías es

“inequívoca, absolutamente democrático, el Derecho Público del Estado de Derecho y de la libertad. Esa ciencia no ha hecho de él un simple abogado pronto a defender cualquier causa, sino únicamente las causas de la libertad y del pueblo soberano. Brewer es un paladín del Estado de Derecho no sólo en los libros, pues, sino en su vida de hombre público, en todas y cada una de sus obras, en todos los momentos de su vida de profesor y de hombre público”.

En este sentido, Allan Brewer-Carías es el modelo de jurista, abogado, académico y hombre público, estudioso, íntegro y comprometido, cuyo ejemplo y cuya obra puede y debe servir de inspiración a ese gran discipulado suyo en la República Dominicana, decidido a luchar por el Estado de derecho y la democracia desde el derecho, para construir así puentes entre el deber ser constitucional y la realidad político-social, para volver la normatividad efectiva normalidad y hacer realidad viviente en el corazón y la cotidianidad de todos los dominicanos el Estado Social y Democrático de Derecho que quiere y manda nuestra Constitución y por el que se sacrificaron nuestros Padres de la Patria, nuestros héroes y heroínas republicanos.

Santo Domingo, febrero de 2022

TESTIMONIO DE AMISTAD

Por Olivo Rodríguez Huerta

El Centro Hostos de Estudios Constitucionales de la República Dominicana ha tomado la acertada decisión de iniciar su colección editorial, con la publicación de la obra ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO de la autoría del más destacado iuspublicista iberoamericano el profesor venezolano Allan R. Brewer-Carías.

La obra tiene la singularidad de que recoge, mayoritariamente, los trabajos que Brewer-Carías ha escrito expresamente para eventos y libros homenajes que han sido realizado y auspiciado en nuestro país sobre temas de Derecho administrativo y Derecho constitucional. Asimismo, en el mismo figuran trabajos académicos que, aunque publicados en libros y revistas extranjeras, contienen análisis sobre aspectos de nuestro ordenamiento jurídico público.

Para que se pueda apreciar el compromiso y afecto de Allan R. Brewer-Carías con el fortalecimiento institucional de la República Dominicana a través del derecho público, el primero de los escritos que figuran en esta obra data de hace un poco más de cincuenta (50) años, época en la cual, en el marco del “*Seminario Dominicano-venezolano sobre Reforma Administrativa*”, organizado por la Oficina Nacional de Administración y Personal (ONAP) a finales de 1971, el iuspublicista venezolano dictó una conferencia titulada: “Sobre la Reforma Administrativa y el Desarrollo Económico y Social en Venezuela”.

De ese evento surgió una amistad entrañable de Brewer-Carías con el más entusiasta impulsor de nuestro derecho público durante el último cuarto del siglo pasado, el doctor Raimundo Amaro Guzmán, entonces director de la ONAP. A partir de entonces, ambos juspublicistas trabajaron de la mano para apoyar la creación y el funcionamiento del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en 1972, un organismo especializado regional que contó con el apoyo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya finalidad ha sido la de impulsar la modernización de las administraciones públicas como factor esencial para el desarrollo económico y social.

Fruto de esa amistad entre Brewer-Carías y Amaro Guzmán, los dominicanos tuvimos acceso a libros de la Editorial Jurídica Venezolana (EJV) que auspició en su país el maestro venezolano, fundamentalmente relacionados con temas de derecho público.

Esos libros eran comercializados en la librería universitaria de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), regentada por la familia de Amaro Guzmán. Entre esas obras figuraba la prestigiosa *Revista de Derecho Público*, cuyo primer número data del mes de marzo del año 1980, y que, al mes de diciembre de 2021, ya ha alcanzado el número 168.

Menciono con especial afecto la *Revista de Derecho Público*, porque, parte esencial de mi interés por el estudio del Derecho administrativo, se origina precisamente de la mano de esa Revista. En efecto, en la última década del siglo pasado, me inicié como docente universitario en Derecho civil en la UNPHU, y, era costumbre al salir de las clases, pasar por la librería, donde entre otras obras de la Editorial Jurídica Venezolana adquirí la casi totalidad de los números disponibles en ese entonces de la *Revista de Derecho Público*. El interés fue tal, que con el tiempo seguí adquiriendo los nuevos números de la Revista, en ocasiones, de manera directa en Venezuela, donde estuve en tres ocasiones entre 1997 y 2006, y el resto de las veces hasta la actualidad, a través de la facilidad que proporciona internet.

De manera que, desde hace aproximadamente tres décadas, el nombre de Allan R. Brewer Carías ha estado presente en mi memoria como un referente indispensable para el aprendizaje del Derecho administrativo. Pero fue a mediados de junio del año 2005, que por primera vez tuve el privilegio de conocer personalmente al maestro venezolano, en ocasión de una visita a Santo Domingo para participar en el “*Seminario Internacional sobre reforma Constitucional. Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Hispanoamérica*”, auspiciado por el Senado de la República Dominicana. Me acerqué a Brewer-Carías en la primera pausa del evento, y le curse una invitación para cenar, a lo que de inmediato respondió afirmativamente, encuentro en el que estuvieron presentes el profesor Eduardo Jorge Prats y el Lic. Juan Antonio Delgado, entonces consejero del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL).

El profesor Brewer-Carías quedó gratamente sorprendido del grado de conocimiento de su obra jurídica en el país, tanto en el campo del derecho administrativo como del derecho constitucional, surgiendo, desde entonces, una amistad entrañable. De ese encuentro, se originó una invitación para escribir un testimonio sobre el impacto que tuvo la *Revista de Derecho Público* en mi formación en derecho administrativo, en ocasión de la llegada de su número 100 en 2006, que ahora recuerdo textualmente:

La *Revista de Derecho Público* tiene una gran significación en el desarrollo de mi vida profesional. Mi pasión por el estudio y, posteriormente, la enseñanza del Derecho Administrativo en mi país está marcada por las enseñanzas encontradas en los casi 100 números de esta Revista. Su contenido tan diverso, doctrina, jurisprudencia, comentarios legislativos, jurisprudenciales, y referencias bibliográficas, me permitieron profundizar en esa disciplina del derecho público, sirviendo de guía en la localización de las principales obras producidas sobre la materia, tanto en América Latina como en Europa, y, por otra parte, apreciar la importancia que tiene el derecho administrativo en la construcción y consolidación de un estado de derecho. Por ello, con la mayor gratitud, extiendo unas sinceras felicitaciones a su director Prof. Allan Brewer-Carías por haber llegado a este número 100 de la *Revista*”.

Posteriormente, tanto Eduardo Jorge Prats como quien escribe estas líneas, aceptamos muy honrado una invitación que nos hiciera el maestro Brewer-Carías para formar parte, junto a prestigiosos maestros del derecho público iberoamericano, del Consejo Consultivo de la Revista de Derecho Público, distinción que hoy día seguimos compartiendo. Asimismo, por sugerencia del maestro venezolano, Eduardo Jorge Prats y mi persona, comenzamos a ser invitados en los eventos internacionales que periódicamente eran celebrados en España y América Latina en materia de Derecho constitucional y Derecho administrativo.

La consolidación de la amistad, que inicialmente comenzó a desarrollarse mediante contactos por correo electrónico, tuvo como punto de sustentación un lamentable incidente del que fue víctima en nuestro país el profesor Brewer-Carías, cuando el gobierno de su país, entonces presidido por Hugo Chávez Frías, cursó a través de la INTERPOL una solicitud de detención en su contra, en ocasión de una conferencia que dictó, por invitación del Senado de la República, el 12 de julio de 2006, en el Salón de la Asamblea Nacional, en el marco de la presentación del libro *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*.

Enterado de la situación, el maestro venezolano solicitó al entonces presidente del Senado, Andrés Bautista, y a Radhamés Jiménez Peña, viejo amigo y compañero de oficina del presidente Leonel Fernández, que contactaran a Eduardo Jorge Prats y al suscrito, quienes le acompañamos, junto a Carlos Salcedo, entonces Director Legal del Senado de la República y organizador del evento que lo trajo de visita al país, hasta el Aeropuerto Internacional de las Américas donde abordó, sin ser molestado en lo más mínimo, el avión que lo condujo de regreso a la ciudad de Nueva York, donde residía desde hacía algunos años.

En el momento en que se produjo ese desagradable incidente, el entonces presidente Leonel Fernández tenía como una de sus prioridades gubernamentales, la de impulsar una modernización del texto constitucional dominicano, por lo que encargó a su amigo Radhamés Jiménez Peña, visitar en Nueva York al maestro Brewer-Carías, para escuchar sus consejos sobre la manera más eficaz, al margen de un mecanismo de Asamblea Constituyente, para garantizar una amplia participación popular, con carácter previo, a la redacción de lo que habría de ser la nueva constitución dominicana a la que aspiraba el Jefe del Estado, y que quedó cristalizada, varios años después, con su proclamación el 26 de enero de 2010.

Acudí junto a mi compadre Jiménez Peña a ese encuentro en Nueva York, en un caluroso agosto de 2016, de donde surgió un escrito contentivo de recomendaciones del maestro Brewer-Carías para el proceso constituyente a ser llevado a cabo en la República Dominicana. Ese documento histórico ve la luz pública por primera vez en esta obra.

A lo largo del amplio proceso que antecedió a la promulgación de la Carta Fundamental del Estado del 26 de enero de 2010, y con posterioridad, a su entrada en vigor, la presencia del profesor Allan R. Brewer-Carías en eventos académicos dominicanos fue permanente, tanto en el campo del Derecho constitucional, como del Derecho administrativo.

Muestra de ello son los trabajos escritos entre 2010 y 2021 que figuran en esta obra, y que se corresponden con eventos académicos en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMMA), eventos institucionales del Tribunal Constitucional, así como en colaboraciones en libros auspiciados por el Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional para homenajear la trayectoria de juristas dominicanos y extranjeros, entre los que figura el propio Brewer-Carías.

De manera particular debo resaltar la participación de Brewer-Carías en los dos Foros Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) que tuvieron lugar en República Dominicana, con los auspicios de la Fundación Institucionalidad y Justicia (Finjus) y la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA). El primero de ellos tuvo lugar en el año 2012, y el segundo, se llevó a cabo en el año 2017, eventos ambos en los que el autor de la obra no sólo escribió cuatro trabajos sobre derecho administrativo, incluyendo un completo análisis sobre las bases constitucionales del derecho administrativo dominicano, sino que además, a través de la Editorial Jurídica Venezolana Internacional, hizo posible la publicación de los trabajos del *Congreso Internacional de Derecho Administrativo* de 2012 y de 2017, dedicados, el primero al doctor Raymundo Amaro Guzmán, y el segundo, a la doctora Rosina De La Cruz Alvarado.

Gracias a la colaboración de Brewer-Carías, a través de la mencionada Editora se hizo posible que la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo publicara dos libros, uno titulado *Bases constitucionales del Derecho administrativo y del proceso contencioso administrativo en la República Dominicana* que recoge los trabajos del maestro venezolano y de su compatriota Víctor Hernández Mendible en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo de 2012. Asimismo, Brewer-Carías accedió a publicar en la Editorial una edición dominicana de su obra clásica *Principios del Procedimiento Administrativo*, que contiene un completo Estudio preliminar sobre la Ley 107-13, sobre relaciones de la administración con las personas y de procedimiento administrativo dominicano.

Pudiera seguir escribiendo más testimonios sobre el profundo vínculo de afecto de Brewer-Carías con la República Dominicana. No obstante, debo cerrar estas palabras, en primer lugar, agradeciéndole al maestro la amistad con que me privilegia, amistad que en la medida en que han ido pasando los años se ha intensificado, y en segundo lugar, invitando a los amantes del Derecho público en nuestro país a disfrutar este maravilloso compendio contentivo del conjunto de los trabajos sobre Derecho administrativo y Derecho constitucional relacionados con nuestro país, que ha escrito en las últimas cinco (5) décadas, el maestro, el amigo Allan R. Brewer-Carías

Punta Cana, 8 de mayo de 2022

NOTA DEL AUTOR

Este libro recoge el texto de mis estudios en materia de derecho público (administrativo y constitucional) relativos a la República Dominicana, producto de la preparación, durante las últimas cuatro décadas, de conferencias dictadas en eventos académicos realizados en el país, y de trabajos en su mayoría sobre derecho dominicano publicados en diversas revistas y obras colectivas.

Por supuesto, todos referidos a las instituciones modernas y contemporáneas del derecho público dominicano, que comenzaron a configurarse hace doscientos años, el 1º de diciembre de 1821, con la “Declaración de Independencia del pueblo dominicano,” y la adopción del “Acta Constitutiva del Gobierno Provisional del Estado Independiente de la Parte Española de Haití.” A pesar de que ese proceso que se conoce en la historia de la República Dominicana como el de la “Independencia efímera,” en mi criterio allí están las semillas de lo que luego ha sido el derecho público dominicano.

Pero en esta Nota del autor para esta obra que sale en las ediciones del *Centro Hostos de Estudios Constitucionales* gracias a la honrosa y generosa iniciativa de mi admirado y querido amigo el profesor Eduardo Jorge Prats; en homenaje a él y a todos mis amigos y lectores dominicanos, quiero referirme aquí más bien a algunos acontecimientos institucionales, que fueron constitutivos del Nuevo Mundo y del propio derecho indiano, y que tuvieron lugar en la primera década después del Descubrimiento, precisamente en la Isla Spagnola o Hyspaniola, también conocida entonces como la isla Haití o Quizqueia. Allí en esta “pequeña España” podemos situar el origen de América, es decir, el punto de partida o inicio de nuestro mundo, particularmente desde el punto de vista institucional, desde cuando el 6 de diciembre de 1492, Cristóbal Colón llegó a sus costas, comenzando a configurarse lo que se llamó el Nuevo Mundo.

Después de haber reconocido durante el mes de noviembre de 1492 la costa noreste de la Isla de Cuba, separando a la Santa María y la Niña de La Pinta, Colón se dirigió hacia el este, llegando al cabo San Nicolás de la Hyspaniola, así denominado por ser el 6 de diciembre el día de dicho Santo. Reconoció la costa noroccidental de la isla, entrando en contacto con el cacique Guacanagarí, jefe de los taínos de la zona. El 24 de diciembre zarpó desde la bahía Acul, donde había anclado, con rumbo al este, y pasando el Cap Haïtien, en la noche víspera de la Navidad, la Santa María encalló en un bajo de coral en la bahía denominada La Limonada, accidente del cual no se pudo salvar. Colón atribuyó la pérdida de la nave a una desobediencia de Juan de la Cosa, quién no sólo era su dueño, sino su piloto.

La carga de la Santa María fue totalmente desembarcada por la tripulación, incluso con la ayuda de los hombres de Guacanagarí, cuyo asentamiento estaba cerca del sitio, en el cual además guardó los bienes y alojó a la tripulación. Allí en lo que denominó villa de La Natividad, Colón decidió construir un fuerte para albergar a los españoles con el maderamen de la Santa María. La pérdida de la Santa María había sido una catástrofe para la expedición, pues contando sólo con la Niña, y ante la imposibilidad de poder fabricar una nave, ello obligaba a Colón a regresar a España sin 39 de los tripulantes de la Santa María, quienes tuvieron que quedarse en tierra cuando zarpó el 3 de enero de 1493.

El sitio de la villa de la Navidad, sin embargo, fue dejado con gran entusiasmo por el intercambio que Colón había logrado con los taínos, pueblo al que consideró de naturaleza dócil y amable. Dejó al zarpar instrucciones precisas a los hombres, de guardar respeto a la autoridad local y a los aborígenes.

Después de zarpar en la Niña, Colón continuó la navegación hacia el este, y en el sitio del cabo de Monte Cristi se encontró a La Pinta, habiéndole informado su piloto, Martín Alonso Pinzón sobre su incursión en la isla hacia la región del Cibao, nombre que Colón creyó que era el que los indios daban a Cipango, donde siempre creyó haber llegado.

Luego de su regreso a España, y de conocerse su extraordinario encuentro con lo que después sería el Nuevo Mundo, al año de haber dejado a sus hombres en La Natividad, después de 21 días de navegación, regresó allí en su segundo viaje con 17 naves, en las cuales navegarían por primera vez caballos hacia América, llegando el 28 de noviembre de 1493, pero para encontrarse con la lamentable y trágica realidad de que la villa había sido incendiada y arrasada. Sus instrucciones no se cumplieron, costándole ello la vida a sus hombres de La Natividad a manos de los nativos.

Abandonó el lugar el 7 de diciembre para buscar un mejor sitio para establecer un pueblo, siempre hacia el este, en la misma costa norte de La Española. Navegó penosamente por causa del viento, sin poder avanzar ni devolverse, hasta que resolvió desembarcar en el sitio de la desembocadura del río Bajabonico, a unos cincuenta kilómetros al oeste del actual Puerto Plata, fundando en un acantilado, el día de Reyes 6 de enero de 1494, lo que sería la primera fundación formal de un pueblo en América. Le puso el nombre de La Isabela en honor a la reina Isabel.

Conforme al Código de las Siete Partidas, que formaba parte del derecho castellano que fue el que se aplicó en el proceso de conquista y descubrimiento de América, el señorío en nombre de la Corona española sobre una tierra (una Isla) que apareciere en la Mar Océana, correspondía a quien la poblare primeramente; razón por la cual Colón estaba obligado fundar un pueblo, formalmente, como signo de toma de posesión de la tierra, configurándolo como una civitas, fijándole el término territorial a la misma, designando sus autoridades, y haciendo los repartimientos necesarios entre los vecinos que era su hueste. Y así lo hizo Cristóbal Colón fundando La Isabela nada menos que como Almirante, Virrey y Gobernador para las Indias, quedando incorporada desde entonces la tierra de la Pequeña España en el reino de Castilla.

La Isabela fue, así sin duda, aun cuando sólo tuviera escasos cinco años de existencia, el primer pueblo americano que existió en el continente con ocupación permanente de españoles. Fue, además, el único pueblo en el cual vivió el Almirante en América, y fue en esos años fue el puerto en el cual por primera vez se fabricaron naves en el Nuevo Continente. La experiencia de la Natividad hizo que Colón en su segundo viaje llevara carpinteros navales en la tripulación.

Al mes y medio de fundada la población, y dejando el pueblo bien fundado, Colón dejó el gobierno de la Isla a cargo de su hermano Diego, y siguió su empresa exploratoria por las Antillas Mayores, en particular por la costa sur de Cuba, por Jamaica y por la costa sur de La Española, volviendo a la Isabela por el este. Su ausencia de La Isabela, entre abril y septiembre de 1494, signaron el destino del pueblo.

Las rivalidades entre los españoles, el abuso contra los taínos y los destrozos de los huracanes signaron el comienzo del fin de la experiencia pobladora. Cuando Colón regresó enfermo al pueblo en septiembre de 1494, tuvo que designar como Adelantado a su otro hermano, Bartolomé Colón, quien había llegado de España unos meses antes. La guerra contra los taínos y de estos contra los españoles nunca más cesaría hasta la completa desaparición de la población indígena, sólo unas décadas después.

Colón regresó a la Península en carabelas armadas en la propia Isabela dada la destrucción que habían provocado los huracanes, dejando a su hermano Bartolomé como Gobernador y Capitán General de las Islas, y a Francisco de Roldán como Alcalde Mayor de La Isabela, habiendo sido a la vez el primer Alcalde Mayor designado en América. A su regreso, el desastre de la experiencia de La Isabela originó que la Corona enviara en 1495, a Juan de Aguado para investigar la actuación del Almirante.

La Isabela tuvo, sin embargo, durante su existencia que no fue superior a cinco años, una importancia medular. Allí vivieron hombres como Diego de Nicuesa y Alonso de Hojeda, quienes fueron los primeros, después del Almirante, en obtener una Capitulación y navegar a lo largo de la costa norte de Sur América, la Tierra Firme; Juan de la Cosa, quien fue el primero en elaborar un Mapamundi con el viejo y el nuevo mundo y, en particular, de la costa de tierra firme de Venezuela, donde aparece por primera vez escrito tal nombre en la boca del lago de Maracaibo; Pedro de las Casas, padre de Bartolomé de las Casas; Juan Ponce de León, descubridor y colonizador de la Florida y de Puerto Rico; y Francisco de Garay, uno de los descubridores de Yucatán.

Desde La Isabella, además, se produjo el reconocimiento inicial de la Isla, habiéndose establecido desde allí, en sucesivas avanzadas y guerras contra los taínos, varios fuertes a lo largo del Valle del Cibao hacia el sureste, denominados Magdalena (1494), Esperanza, Santa Catalina, Santo Tomás de Jánico (1494) y Concepción de la Vega (1495). Algunos de estos sitios posteriormente dieron lugar a pueblos, como Concepción de la Vega, donde Bartolomé de las Casas dio su primera misa cuando abrazó el hábito de los dominicos; o Santiago de los Caballeros, fundado en 1504 por el Gobernador Ovando. Más hacia el sur se establecieron los fuertes de Bonao y Buenaventura, en la ruta que en definitiva sirvió a Bartolomé Colón para llegar al sitio de Santo Domingo en la desembocadura del río Ozama, al sur de la isla.

La Isabela, sin embargo, fue despoblada en 1498, cuando se fundó la ciudad de Santo Domingo, de manera que unas cuantas décadas después, a finales del Siglo XVI, el sitio de La Isabela sólo era frecuentado por los piratas y corsarios que hicieron del mar Caribe su campo de acción, quienes contrabandeaban con los españoles. No lejos, cerca de la costa, estaba la isla Tortuga, uno de los baluartes piratas más conocidos, la cual, incluso aparece dibujada en la traza de la costa de la Isla Española que hizo Colón en 1493.

Cuando Colón regresó a España de su segundo viaje, ya había dispuesto que su hermano Bartolomé buscara un sitio más adecuado para asentar el pueblo, al sur de la Isla en la región de San Cristóbal, donde se había encontrado más oro; sitio que ya había reconocido cuando había navegado por la costa sur de la Isla. La instrucción para abandonar La Isabela se la repitió desde España, ordenándole proceder al establecimiento de un pueblo en la desembocadura del río Ozama, que debió haberse denominado Nueva Isabela, dejando en La Isabela a su otro hermano Diego.

Fue así que Bartolomé Colón, en agosto de 1496, estableció en la ribera este del río la fortaleza de Santo Domingo, nombre que se dice pudo derivar tanto del hecho de haber llegado allí un día domingo, como de la intención de honrar a Domenico, padre del Almirante. Con esta nueva fundación se dio inicio a la transformación de lo que originalmente había sido una empresa comercial, en una operación de conquista y colonización en la cual la Corona habría de asumir un papel protagónico. Ese proceso se aceleró por la conjunción de varios factores.

El primero fue que Francisco Roldán, el mencionado primer Alcalde Mayor de La Isabela, pasaría a la historia a la vez, como el primer funcionario que se rebelaría contra la autoridad constituida en tierras americanas. Ello ocurrió cuando Bartolomé Colón dejó La Isabela para explorar los territorios hacia el oeste de la Isla.

En su ausencia había dejado como Gobernador a su otro hermano, Diego; y fue contra éste y, en general, contra la autoridad del Almirante, que los colonos se rebelaron comandados, precisamente, por el Alcalde Mayor. La Isabela fue materialmente saqueada y prácticamente quedó abandonada. Así la encontró a su regreso Bartolomé Colón, por lo que aceleró su marcha hacia el sur para cumplir la orden que le había dejado el Almirante, realizando entonces la fundación del fuerte o villa de Santo Domingo en la margen oriental del río Ozama, para que, como años más tarde indicarían las Instrucciones de poblamiento, “en saliendo el sol, llevara por delante los vapores, nieblas y humedades, aventándolas del pueblo”.

Fue al fuerte de Santo Domingo donde llegaría Colón en su tercer viaje el 31 de agosto de 1498, luego de haber navegado por la isla de Trinidad; la costa de Paria en Tierra Firme; la isla de Margarita, y la zona aledaña de la pesquería de perlas, la cual “descubrió” en la Isla de Cubagua a la cual llamó Isla de las Perlas; y por las islas menores de las Antillas.

Las crónicas reportan, sin embargo, que en realidad Colón ya habría estado y descubierto con anterioridad la Isla de las Perlas durante los reconocimientos que hizo en su segundo viaje; y precisamente por ello fue que dirigió su tercer viaje directamente hacia dicha Isla, en las cercanías de la Península de Paria. De aquel descubrimiento, sin

embargo, Colón nada había informado a la Corona, lo que entre otros factores sería el motivo para que concluyera su tercer viaje regresando a España detenido y encadenado. El descubrimiento de las perlas en 1494, en efecto, pronto se sabría en la Península por las informaciones que divulgarían en Sevilla los hermanos Pinzón y Niño, quienes habían sido navegantes con Colón, y quienes a partir de 1499, obtendrían licencia para precisamente comenzar el reconocimiento de la costa de Paria.

En todo caso, la primera tarea que tuvo Colón en agosto de 1498 a su llegada a la colonia de La Española, fue la de enfrentar la rebelión de Roldán, cuyos hombres alzados ya se encontraban diseminados por toda la Isla. Concedió una amnistía, la primera que se acordaría en América, y aseguró a los rebeldes derechos a la tenencia de tierras, a la explotación de oro y al vasallaje de los indios. Aun así, no logró resolver el conflicto interno del cual ya se habían tenido noticias en España.

Las visitas y los juicios de residencia fueron las instituciones utilizadas por la Corona para realizar rigurosamente el control de las autoridades y de los órganos de gobierno colonial. Las visitas podían ser despachadas en cualquier momento cuando surgiera sospecha de fraude o abuso de poder, mientras que los juicios de residencia se realizaban al terminar el mandato de la autoridad residenciada. Colón, en realidad, había solicitado a la Corona la designación de un juez pesquisador para que investigara las denuncias que en su contra habían llegado a la Península, particularmente por el desgobierno de La Española, por lo que la primera visita que se efectuó en América fue, precisamente la que se realizó a Cristóbal Colón, durante su tercer viaje.

A tal efecto, los Reyes Católicos dictaron en 1499 tres Reales Providencias: una, nombrando a Frey Francisco de Bobadilla para reemplazar a Colón e investigar las quejas que se habían formulado en su contra; otra, dirigida a los oficiales y autoridades dándoles cuenta de las atribuciones de las que iba investido Bobadilla, y la última, al propio Colón ordenándole entregar a las nuevas autoridades las fortalezas que existían en la isla La Española.

Francisco de Bobadilla era un conocido miembro de la orden militar de los Caballeros de Calatrava, quien había prestado distinguidos servicios en las guerras que se sucedieron a partir de 1492 con motivo de la toma de Granada, habiendo ejercido, sucesivamente, los cargos de Alcalde de Jaén, de Córdoba y de Santa Fe de Granada. Su designación para investigar la gestión de Colón fue entonces la primera injerencia directa de la Corona en los asuntos de América.

Bobadilla llegó a Santo Domingo el 23 de agosto del año 1500, en un momento en el cual los hermanos Colón se encontraban fuera de la ciudad. Entró en abierto antagonismo con el propio Almirante, a quién arrestó y confiscó sus bienes; enviándolo junto con sus hermanos a España, humillado, esposado y cargado de cadenas.

Los Reyes, a pesar de que posteriormente lo perdonarían restituyéndole sus títulos, sin embargo, en lo adelante no le permitieron a Colón que ejerciera sus cargos de Almirante y de Virrey, ni le permitieron que interfiriera en el gobierno de la isla La Española, el cual a partir de entonces fue asumido directamente por la Corona. A Colón se le impuso, además, la orden de permanecer alejado de la Isla en la cual, precisamente, había iniciado la colonización de América.

La anarquía era tal en La Española que a pesar de todos sus antecedentes militares, Bobadilla fracasaría en su misión de controlar la colonia. Además, había tomado el partido de los colonos rebeldes, los “roldanistas,” quienes se habían identificado como “del rey”, enfrentándose con los que se identificaron como “del Almirante,” lo que lo incapacitaría totalmente para gobernar con la imparcialidad que las circunstancias y el momento requerían.

Como consecuencia de este fracaso la Corona tuvo que nombrar un nuevo Gobernador, esta vez en forma definitiva, incluso para tomarle residencia al propio Bobadilla; y para tales funciones la Reina Isabel designó el 3 de septiembre de 1501, a Frey Nicolás de Ovando, quien también era un destacado miembro de otra orden militar, la de Alcántara.

La designación de Ovando, además, confirmaba el cambio que se había venido produciendo en el tratamiento de la empresa colonizadora de La Española, la cual a partir de entonces dejaría de ser un proceso exclusivamente privado realizado con apoyo de la Corona, como había sido en manos de Colon, pasando a ser una empresa oficial a cargo de un funcionario real quien como Gobernador sería el único responsable ante la Corona de la conducción de los asuntos de la colonia.

Ovando llegó a La Española el 15 de abril de 1502 con una numerosísima flota de 30 naves, en la cual viajaron muchas de las personas que posteriormente habrían de tener destacada actuación en América.

Ovando gobernó la Isla durante seis años con mucha severidad, conforme a las Instrucciones que se le habían dado, en las cuales se le indicaron las políticas precisas que debía seguir, por ejemplo, respecto de los aborígenes, quienes no debían ser esclavizados por ser súbditos de los Reyes; instrucciones que no necesariamente se cumplieron, pues entre otros factores, ya para ese momento la población aborigen había sido diezmada.

En todo caso, a Ovando se le confirió total autoridad con jurisdicción en todo el Nuevo Mundo, excepto en las “islas” cuyo descubrimiento ya se había dado en Capitulaciones otorgadas en 1500 a Alonso de Hojeda y Vicente Yáñez Pinzón, para ir a la Tierra Firme, precisamente luego de conocerse el descubrimiento de la Isla de las Perlas.

Las Instrucciones dadas a Ovando para la conquista de la isla La Española, en materia de poblamiento sólo se le señaló que:

“Porque en la isla Española son necesarias de se fazer algunas poblaciones, *e de acá non se puede dar en ello cierta forma*, veréis los lugares e sytios de la dicha ysla, e conforme a la calidad de la tierra, sytios e gente, allende de los pueblos que agora hay, faréis facer las poblaciones e del número que vos apareciere, e en los sytios e logares que bien visto vos fueren”.

Por ello, al comienzo de la conquista, la forma del establecimiento de pueblos se dejó en manos de los adelantados, con la sola recomendación de que se investigase sobre la calidad de la tierra, de los sitios y de las gentes. A pesar de que las Instrucciones partían del supuesto de que el poblamiento de la Isla era una necesidad, sin embargo, se

reconocía que no se podían dar otras instrucciones, y se admitía que desde la Península no era posible darlas.

En las llamadas “Instrucciones Añadidas” dadas a Ovando en Alcalá de Henares el 20 de marzo de 1503, y en Zaragoza el 29 del mismo mes y año, por otra parte, se comenzaron a formular orientaciones en relación con los indios, disponiéndose la necesidad de juntarlos, reunirlos o reducirlos en pueblos, lo que luego sería la política general en América española, dando lugar a los pueblos de indios que tanta importancia tuvieron en el proceso de poblamiento. En esas Instrucciones ya se señalaba la necesidad de “que o los indios se reúnan en pueblos en que vivan juntamente” por lo que se ordenaba al Gobernador, “enfacer que se fagan poblaciones en que dhos indios puedan estar e estén xuntos”.

Con estas Instrucciones puede decirse que se inició la configuración normativa de la política de las Reducciones, con el objeto de congregar a los indios en pueblos, que luego serían “pueblos de indios” separados de los pueblos de españoles, pero en gran parte trazados con las mismas orientaciones de orden; política que se consolidaría a partir de 1542, después de aprobadas las Leyes Nuevas.

En todo caso, debe recordarse que cuando Ovando llegó a la Española en 1502, la población española de la isla, de cerca de 300 hombres, se encontraba diseminada entre Santo Domingo y varios asentamientos que se habían ido establecido progresivamente. Entre ellos, deben destacarse los siguientes: el pueblo de Higüey que Juan de Esquivel había fundado en 1494, quien luego sería el conquistador de la isla de Santiago (Jamaica); el pueblo de Concepción de la Vega, donde Cristóbal Colón había establecido un fuerte en 1490, en el valle del Cibao, destruido luego por el terremoto de 1562; el pueblo de Santiago de los Caballeros, que también había sido fundado por Cristóbal Colón en 1495 cuando La Isabela ya había sido abandonada, y que había sido luego reubicado a causa del terremoto de 1562, en la ribera del río Yaque del Norte; y el pueblo de Bonao, que había sido fundado en 1497 en el camino entre Concepción y Santo Domingo.

Por otra parte, debe mencionarse el sitio de Puerto Plata, en la costa norte de la Isla, donde desde al inicio de la conquista existió un asentamiento establecido como consecuencia de las primeras plantaciones de caña de azúcar que allí se efectuaron, planta que Colón había traído consigo en su segundo viaje.

En junio del mismo año 1502, al poco tiempo de asumir Ovando la Gobernación, un gran huracán azotaría la Isla, destruyendo no sólo la ciudad de Santo Domingo y hundiendo 21 de las 30 naves de la flota que lo había traído y que estaban zarpando para regresar a España. En ese naufragio perdieron la vida junto con más de 500 hombres, tanto Bobadilla como el Alcalde rebelde Roldán. Cristóbal Colón se encontraba cerca de la costa, pues en mayo del mismo año 1502 acababa de llegar en su cuarto y último viaje. A pesar de la prohibición que tenía de tocar en Santo Domingo, sin embargo, se había dirigido hacia la Isla por la necesidad de reparar una de sus carabelas, pidiendo además permiso para llegar a puerto para resguardarse de la tempestad que sabía se avecinaba. Su presencia en La Española fue rechazada por Ovando, quien además hizo caso omiso, tanto de la advertencia que Colón le formuló sobre la proximidad del huracán, como

sobre el consejo que le dio de evitar que zarpara la flota que llevaba a Bobadilla de regreso a España.

El huracán, en todo caso, como se dijo, además de arrasarse con la flota, pasó cerca de Santo Domingo, quedando el fuerte totalmente destrozado. Fue por ello que el Gobernador Ovando, luego de inspeccionar los destrozos, decidió cambiar la situación de la ciudad hacia la otra orilla (oeste) del río Ozama, en la explanada más elevada en la cual se encuentra actualmente.

En esta forma, en la orilla derecha del río Ozama Ovando estableció una ciudad que debía ser símbolo de seguridad y autoridad en la colonia, y que resultó ser la primera ciudad de América de existencia continua.

Escogió el lugar para la fortaleza, y trazó las calles principales alrededor de la plaza mayor, mandando “haçer la traça a regla y compás” como diría Gonzalo Fernández de Oviedo en su *Historia General y Natural de las Indias (1526)*, con una forma reticular, distribuyendo los solares para el comercio y para moradas particulares, y ordenando que se construyeran los edificios de piedra y madera.

Ovando había estado en Santa Fe de Granada, y debió haber presenciado la construcción de dicha ciudad en 1492, por orden de los Reyes Católicos que allí estaban, con motivo del sitio de Granada y de su Alhambra. Además, por su carrera tenía conocimientos militares de cómo se hacían los campamentos y pueblos de nueva planta. Ello, sin duda, lo llevó a ordenar el diseño de la ciudad con una forma urbana bastante reticular, formada por varias calles que corren en paralelo de norte a sur y de este a oeste, y que se cruzan haciendo recuadros, con una plaza mayor relativamente centrada. El diseño, que podía considerarse sorprendente para ese momento, luego sería la regla general en todo el poblamiento de América, no como consecuencia de las enseñanzas de la experiencia, sino porque fue impuesta a través de diversas normas jurídicas contenidas en Instrucciones reales, propagándose en América lo que he denominado *La Ciudad Ordenada*.

En Santo Domingo, sin embargo, la iglesia se ubicó dentro de la parte sur de la plaza la cual abarcaba dos cuadras con forma rectangular, como una edificación aislada sin adosarse a otros edificios, la cual luego daría origen a la Catedral cuyas obras fueron impulsadas por el obispo Alejandro Geraldí. En esa época, además, se construyeron algunos de los edificios más destacados de la ciudad, como el Alcázar de Diego Colón, levantado entre 1510 y 1514, donde vivió junto con su esposa, María de Toledo y Roja, sobrina del Duque de Alba quién era el hombre más próximo al Trono. El palacio que construyó Hernán Cortés en Cuernavaca, parece una reproducción del Alcázar, aún cuando en menor escala.

El fuerte denominado la Fuerza Vieja o la fortaleza Ozama, que defiende la ciudad, fue construido en 1505, considerándose como la edificación militar más antigua del Continente americano. Después de los ataques piratas la ciudad fue reforzada, habiéndose construido a partir de 1586, un muro o cerca de protección que la circundaba por el oeste y el norte.

El mismo año de 1502 Ovando emprendió la primera expedición al interior de la Española. En dos años de conquista y pacificación, mediante sus tenientes, ya había

fundado o repoblado varias villas, la mayoría de las cuales, sin embargo, luego serían abandonadas, entre ellas, Puerto Real, Puerto Plata, Santo Tomás, Buenaventura, San Cristóbal, Santiago de los Caballeros, Azua, Yaguana, Bonaó, Higüey y Santa Bárbara de Samaná. También debe mencionarse la Villa Nueva de Yaquimo, en la parte suroeste de la isla, en lo que es actualmente Haití, a la cual se le cambió el nombre por el de Jacmel

Entre 1504 y 1507, Ovando solicitó repetidamente al Rey la designación de otra persona para sustituirlo en el gobierno de la colonia, lo que le fue sucesivamente denegado, habiendo permanecido en la isla hasta 1509. Entre sus colaboradores inmediatos estaba Sebastián de Ocampo, quien sería el primero en hacer la circunnavegación de la isla de Cuba, confirmando su carácter isleño; Diego Velásquez, futuro conquistador y Gobernador de Cuba, y Juan Ponce de León, conquistador de San Juan de Puerto Rico, con Capitulación otorgada precisamente por Ovando, el 15 de junio de 1508. Ponce de León previamente había gobernado la población de Higüey, entre 1502 y 1508, y su casa, construida en 1505, aún se conserva en las cercanías del río Yuma, cerca de la población.

La traza urbana bastante regular de la refundación de Santo Domingo, impresionó tanto al obispo Geraldí en 1520, que comentó que las calles de la ciudad eran más anchas y rectas que las de su ciudad natal, Florencia, la cual en su parte central antigua aún conserva la forma reticular de origen romano que tuvo en su inicio. Unos años después, en 1526, Gonzalo Fernández de Oviedo y Valdés en su *Historia Natural de las Indias Occidentales* destacaba que en cuanto a sus edificios, ninguna ciudad española era superior a Santo Domingo, excepto Barcelona; y que la disposición de la ciudad, incluso, era mejor que la de Barcelona pues como se dijo, había sido diseñada “a cordel y regla”, con mejores calles, más largas y derechas.

La forma reticular en la creación de nuevas ciudades desde el punto de vista práctico y militar, sin duda, era lógica. Incluso, había sido empleada pocos años antes en la Península por los Reyes Católicos, no sólo en la fundación de Santa Fe (1491) en la vega de Granada con motivo del sitio de la ciudad, como un rectángulo fortificado cruzado por dos calles perpendiculares una de otra y con cuatro puertas principales en los puntos cardinales; sino diez años antes, en 1483, en la fundación, por los propios Reyes Católicos, de Puerto Real, en la bahía de Cádiz, la cual también tiene una traza reticular. Monreal de Bayona, en la bahía de Vigo, también había sido establecida en 1497 como villa de nueva fundación, con forma reticular.

En 1503, como se dijo, Ovando había recibido un Decreto Real con “Instrucciones Añadidas” mediante las cuales se legalizarían los “repartimientos” de los indígenas entre los colonos españoles para que trabajasen en sus haciendas como siervos; práctica que ya antes había iniciado Colón. Mediante este sistema de repartimientos, los cuales posteriormente se generalizarían en las Indias, los colonos a cambio de la conversión y protección de los indios sometidos, les exigían un tributo y el trabajo de sus brazos. Dichas Instrucciones, además, como se señaló, ya exigían que mediante la política de “reducciones” se llevasen y juntasen a los indios en pueblos para que pudieran vivir en comunidad en forma civilizada y cristiana, y en muchos casos para desarraigarnos de sus tierras.

En esos años del gobierno de Ovando en La Española, en todo caso, continuó el exterminio de los taínos, lo que se había comenzado desde cuando el Almirante la gobernó, lo que provocó que a partir de 1505 comenzaran a llegar los primeros esclavos africanos. Para 1508, de los 400.000 taínos en que se calculaba la población de la Isla para cuando llegó Colón, sólo quedaban 60.000, número que para 1519 se había reducido a 3.000.

Diego Colón, hijo del Almirante, fue quien sucedió a Ovando en 1509, y en las Instrucciones que se le otorgaron en Valladolid el 3 de mayo de ese año, también se le ordenó fundar pueblos “donde mejor le pareciera” y además, fundar pueblos para indios. Fue en esa época, por tanto, y bajo su mando, cuando se inició el proceso de colonización y poblamiento de las islas circundantes a la Española. Para dichos efectos, en 1509, Juan de Esquivel sería despachado hacia Jamaica; en 1511, Diego de Velásquez comenzaría la colonización de Cuba; y la isla de Puerto Rico comenzaría a poblarse a partir de 1508, bajo la conducción del gobernador Juan Ponce de León.

Otro dato a destacar en la importancia de La Española en esas dos décadas de inicio del Nuevo Mundo fue la creación de la *Real Audiencia de Santo Domingo* establecida en 1511, y que presidía el Gobernador y Capitán General de la Isla. Como se sabe, las Reales Audiencias tenían como función primordial la administración de justicia, por lo que entre otras competencias eran Tribunales de alzada respecto de las decisiones de los Gobernadores; pero se diferenciaron del modelo peninsular en que en América, además de las funciones judiciales, se constituyeron en importantes órganos corporativos de gobierno, carácter que no tuvieron en España. Así, en América las Audiencias velaban por el mantenimiento del orden y buena gobernación de las ciudades; nombraban *ad interim* a los Gobernadores y a los funcionarios de las que estaban sometidas a su jurisdicción; y en sus funciones deliberativas-gubernativas, producían los Reales Acuerdos.

Por ello, a pesar de que a partir de 1513 con la expedición de Pedrarias Dávila para la conquista de Castilla del Oro, del descubrimiento del mar del Sur por Balboa y la fundación de la ciudad de Panamá en 1519, y de la conquista de México ese mismo año, la importancia de La Española como centro de operaciones de la conquista del Nuevo Mundo hubiera progresivamente cesado, la importancia de la Real Audiencia de Santo Domingo, que fue la primera Real Audiencia establecida en América, siguió teniendo una gran importancia por casi res siglos, pues de la misma dependieron las gobernaciones de la Isla de Cuba, de la Isla de San Juan de Puerto Rico, de la Provincia de Venezuela, de la Provincia de Cumaná (Nueva Andalucía) y de la Isla de Margarita. Es decir, de esta Audiencia de Santo Domingo dependieron las Provincias principales de lo que luego sería la Capitanía General de Venezuela.

Ello implica que todos los asuntos judiciales y gubernativos de la Provincia de Caracas, por ejemplo, estuvieron sujetas a la Audiencia de Santo Domingo, y ello fue así hasta que se creó la Real Audiencia de Caracas más de doscientos cincuenta años después, en 1779. Durante todo ese tiempo, los colonos venezolanos tuvieron que ir a Santo Domingo a litigar sus asuntos de gobierno en la Real Audiencia de Santo Domingo.

Ruego al lector, así sea por esta última referencia, que me sea otorgada indulgencia por esta osadía de un venezolano amigo de haber recordado en esta Nota preliminar algunos de los hitos más importantes del inicio de América, precisamente ocurridos en la Pequeña España, que he hecho con todo afecto y reconocimiento para mis amigos dominicanos con ocasión de la publicación de esta obra.

Mi agradecimiento, de nuevo, a los profesores Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huerta, dos de los queridos y respetados amigos que he tenido el privilegio de conocer y apreciar en República Dominicana, por la iniciativa de publicar esta obra; y además, por sus muy generosos Prólogos y Presentación que la preceden.

Primera parte

**ESTUDIOS DE
DERECHO ADMINISTRATIVO**

I

SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA Y EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL EN VENEZUELA

Conferencia dictada en el Seminario Dominicano-venezolano sobre Reforma Administrativa, organizado por el profesor Raymundo Amaro y celebrado en Santo Domingo, la República Dominicana, entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 1971.

I. INTRODUCCIÓN

Puede decirse que la historia de la reforma administrativa en América Latina es una historia de fracasos, de ahí la importancia que reviste el analizar las anteriores experiencias y las posibles causas de dichos fracasos. En este sentido, la experiencia de la reforma administrativa en Venezuela cumplida en los últimos doce años puede ser una buena muestra de tres causas del fracaso de reforma administrativa y los esfuerzos que desde hace algo más de un año venimos haciendo por guiar ordenadamente ese proceso, pueden ser también una muestra de acciones para superar las mismas.

En efecto, la preocupación por la reforma administrativa en Venezuela data desde la misma existencia de la Administración Pública. Sin embargo, se puede decir que, globalmente, se ha atacado el problema desde el año 1958. Este año marca la creación de dos grandes unidades dentro de la Administración Nacional que, por otra parte, van a condicionar la acción de la Administración Pública en los años sucesivos: se trata de la Oficina Central de Coordinación y Planificación como órgano de planificación económica y social (Decreto No. 492 de 30 de diciembre de 1958), y de la Comisión de Administración Pública (Decreto No. 287 de 27 de junio de 1958), como órgano de planificación administrativa. Son dos procesos, el de planificación económica y social y el de planificación administrativa, que necesariamente tenían que ir paralelos.

Sin embargo, este entusiasmo que dio origen a la Comisión de Administración Pública en el año 1958 y que reflejó un gran apoyo de los sectores políticos al proceso

de reforma administrativa, fue declinando y materialmente, como esfuerzo global de mejoramiento de una Administración Pública estructurada completamente durante el siglo pasado, fracasó. Las causas del fracaso fueron múltiples, sin embargo, podríamos citar tres causas fundamentales según mi apreciación.

En primer lugar, la falta de definición de un objetivo preciso a la reforma. Se inició el proceso de reforma, pero no se tenía claro el objetivo a mediano y largo plazo del país en ese momento, y no se tenían claros, por tanto, los objetivos del desarrollo. Por tanto, la reforma administrativa careció desde el inicio de un objetivo ligado al proceso de desarrollo. Esto se ha reflejado inclusive en los tres Planes de la Nación que hemos tenido hasta la fecha. En efecto, hasta ahora hemos elaborado tres Planes y estamos en proceso de estructurar el cuarto Plan. Sin embargo, en los tres Planes que ha habido en el país, entre 1958 a 1968 (I Plan de la Nación; II Plan de la Nación; III Plan de la Nación), nunca se estableció un capítulo destinado a plantear claramente que esos Planes podrían ser ejecutables siempre que la Administración Pública estuviera estructurada para permitir su realización. De manera que el objetivo de la reforma no estuvo claramente determinado y esa fue, insisto, una de las causas, quizás de su fracaso.

La segunda causa del fracaso fue la estrategia que se definió para acometer el proceso de reforma. Originalmente se pensó que la Comisión de Administración Pública, como órgano asesor del Presidente de la República, era el órgano que iba a imponer la reforma administrativa, desde fuera, a todos los niveles de la Administración. Esta orientación, por esa resistencia natural al cambio muy típica de la burocracia, trajo como consecuencia que surgiera una pronunciada reacción, frente a la Comisión de Administración Pública, lo que impidió que sus propuestas llegaran a materializarse.

De ahí la preocupación inicial que se tuvo a mitades del año 1969 en la Comisión de Administración Pública por definir una estrategia que permitiera hacer participar en el proceso de reforma administrativa a todos los niveles de la Administración Pública. Era la única forma de garantizar, por una parte, que la motivación en el proceso iba a ser adecuada y por la otra, que las realizaciones, dado que se iba a comprometer a todos los niveles de la Administración Pública, iban a ser posibles. En septiembre de 1969 mediante Decreto No. 141 de 17 de septiembre de 1969, se definió, por tanto, esta estrategia de participación, que buscó comprometer a todos los niveles de la Administración en el proceso, de manera que la Reforma Administrativa fuera realizada por toda la Administración Pública y no por un órgano, aun cuando asesor del Presidente, pero un órgano, en definitiva, aislado de la realización concreta del administrar la cosa pública. Por ello, esta estrategia guiada por ese criterio de la participación esta ahora dando sus resultados, los cuales incluso se han plasmado en el proyecto de Presupuesto del año 1971, en el cual, cinco de los trece Ministerios plasmaron una nueva estructura orgánica.

Se disipó entonces la falsa idea de que sólo la Comisión de Administración Pública era la tenedora de un saber que los otros organismos de la Administración debían aceptar y no podían tener.

Pero hubo una tercera causa del fracaso del proceso desarrollado en los diez años anteriores, y fue que no se le definieron al proceso, áreas globales de acción. En efecto, en 1958 se creó la Comisión de Administración Pública y ésta comenzó a funcionar,

realizando una serie de actividades y trabajos en ciertos Ministerios, sobre todo en el Ministerio ligado con las finanzas públicas, pero no se le fijó un ámbito global de acción. Es decir, no se definió un programa de reforma que pudiera encuadrar todas las actividades de la Comisión y en general, la reforma administrativa, en los años sucesivos. De ahí el otro esfuerzo que hemos realizado en la Comisión de Administración Pública de definirle al proceso de reforma un campo preciso a través de áreas de acción, que han pasado a formar parte del IV Plan de la Nación (1970-1974). Ello va a originar el convencimiento de que todos los programas de desarrollo contenidos en el IV Plan no podrán ser realizados cabal y completamente si no se acomete un proceso de adaptación de las estructuras administrativas a las finalidades contenidas en ese proceso de desarrollo.

Ahora bien, permítanme referirme más detalladamente a estos tres aspectos del programa de reforma administrativa en Venezuela que se refieren al objetivo del proceso de reforma administrativo, a la estrategia del mismo, y a las áreas de acción del proceso.

II. OBJETIVOS DEL PROCESO DE REFORMA ADMINISTRATIVA: REFORMA ADMINISTRATIVA PARA EL DESARROLLO

Hablar de reforma administrativa en la actualidad exige necesariamente hablar del proceso de desarrollo al cual se están enfrentando nuestros países de América Latina y constatar que los países en vías de desarrollo tienen unas características peculiares que, situándonos en este último tercio del siglo veinte, hacen materialmente inútil la comparación entre ese proceso de desarrollo que vivieron las naciones hoy altamente industrializadas y la situación de nuestros países. Mas bien, la comparación que pueda hacerse en ese sentido, en lugar de aclarar el panorama y resolver los problemas, puede más bien obscurecerlos y confundir su solución.

En efecto, los países altamente industrializados de la actualidad tuvieron un proceso de desarrollo a través de un larguísimo período en el cual el proceso de desarrollo y bienestar estuvo guiado por propietarios y por empresarios individuales. La acción del Estado era absolutamente nula, estaba totalmente restringida; el Estado solamente se limitaba a mantener el orden público, a resguardar la tranquilidad en la calle, y en ciertos casos, a dotar a la sociedad de ciertos elementos de infraestructura. El Estado era un Estado-Gendarme, el Estado era un Estado Abstencionista que no debía intervenir en la vida económica y social. Sin embargo, dicho proceso, que se realizó con una ausencia casi total de participación del Estado, fue un proceso que no siguió un ritmo regular y estuvo sometido a interrupciones, trastornos y crisis. Se realizó, por otra parte, a costa de un enorme energía desperdiciada, por lo que ha sido calificado como un proceso de prueba y error.

De ahí que sólo a través de sucesivas correcciones se hayan podido lograr, en tanto tiempo, los niveles de progreso que hoy tienen estos países en el presente, altamente industrializados.

Sin embargo, un proceso llevado en esa forma no podría hoy soportarse en nuestros países en vías de desarrollo. Baste para evidenciarlo considerar, por ejemplo, sólo

el aspecto social que caracterizó al proceso de desarrollo de las naciones hoy altamente industrializadas. Las condiciones de despegue del proceso de desarrollo en estos países se han considerado, con razón, como una de las páginas más tristes de la reciente historia social de la humanidad. La revolución industrial, origen de este proceso, se realizó sobre condiciones de injusticia social pocas veces alcanzadas. Nadie duda, por tanto, que el mundo industrial moderno de la actualidad se construyó sobre una injusta explotación de los trabajadores, sin la protección que todos conocemos.

Cuan diferente es, sin embargo, la etapa de despegue que se nos presenta o nuestros países, en lo cual no sólo es imposible sino que tampoco es deseable partir de una situación social como la que caracterizó al despegue en estos otros países hoy altamente industrializados. Al contrario, si nuestra alternativa es el despegue, es decir, es incorporarnos decididamente al proceso de desarrollo, eso lo debemos hacer en condiciones de protección y garantías sociales como los que hoy tenemos, y que inclusive, si las comparamos, son difícilmente alcanzables en otros países más desarrollados que los nuestros.

Por otra parte, paralelamente a esta situación, actualmente somos testigos de lo que se ha denominado una revolución de las expectativas crecientes, caracterizadas porque exigimos cada vez más actividades del Estado, porque pedimos más realizaciones concretas del mismo, lo que ha provocado por otra parte la necesidad de que éste intervenga en sectores que cada vez se amplían más. Ello ha caracterizado ese cambio del Estado Abstencionista del siglo pasado por un Estado Intervencionista que caracteriza el Estado moderno en la actualidad. Bajo otro ángulo el cambio se ha operado de un Estado Liberal-Burgués de Derecho, como el que surgió de la Revolución Francesa, por un Estado Social de Derecho como el que caracteriza la estructura estatal de nuestros días.

Lejos están, por tanto, frente a esta situación, las posibilidades reales de un liberalismo tradicional para poder guiar un proceso de desarrollo en este último tercio del siglo veinte, sobre todo en una época en que la humanidad está sometida a unos tan profundos cambios económicos y sociales que quizás nunca se han producido en un lapso tan corto en ninguna otra fase de la historia de la humanidad.

Es evidente entonces la imposibilidad de que frente a este devenir histórico cada vez más apremiante, el proceso de desarrollo al cual nosotros debemos incorporar en nuestros países, puede ser un proceso sometido a esa larguísima evolución y por tanto pueda ser un proceso lento. Al contrario, es necesario e imprescindible que el proceso sea rápido, que sea lo más rápido posible, y que se realice al menor costo posible y con los resultados más eficientes posibles; sobre todo si volvemos a comparar el problema desde el punto de vista social frente a una sociedad en muchos modos y aspectos, consciente cada vez más de sus situaciones de marginalidad, debido a ese enorme progreso de los medios de comunicación social. Si nuestra alternativa, insisto, es el desarrollo, es decir, incorporarnos a un proceso de progreso acelerado, es evidente que ese proceso, frente a una situación donde de vez en cuando ruge la rebelión y aumentan la miseria y el hambre, nuestra decisión de incorporarnos al mismo tiene que ser a corto plazo.

Ahora bien, para que pueda ser a corto plazo un proceso de desarrollo es necesario evidentemente que ese proceso se promueva y se dirija. No puede, por tanto, ser un proceso espontáneo, no puede ser un proceso natural llevado por las solas fuerzas del

mercado, sino que, insisto, necesariamente tiene que ser un proceso provocado, un proceso dirigido, en definitiva, un proceso planificado; y es evidente que el Estado, la representación organizada de la sociedad, es el único ente con capacidad, con poder, con posibilidad para provocar, para dirigir, para planificar ese desarrollo acelerado. He aquí, quizás, otras de las resaltantes características del proceso de desarrollo en nuestros países en América Latina; precisamente, el papel preponderante del Estado en la promoción, fomento, dirección y planificación de ese desarrollo. Esta realidad de la necesaria injerencia del Estado en la vida económica y social, cada vez más creciente, por otra parte, es algo totalmente aceptado en el país.

Pero frente a ese proceso necesario de desarrollo y frente a esa premisa de la necesaria participación e intervención del Estado de la cual estamos convencidos, sin embargo, tenemos que comenzar por preguntarnos si queremos ingresar al proceso de desarrollo, si el Estado y sus estructuras, si las instituciones políticas y las instituciones administrativas, realmente, están o no preparadas para asumir ese reto.

El reto lo conocemos, el reto lo sabemos: necesitamos ingresar a un proceso de desarrollo en una situación particular de los países del tercer mundo, que exige una creciente intervención del Estado, en una época dada, el último tercio del siglo veinte, y con una serie de situaciones dadas. Sin embargo, la pregunta clave es: Puede el Estado y está en capacidad su estructura política y administrativa para asumir ese reto e incorporar a la sociedad al proceso de desarrollo?

Es quizás ésta, la pregunta fundamental y que divide el problema a plantearse en dos áreas: no sólo estamos en presencia de un problema administrativo para la búsqueda o estructuración del instrumento adecuado para gerenciar el desarrollo, sino que también estamos en presencia de un problema político, ya que la falla posible no sólo está en las instituciones administrativas, sino también en las instituciones políticas.

Pero dejando a un lado los problemas relativos a las transformaciones de la democracia para el desarrollo, el problema que a nosotros particularmente se nos plantea es el de saber si la Administración Pública, es decir, el instrumento administrativo del Estado está preparado para acometer este proceso de desarrollo.

Para contestar esa pregunta quizás habría que comenzar señalando que la Administración Pública es un instrumento de la acción política del Estado, por lo que no debe ser más que un criterio instrumental el que debemos tener presente cuando analizamos el proceso administrativo. Administración y política, por tanto, no están desligados. Siempre he pensado que esa dicotomía que muchas veces se pretende establecer entre la política y la administración debe ser superada, si entendemos que política es el conjunto de normas o guías de la acción del Estado.

La Administración tiene que estar ligada a la política, y ello en virtud de que, en definitiva, no es más que el instrumento de realización de las políticas definidas por el Estado.

Ese factor instrumental, la Administración Pública, frente al proceso de desarrollo, plantea la necesidad de repensar la estructura administrativa y proponer, en su caso, las medidas tendientes a adoptar esas estructuras a las exigencias de ese desarrollo. En

este sentido debemos señalar que, dentro del proceso mismo de desarrollo, se considera como un factor estratégico la estructuración de un instrumento administrativo capaz de asumirlo y dirigirlo. Por eso la importancia de la reforma administrativa; no es una importancia en sí misma, sino una importancia en cuanto vamos a estructurar un instrumento para promover un proceso de desarrollo acelerado. Lo importante, por tanto, es el desarrollo; y sólo consecuentemente la creación de los instrumentos necesarios para promoverlo y realizarlo.

El proceso que nos toca dirigir, y esto lo hemos señalado desde el primer momento que asumimos la Presidencia de la Comisión de Administración Pública en 1969, no busca una reforma administrativa para mejorar una administración pública tradicional. No se trata, por tanto, de mejorar una Administración Pública estructurada durante el siglo pasado y que quedara con la misma base que tuvo en su origen.

La reforma administrativa, por tanto, no es un proceso que se agota en sí misma, por lo que se requiere presentarle al proceso de reforma un objetivo que es el desarrollo y por tanto, realizar una reforma administrativa para el desarrollo. Se trata de transformar la Administración Pública tendiente a dotar el proceso de desarrollo de un instrumento adecuado, y no simplemente de mejorar una Administración Pública tradicional, mantenedora pura y simplemente del *statu quo*. Todo lo contrario, insistimos, buscamos estructurar una Administración Pública capaz de poder provocar los cambios y modificaciones que el mismo proceso de desarrollo exige e implica.

III. ESTRATEGIA PARA LA REFORMA ADMINISTRATIVA

Pero no sólo basta con presentarle al proceso de reforma administrativa un objetivo ligado al desarrollo, tal como lo hemos realizado, sino que en el mismo es necesario definir una estrategia que permita determinar, la viabilidad del programa de reforma administrativa. La estrategia definida en el proceso de Venezuela en ese sentido puede caracterizarse por tres elementos fundamentales: reforma administrativa y planificación; reforma administrativa por toda la Administración Pública; y reforma administrativa planificada.

1. La reforma administrativa y la planificación.

En primer lugar, la reforma administrativa y la planificación. Si se le ha asignado al proceso de reforma administrativa un objetivo ligado al desarrollo, es evidente la estrecha vinculación que debe existir entre el proceso de reforma administrativa y el proceso de planificación del desarrollo.

De ahí la adscripción que se le ha dado en Venezuela a la Comisión de Administración Pública con la Oficina Central de Coordinación y Planificación (Decreto N° 28 de 9 de abril de 1969).

De ahí también que en el IV Plan de la Nación apareció un capítulo especialmente destinado a la reforma administrativa. Es decir, el plan de reforma administrativa constituye una parte del plan de desarrollo pero conservando su unidad como una especie de plan sectorial.

2. La reforma administrativa planificada.

El segundo aspecto de la estrategia se refiere a que la reforma administrativa tiene que ser un proceso planificado. En efecto, no podemos seguir pensando en una reforma administrativa realizada con base en reformas y medidas aisladas e incoherentes sin responder a una visión de conjunto, lo que venía caracterizando, en los últimos años, el proceso de reforma administrativa en Venezuela.

Al contrario, estoy convencido de que la reforma administrativa debe ser un proceso planificado y de ahí el término ahora tan difundido de planificación administrativa, término que la CEPAL ha definido como “un proceso permanente por medio del cual se establecen objetivos administrativos a alcanzar en un período determinado por medio de políticas, planes y el empleo eficiente de los recursos administrativos existentes para conseguir un cambio de un nivel administrativo existente a otros mejores”.

Lamentablemente, y a pesar de que el proceso de convergencia entre la planificación económica y la planificación administrativa ha sido una tendencia generalizada en América Latina, en Venezuela no se hizo sentir dicha tendencia.

Por ello, no sólo en el III Plan de la Nación 1965-1968, ni en los anteriores, no se incluyó un capítulo relativo a la reforma administrativa, sino que hemos llegado a la Comisión de Administración Pública y ni siquiera hemos encontrado programas de reforma de gran envergadura, más o menos definidos, para toda la Administración Pública.

En la actualidad, al contrario, la reforma administrativa tiene una nueva orientación tendiente a su vinculación con el proceso de planificación. Ello surge no sólo del Decreto No. 28 de 9 de abril de 1969, mediante el cual se adscribió la Comisión de Administración Pública a la Oficina Central de Coordinación y Planificación; sino del texto del Decreto No. 103 de 23 de julio de 1969 reglamentario de la Comisión de Administración Pública. En este último Decreto se prevé expresamente, como una atribución de la Comisión de Administración Pública el elaborar y proponer al Ejecutivo Nacional, a través de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, un Plan de Reforma Administrativa que, evidentemente, forma parte del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación. Se ha seguido en este sentido la orientación latinoamericana de incluir en los Planes de Desarrollo Económico y Social, un capítulo para el Plan de Reforma Administrativa, tal como ha sucedido en Ecuador en su Plan General de Desarrollo Económico y Social 1964-1973; en Honduras en su Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 1965-1969; en Uruguay en su Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 1965-1974; y en el Salvador en su Plan Nacional para el Desarrollo Económico y Social 1965-1969.

3. La reforma de la Administración Pública por toda la Administración Pública.

El tercer aspecto de la estrategia se refiere a que la reforma administrativa debe hacerse por toda la Administración Pública, es decir, buscando la participación en el proceso de todos los niveles de la Administración. De ahí el Decreto No. 141 dictado en septiembre de 1969 mediante el cual se ordenó constituir en todos los organismos públicos de la Administración venezolana, Consejos de Reforma Administrativa y Oficinas

Coordinadoras de Reforma Administrativa, y que han actuado en estrecha colaboración con la Comisión de Administración Pública.

En análisis efectuados sobre la materia se ha determinado claramente el fracaso de las reformas administrativas impuestas y ejecutadas desde arriba; la necesidad de concebir una reforma con la participación más amplia posible; y que la acción reformadora previamente programada debe corresponder a toda la Administración Pública.

Esta ha sido precisamente la estrategia definida en Venezuela. En efecto, desde un inicio hemos estado convencidos de que había necesidad de disipar la falsa idea, erróneamente difundida en épocas anteriores por la propia Comisión de Administración Pública y por algunos de sus funcionarios, de que la reforma administrativa era una tarea exclusiva de dicho organismo, único titular que poseía el conocimiento de una técnica y una ciencia esotérica, a la cual debían someterse todos los otros organismos de la Administración Pública.

En este aspecto, como en otros muchos, no supimos apreciar en su justo valor la experiencia acumulada por otros países latinoamericanos. Con nuestra Comisión de Administración Pública sucedió entonces, pero con veinte años de atraso, algo similar a lo que acaeció, por ejemplo, con el Departamento Administrativo del Servicio Público del Brasil. Organismo creado en 1937 y que quiso imponer, desde afuera, una reforma con carácter imperativo; reforma que procedía de una élite que pretendía tener la exclusividad de los conocimientos técnicos imprescindibles por esa tarea. Tanto en el Departamento Administrativo del Servicio Público del Brasil como en la Comisión de Administración Pública, no se operó el necesario proceso de filtración de las nuevas ideas reformistas y de cambio de la administración hacia los diversos niveles gubernamentales y precisamente por esto, no lograron su objetivo.

De aquí la nueva estrategia de la reforma administrativa que se ha comenzado a definir por los Decretos dictados desde marzo de 1969; nueva estrategia que busca el interesamiento en el proceso de reforma de todos los niveles gubernamentales, administrativos; y que busca también el compromiso con el proceso de reforma de todos esos niveles y, globalmente, de todos los órganos de la Administración Pública,

La idea, por tanto, es que la responsabilidad de la reforma debe ser compartida por la Comisión de Administración Pública con todos los organismos administrativos, y ésta es precisamente la orientación, tanto del Decreto No. 103 de 23 de julio de 1969 como del Decreto No. 141 de 17 de septiembre de ese mismo año, que institucionaliza todos los Consejos de Reforma Administrativa. En esta forma la Comisión de Administración Pública, de órgano que pretendía imponer una reforma desde afuera, ha pasado a ser un organismo normativo, orientador, coordinador y evaluador de las reformas que los Consejos de Reforma Administrativa harán e iniciaran en todos los Ministerios e institutos Autónomos.

Ahora bien, la garantía para que el trabajo de todos estos organismos a nivel ministerial de institutos autónomos no sea desordenado en su conjunto, se han elaborado en la Comisión de Administración Pública y se han dictado por el Presidente de la República, a través de una Instrucción Presidencial No. R-1, de 13 de mayo de 1970, unos "*Lineamientos Generales de la Reforma Administrativa en la Administración Pública*

Nacional que establecen claramente todos los aspectos del proceso de reforma que deberán cumplirse uniformemente en todos los organismos públicos.

He tenido oportunidad de referirme en varias ocasiones a la importancia que interna y externamente tiene la Instrucción Presidencial referida; y dicha importancia deriva fundamentalmente de lo novedoso de su forma y de sus planteamientos.

Por una parte, es la primera vez que en las últimas décadas un Presidente de la República utiliza la fórmula de la Instrucción para dirigir una orden ejecutiva que tiene por destinatarios a su propia Administración y a los funcionarios que la componen. Este hecho, por tanto, marca el inicio de una nueva etapa en la forma de las comunicaciones del Presidente de la República con los diversos niveles de la Administración Pública que, estoy seguro, dará sus resultados positivos en forma inmediata.

Pero lo novedoso de la Instrucción no se quedó en su forma, sino también en su contenido. Es también la primera vez que en Venezuela un Presidente de la República asume claramente el problema de la reforma administrativa - uno de los tantos problemas de su gestión que es básicamente de él - y ordena la realización del proceso definiéndole sus grandes líneas. Y este hecho, permítanme que insista en ello, también tiene relevancia especial, si observamos cualquier proceso de reforma administrativa en las experiencias que nos muestra la Administración Pública Comparada.

No conocemos ningún precedente en el cual un Jefe de Estado haya dictado un acto de esta naturaleza en materia de reforma administrativa, englobando en el mismo todos los aspectos estructurales, funcionales y funcionariales de lo Administración Pública, como lo hace la Instrucción Presidencial.

IV. ÁMBITO DEL PROCESO DE REFORMA ADMINISTRATIVA

Anteriormente señalábamos que una de las fallas de la reforma administrativa en América Latina había consistido en la ausencia de un ámbito preciso de acción para los organismos reformadores. Esta falla también la encontramos en Venezuela y, por tanto, desde su inicio le fijamos al proceso de reforma las áreas de acción que ameritaban dos grandes enfoques: el enfoque macro-administrativo de la reforma y el enfoque micro-administrativo. Es decir, aquél que sitúa la responsabilidad fundamental del proceso en la propia Comisión de Administración Pública, diferenciada de aquél otro proceso que sitúa la responsabilidad fundamental de la reforma en todos y cada uno de los organismos que conforman la Administración Pública Nacional.

Quiero referirme brevemente a estos dos enfoques, el macro-administrativo y el micro-administrativo, que permiten tener una visión general de este proceso de reforma administrativa para el desarrollo que se ha iniciado en Venezuela.

1. El enfoque macro-administrativo.

El enfoque macro-administrativo sitúa, como señalé, la responsabilidad fundamental de su programación, promoción y realización en la propia Comisión de Administración Pública; y es que el mismo carácter macro-administrativo que tiene,

comprendivo de todos los organismos y entidades del Estado, exigía que un órgano central a nivel de la Presidencia de la República, se encargara de programar, promover y realizar esta reforma, entendida como un sistema de planificación administrativa. (Las conclusiones del enfoque macro-administrativo pueden verse en el *Informe Preliminar sobre la Reforma Administrativa en Venezuela*, Cuadernos para la Reforma Administrativa Nos. 4, 5, 6, 7 y 8, publicado en Caracas en 1971).

Este enfoque macro-administrativo de la reforma comprende diversos aspectos, que están actualmente en curso de programación o de realización, en algunos casos.

El primero de estos enfoques se refiere a la reforma burocrática, es decir, la reforma de la Función Pública. Es evidente la importancia de los recursos humanos en la Administración Pública, ya que los mismos tienen a su cargo la realización concreta de la Administración. Por tanto, es evidente que el primer paso de la reforma debía buscar la definitiva estructuración de un estatuto del funcionario público que le permita a éste realizar su actividad pública en forma útil, productiva y permanente; con las debidas garantías de seguridad y de estabilidad, e inclusive de beneficios económicos.

La Comisión de Administración Pública, en este campo, durante los diez años anteriores realizó una labor muy importante. Yo diría que la realización fundamental de la Comisión fue la estructuración de las bases para establecer un estatuto de la Función Pública y de un sistema racional de Administración de Personal en el sector público. Hoy, este proceso de realización concreta realizado durante los últimos diez años, lo hemos visto culminado con la sanción por las Cámaras Legislativas, de la Ley de Carrera Administrativa de 4 de septiembre de 1970.

La Comisión había presentado un Proyecto en el año 1959, es decir, hace once años. Este proyecto sólo logró durante ese lapso una aprobación en primera discusión en la Cámara de Diputados, aun cuando en el transcurso de los mismos fue sucesivamente modificado por diversas Comisiones del Congreso hasta el punto de que cuando las Cámaras Legislativas decidieron reiniciar en abril de 1970 la discusión del Proyecto de Ley de Carrera Administrativa, y a nosotros nos tocó estudiarlo, nos encontramos con un Proyecto francamente mal estructurado; es decir, con un Proyecto que, en primer lugar, había sido redactado hacía once años y que, por tanto, no tenía ninguna vigencia; por otra parte, un Proyecto que había sido notablemente desmejorado por el “trabajo” que se había realizado en diversas discusiones en las propias Cámaras y en las propias Comisiones del Congreso.

Esta situación nos permitió presentar a la Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados un nuevo Proyecto de Ley sobre los Funcionarios Públicos, que materialmente fue totalmente acogido por esta Comisión legislativa. Este Proyecto nuevo de la Comisión de Administración Pública, con las modificaciones que se le efectuaron en las Cámaras, fue el que se sancionó por las Cámaras Legislativas.

En el Proyecto que presentamos se regula no sólo la Carrera Administrativa, que es un aspecto fundamental del mismo, sino que se regula todo el estatuto del funcionario público; se establecen diversos tipos de funcionarios, los de carrera y los que no son de carrera, es decir, los de libre nombramiento y remoción. Para los de carrera se establecen las necesarias y diversas garantías y derechos de estabilidad, de ascenso, de vacaciones,

de bonificación de fin de año, de remuneración, de prestaciones sociales e inclusive se admite en el Proyecto el derecho de sindicalización de los funcionarios. En efecto, hoy ya está fuera de discusión en la Administración Pública comprada el que la sindicalización de funcionarios pueda admitirse. Sin embargo, es evidente, se trata de una sindicalización *sui generis*, es decir, sometida a limitaciones entre las cuales está, por supuesto, la proscripción total de la huelga en la función pública y la eliminación total de las posibilidades de la contratación colectiva en el sector público. El hecho de admitirse la sindicalización de funcionarios, y esto debe quedar muy claro porque no está claro en las Cámaras Legislativas, no implica por ningún respecto el derecho de huelga y el derecho a la contratación colectiva.

En las Cámaras Legislativas se discutió sobre este problema ya que ciertos sectores insistieron en que se permitiera la contratación colectiva en el sector público, lo que consideramos que sería, entre otras cosas, además de un absurdo, algo inconstitucional ya que implicaría una limitación a la soberanía presupuestaria del propio Parlamento por el hecho de que su admisibilidad implicaría que el Ejecutivo pudiera contratar con sus funcionarios y fijar determinado monto de gastos corrientes que después se le impusieran al propio Parlamento.

Por otra parte, el Proyecto además de establecer, lo que podría ser el Estatuto del Funcionario Público y todas las garantías debidas para que pueda realizar una labor eficiente y útil, estableció lo que podría denominarse el Sistema de Administración de Personal basado en la experiencia que había habido en los últimos altos en nuestra Administración Pública. En este sentido consagró el sistema de clasificación de cargos, el sistema de remuneración y el sistema de formación, capacitación y adiestramiento, que en la actualidad viene siendo desarrollado por la Escuela Nacional de Administración Pública que depende de la propia Comisión de Administración Pública.

Debemos señalar por justicia que este primer aspecto es en el cual más se ha destacado la labor de la Comisión en los doce años de existencia que tiene; aspecto del proceso de reforma administrativa que ha culminado al aprobar las Cámaras Legislativas la Ley de Carrera Administrativa.

Pero el enfoque macro-administrativo no se queda en el problema del personal al servicio del Estado, sino que va a otros aspectos; concretamente, el aspecto de la estructura administrativa.

En efecto, está hoy fuera de toda duda el considerar que la base de la organización de la Administración Pública venezolana data del siglo pasado. Hemos tenido una Administración que, con esa base, ha ido creciendo en una forma realmente vertiginosa, pero este crecimiento no ha estado acompañado de una adaptación racional de las estructuras a las necesidades económicas y sociales cambiantes. Al contrario, hemos tenido un proceso en el cual lo que se ha hecho, a medida que el Estado ha ido asumiendo nuevas funciones, es ir creando nuevos organismos sin tener en cuenta a los anteriores, o ir subdividiendo los organismos existentes. Es decir, el crecimiento de nuestra Administración se ha producido por un proceso de agregación y de desgajamiento de organismos lo cual nos lleva hoy a tener una Administración Pública Nacional con

más de ciento veinte organismos, entre Ministerios y organismos de la Administración Central, establecimientos públicos y Empresas del Estado.

Es necesario, por tanto, frente a esta dispersión estructural y organizativa, comenzar por planteamos cuáles son las funciones del Estado en la actualidad y qué es lo que el Estado debe hacer de acuerdo a un plan de desarrollo, y readaptar esa dispersa estructura a estos nuevos fines del desarrollo nacional. Por eso la reforma administrativa tiene una vinculación tan estrecha con la planificación del desarrollo porque son las exigencias del desarrollo y de su planificación las que deben condicionar la reestructuración de la Administración Nacional.

Para este fin de reforma macro-estructural, la Comisión de Administración Pública ha estado realización de un diagnóstico (Véase en el “*Informe Preliminar sobre la Reforma Administrativa en Venezuela*”, Cuadernos para la Reforma Administrativa Nos. 4,5,6,7 y 8. C.A.P., Caracas 1971) porque lamentablemente al llegar nosotros a ella no encontramos ninguno. Estamos en el proceso de realizar el diagnóstico para determinar primero, qué es lo que realmente tenemos como Administración Pública, porque entre otras cosas, lo hemos ignorado. Sabemos que hay más de ciento veinte organismos en ella pero no sabemos con exactitud cuáles son las funciones que esos organismos realizan y dónde están las que faltan, sobran, se duplican o están superpuestas, para poder proponer las necesarias readaptaciones en la estructura estatal.

Estamos este año 1971 concluyendo el diagnóstico y llevamos adelantada la elaboración del Plan de reestructuración global para acomodar la Administración Nacional, hoy dispersa, a esos nuevos objetivos del desarrollo (Véase en el “*Informe Preliminar sobre la Reforma Administrativa en Venezuela*”, Cuadernos para la Reforma Administrativa Nos. 4,5,6,7 y 8. C.A.P., Caracas 1971).

Esto implicará por supuesto una reestructuración de Ministerios, de Institutos Autónomos y de Empresas del Estado y también la eliminación, fusión y eventual creación de nuevas unidades con la desaparición de las anteriores.

En algunos aspectos este proceso de reforma estructural ya se ha adelantado, como en el caso de los Institutos Autónomos. Recientemente se dictó el Decreto N° 280 de 8 de abril de 1970 por el cual se comenzó a establecer cierto orden en la administración de los mismos y en el cual además de consagrarse normas precisas sobre la administración, coordinación y control de dichos entes, se ha creado el Consejo de Institutos Autónomos, y que tiene a su cargo, dentro de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, la coordinación de las actividades de los Institutos para incorporar sus realizaciones a los objetivos del Plan de desarrollo económico y social.

Otro aspecto importante de esta reforma macro-administrativa, que se ha iniciado hace un más de un año, es de la regionalización administrativa de la Administración Pública Nacional.

Hoy, la dispersión que hay a nivel nacional entre diversas unidades organizativas, si la reflejamos a nivel regional nos muestra una complejidad mayor, lo que, por otra parte, se agrava por el hecho de que tenemos una división político-territorial que no responde absolutamente a ningún criterio racional; más bien en algunos casos, como ya

lo he señalado en otras oportunidades, la división político-territorial del país que hoy tenemos parece fruto de la irracionalidad premeditada. Basta situarnos en el Valle de Caracas para que nos resulte incomprensible que un valle natural, una unidad geográfica, esté dividida jurisdiccionalmente por lo mitad, con una autoridad en el Distrito Federal de una parte, y en la otra una autoridad de un Distrito de un Estado Federado. Este solo hecho en la capital de la República nos refleja cuáles pueden ser las consecuencias de esa irracionalidad en el interior del país.

Esta situación ha obligado, por tanto, a que, en base a las regiones de desarrollo, se redefina uniformemente el ámbito de acción de la Administración Pública Nacional a nivel local y, por tanto, se comience a redefinir el ámbito de acción estatal y municipal, en base al criterio regional.

El Decreto N° 72 sobre regionalización administrativa dictado el 11 de junio de 1969, define ocho regiones administrativas y obliga a la Administración Pública Nacional a acomodar su ámbito de acción en el interior de la República a esas ocho regiones. En esta forma se busca uniformizar la acción nacional en el territorio a nivel de ocho regiones pero que el proceso de coordinación y de planificación del desarrollo regional pueda ser realizado racionalmente con la participación, por otra parte, de los entes locales, es decir, estatales y municipales.

Por supuesto, este proceso de regionalización es quizás la parte más complicada y más delicada del proceso de reforma administrativa. En ninguna parte del mundo existe un proceso de regionalización totalmente definido y que haya dado sus frutos en forma completamente eficiente, porque ni la misma regionalización francesa ha culminado su proceso.

En todo caso, el problema también es grave en Venezuela. No es un problema que está resuelto con el Decreto de Regionalización ni mucho menos; pero en todo caso, es un primer paso para obligar a los organismos nacionales a que comiencen a pensar a nivel regional y no solo a nivel municipal o estatal.

Pero aparte de estos aspectos de la reforma de la Función Pública y de la reforma estructural, dentro del enfoque macro-administrativo, hay otros aspectos. Concretamente, el que se refiere a los sistemas administrativos y, en primer lugar, a los sistemas prioritarios del desarrollo.

Dentro de estos sistemas, además del mismo sistema de planificación administrativa o de reforma administrativa, tenemos dos grandes sistemas que requieren de una reforma, que si bien hasta ahora ha venido siendo paulatina, requieren de un paso ya más definitivo. Se trata del Sistema de Planificación y del Sistema Presupuestario.

En efecto, el año 1958 fue un año importante para el desarrollo de Venezuela, pues en esa fecha como antes dije se creó la Oficina Central de Coordinación y Planificación y se sentaron las bases del sistema de planificación en el país. Sin embargo, hoy, en el año 1970, si analizamos cruda y descarnadamente lo que se ha hecho en materia de planificación, llegamos al convencimiento de que lo que hemos denominado Plan de la Nación, en los tres planes que hemos tenido hasta 1968, de Plan sólo tiene el nombre, pero no responden realmente a lo que debe ser un sistema de planificación; y

ello, porque un Plan que se hace ensamblado y difícilmente compatibilizado, que nadie lee y que nadie cumple, no puede ser nunca un Plan de la Nación, ni puede ser, por tanto, un documento que realmente guíe la acción del Estado y de toda la sociedad. Por eso, en la actualidad, se están dando pasos importantes para reformar inclusive el mismo sistema de planificación y en tal sentido presentamos un proyecto a la Oficina Central de Coordinación y Planificación para estructurar el sistema con la participación de todos los niveles de la Administración Pública y la participación de todos los niveles interesados de la sociedad a través de los mecanismos que configuran la llamada planificación democrática, tal y como se han definido desde hace ya algunos años.

El sistema presupuestario también es objeto de atención en este enfoque macro-administrativo. Tenemos varios intentos de estructurar un presupuesto por programa desde hace algunos años; sin embargo, la realidad nos muestra hoy que el Presupuesto no ha sido realmente estructurado por programas, porque primero se formula el presupuesto o las autorizaciones de gastos, y luego el programa, y no como debía ser, definir primero los programas para que la autorización del gasto sea consecuencia de los mismos. En la actualidad se está intentando incorporar realmente los programas al propio presupuesto, es decir, a la propia autorización de gastos, lo que va a dar origen a una reforma de gran trascendencia y que se está aplicando en el presupuesto del año 1971, y que implicará que la autorización de gastos vaya como consecuencia de la definición de los programas, de manera que sean un solo documento el presupuesto y los programas.

Otros sistemas administrativos adolecen de unas fallas increíbles y que también requieren en el enfoque macro-administrativo de una reforma. Dentro de éstos, por ejemplo, el sistema estadístico. He señalado también en otras oportunidades que al estudiar nuestra Administración Pública Nacional me he convencido de que ha sido casi por milagro que ha funcionado ya que muchas decisiones de importancia se han tomado sin que hubiera realmente una base de información suficiente. Esto ha traído varias consecuencias. En primer lugar, que el proceso de decisión haya sido lento porque no había información suficiente para adoptar la decisión, originando en la mayoría de los casos el temor de los directivos a tomar las decisiones. Por otra parte, el hecho de que la Administración, mal que bien haya funcionado, quizás se ha debido a la gran inteligencia de los directivos que ha tenido el sector público, que les ha permitido tomar decisiones algunas veces por intuición, sin la suficiente información como para que esas decisiones fueran definitivas. Sin embargo, por muchas de estas decisiones tomadas por intuición, hoy estamos sufriendo graves consecuencias ya que muchas de ellas, si se hubiera dispuesto de la información requerida en el momento oportuno, no se hubieran tomado.

Todo este problema de la falta de la producción de la información se refleja en el sistema estadístico. No tenemos hoy un sistema estadístico nacional; tenemos muchos organismos que producen información estadística, pero la información o es insuficiente o es inútil, o quizás en la mayoría de los casos es incompatible y no consolidable. Muchas veces tenemos informaciones sobre el mismo tema, producidas por diversos organismos, pero que no pueden ser consolidadas o compatibilizadas para la toma de decisión.

Esto por supuesto tiene un reflejo muy importante en el propio sistema de planificación ya que sin información estadística y administrativa adecuada es materialmente imposible la labor de planificación. En la actualidad se está desarrollando el diagnóstico del sistema estadístico para la reestructuración global del mismo, que traerá, entre otras consecuencias, el que el órgano central del sistema salga del Ministerio de Fomento, que es donde ha estado, y pase a una unidad con cierta autonomía, adscrita al órgano central de planificación.

Otros aspectos de la reforma de los sistemas administrativos se refieren al sistema de compras y suministros, y al sistema de contabilidad gubernamental.

En estos campos se han realizado intentos de reforma durante los últimos años, pero todavía no han llegado a consolidarse sistemas generales que pudieran contribuir a reducir racionalizar el gasto público corriente.

Vale la pena insistir en que desde hace algunos años se viene planteando -y ya en este último año y en los futuros será patente- el problema del crecimiento desmesurado del gasto corriente y la necesidad de que se detenga este crecimiento galopante del gasto de funcionamiento de la Administración Nacional. Se ha hablado de la necesaria reorientación del gasto público y de la necesaria racionalización de este, pero, sin embargo, hasta ahora no se han determinado los mecanismos para lograr esa racionalización o esa reordenación del gasto. Es fácil decir eso es lo que hay que hacer, reordenar y racionalizar el gasto corriente, sin embargo, las medidas para racionalizar y reordenar no se han definido ni tomado. Quizás la clave de las medidas está en la propia reforma administrativa, tendiente a la racionalización del gasto y, a través del criterio del costo y rendimiento de los servicios públicos, lograr la reorientación del mismo cuando se establezca que un determinado gasto no es productivo, ni el servicio rendidor.

En este sentido, hemos tomado la experiencia que se desarrolló en otros procesos de reforma administrativa, basados en el criterio del costo y rendimiento del gasto y de los servicios públicos para, con base en el diagnóstico de este costo y rendimiento, poder proponer medidas para racionalizar y reorientar el gasto.

Algunas investigaciones se han hecho en la Comisión de Administración Pública, y a primera vista, muestran situaciones realmente alarmantes. Por ejemplo, en materia de alquiler de equipos de computación, paralelamente que tenemos una administración que utiliza procedimientos de escritura a mano y cálculos a tinta, sin embargo, gastamos más de 70 millones de bolívares en la operación de los mismos. Ese gasto que ha ido creciendo, en forma descontrolada en los últimos doce años, hace necesario que hoy nos planteemos el problema de reorientarlo a través de una racionalización, que podría implicar la concentración de equipos en centros de computación para que, a la vez que sean más eficientes y presten adecuados servicios, puedan liberar un gasto que hoy es gasto corriente o de funcionamiento.

Pero todos estos problemas implican una labor de análisis, de diagnóstico de los diversos renglones del gasto corriente y luego, de una gran decisión política para tomar las medidas conducentes a esta reorientación o a esta racionalización.

2. *El enfoque micro-administrativo.*

El otro enfoque de la reforma administrativa, aparte de este enfoque macro-administrativo, es el que debe acometerse en cada uno de los organismos de la Administración Nacional, es decir, en cada uno de los Ministerios y organismos de la Administración Central, en cada uno de los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos, y en cada una de las Empresas del Estado.

El enfoque micro-administrativo de la reforma, que por otra parte no impedirá las reformas estructurales o globales, es un proceso que está en marcha. En el presupuesto del año 1971 se incorporaron reformas estructurales que se han venido determinando y precisando en todos los Ministerios e Institutos Autónomos, pero fundamentalmente a nivel ministerial. Si observamos las estructuras de todos nuestros Ministerios nos encontramos con que son instituciones que reflejan internamente lo que ha pasado a nivel nacional, es decir, instituciones que han crecido horizontalmente a través de la creación de nuevas unidades, de nuevas oficinas y direcciones, a medida que las necesidades iban exigiendo acciones y realizaciones concretas al Estado, y a su Administración. Esto ha originado que hoy todos los Ministerios presenten una estructura horizontal, es decir, una dirección superior y luego una variedad de oficinas y direcciones que, por supuesto, dificultan e imposibilitan en algunos casos la labor de dirección, coordinación y control que el Ministro y los niveles superiores en los Ministerios deben realizar respecto a las diversas unidades de los mismos.

Esto ha provocado el inicio de un proceso de reconcentración de unidades a través de la redefinición de las funciones que cada Ministerio tiene a su cargo, y ha originado medidas de reestructuración piramidal de los Ministerios, que se han reflejado en la Ley de Presupuesto de 1971 (Véase Reglamento del Estatuto Orgánico de Ministerios dictado por Decreto N° 539 de 10 de febrero de 1971).

Por ejemplo, en este sentido, en el Ministerio de Hacienda ya se han dado pasos importantes, inclusive desde 1969. Este Ministerio tenía una dispersión horizontal entre Direcciones y Oficinas que han sido reconcentradas en tres grandes unidades: una Dirección General de Rentas, donde se han incluido todas las direcciones de rentas: Renta Interna, Impuesto sobre la Renta, Aduanas; una Dirección General de Servicios, en la cual se han a incluir todos los servicios generales del Despacho para satisfacer las necesidades de todas sus oficinas; y una Dirección General de Finanzas Públicas, en la cual se han concentrado la Dirección de Presupuesto, la Dirección de Crédito Público, la Dirección de Tesorería Nacional y el Centro de Investigaciones Financieras y Económicas.

En esta forma el mismo esquema queda desarrollado en todos los Ministerios. En el Ministerio de Comunicaciones, por ejemplo, se comenzó por definir los programas básicos del Ministerio; Tránsito y Transporte por una parte y Comunicaciones por lo otra, lo que ha dado origen a dos grandes Direcciones Generales en las cuales se van a concentrar las Direcciones existentes: la Dirección General de Tránsito y Transporte tiene a su cargo la Dirección de Tránsito Terrestre actual, la Dirección de Aeronáutica Civil, la Dirección de Marina Mercante y una nueva Dirección de Transporte Terrestre; y la Dirección General de Comunicaciones, que integra la Dirección de Correos y la Dirección de Telecomunicaciones.

En esta forma, de acuerdo con este primer paso de la reforma estructural micro-administrativa, se ha logrado definir los programas básicos de cada Ministerio, y se ha llegado a la conclusión - es lo que nos ha demostrado la experiencia - de que los grandes programas de los Ministerios no pasan de dos o tres, y que es posible reconcentrar todas las dispersas unidades actuales en dos o tres grandes Direcciones Generales.

Este primer paso está permitiendo en primer lugar, que cada uno de los programas suponga una sola Dirección que tenga a su cargo la formulación y conducción de la política en cada uno de ellos y, por tanto, la posibilidad concreta de que se realice un control y una coordinación en la ejecución de esta política, que en la actualidad, insisto, es casi materialmente imposible. Esta reforma estructural micro-administrativa, que si bien es un primer paso, por su racionalidad, además de tener la virtud de ser irreversible, va a provocar otras decisiones en el futuro, ya que implicará la adopción de reformas en cada uno de estos programas que se concentren bajo las Direcciones Generales.

Por otra parte, es un paso tomado en ejecución de la indicada orden Presidencial que se dictó el 13 de mayo de 1970 mediante la Instrucción por lo cual se establecieron los *Lineamientos Generales de la Reforma Administrativa*. Como lo señalé anteriormente, este acto tiene, para el proceso de reforma administrativa en Venezuela, una tremenda importancia: se trata de un acto mediante el cual el Presidente de la República ordenó a toda la Administración Pública, en todos sus niveles, el cumplimiento de una serie de pautas y metas de reformas que está siendo desarrolladas en todos los organismos públicos. Con este documento se establece entonces el ámbito global de la reforma micro-administrativa: se les indica a todos los organismos qué es lo que deben hacer, cuáles son las labores que deben cumplir, cuáles son los problemas con los que se van a encontrar y, por tanto, cuáles las actividades que deben realizar para solucionar esos diversos problemas. Con este documento, por otra parte, se garantiza la debida uniformidad del proceso, como consecuencia de la estrategia de la reforma administrativa definida en base a la idea de participación y a la noción de sistema.

En efecto, hemos señalado que la estrategia consistía en hacer participar en el proceso a todos los niveles administrativos, y la forma ideada para que este proceso guarde uniformidad en todos esos niveles administrativos ha sido precisamente a través de este documento, la Instrucción Presidencial, que está canalizando todas las actividades de reforma de todos los Ministerios, en todos los Institutos Autónomos y en todas las Empresas del Estado, dentro de unas grandes líneas contenidas en la misma. En dicho documento, no sólo se establecen Lineamientos Generales para la Reforma Estructural sino también para la reforma del funcionamiento de la Reforma de la Administración Pública y para la Reforma de la Función Pública en la Administración Nacional. De ahí que también formen parte del enfoque micro-administrativo, el diagnóstico y formulación de reformas en los sistemas y procedimientos que se siguen en cada organismo público, y sobre los cuales, en razón del tiempo, no insistiré. Basta señalar que los mismos aspectos analizados en el enfoque macro-administrativo se reflejan en el enfoque micro-administrativo.

V. CONCLUSIÓN

De todo este panorama del proceso de reforma administrativa en Venezuela, tanto en su aspecto macro-administrativo como en su aspecto micro-administrativo, de la estrategia definida de participación y del objetivo que se persigue -adaptar la estructura administrativa del proceso de desarrollo-, es evidente que la conclusión no puede ser otra, que la de que estamos frente a una tarea de dimensiones increíbles: modificar una Administración Pública que estructuralmente fue construida sobre bases pertenecientes al siglo XIX y que funcionalmente tienen sistemas, procedimientos del mismo siglo; y modificar la mentalidad de sus funcionarios para adaptarla a una nueva realidad y a un proceso de desarrollo nacional que busque la independencia del país. Todos los que han pasado por la Administración Pública pueden confirmar lo insospechable de las proporciones de este proceso. Ello, aunado a su tremenda importancia que exige que este proceso no puede ser realizado, y ni siquiera pueda pensarse en su realización, sin una gran decisión política, sin un apoyo de los más altos niveles de decisión política del Estado. No solo se requiere, como hasta ahora lo hemos tenido, un gran apoyo de los altos niveles del Ejecutivo Nacional en esta voluntad de reformar, de poner al día, de modernizar, la Administración Pública; sino que en un futuro próximo requeriremos, evidentemente, de un gran apoyo del Parlamento, cuyo funcionamiento también está en la actualidad cuestionado.

En esta forma creo haber dejado expuesto los lineamientos generales del proceso de reforma administrativa que se está desarrollando en Venezuela desde 1969.

II

LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA^{1*}

Conferencia dictada en el *Congreso Internacional de Derecho Administrativo* con ocasión del *XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Santo Domingo, 12 de septiembre de 2012. Publicada en el libro: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Dr. Raymundo Amaro Guzmán,”* (Santo Domingo, 12 al 14 de septiembre de 2012 (Editores Jaime Rodríguez Arara, Olivo Rodríguez Huertas, Miguel Ángel Sendín García, Servio Tulio Castaños Guzmán, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Editorial Jurídica Venezolana International, 2015, pp. 9-54; y en el libro Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Bases constitucionales del derecho administrativo y del proceso contencioso administrativo en República Dominicana*, Colección Estudios de derecho Administrativo, Vol. I, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 1-88.

Como lo hemos expresado en otro lugar,² uno de los signos más característicos del derecho administrativo en el mundo contemporáneo es el de su progresiva

¹ * Este estudio lo he preparado especialmente para el XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, República Dominicana, septiembre de 2012, a requerimiento expreso de su organizador en Santo Domingo, el profesor Olivo Rodríguez Huertas, a quien además, quiero agradecer la lectura cuidadosa que hizo del mismo, así como los pertinentes comentarios que me formuló. Para su redacción, y dado el tema propuesto, me he basado exclusivamente en las previsiones de la Constitución de la República Dominicana de 2012, analizadas bajo el prisma de los principios generales del derecho público y administrativo que he trabajado tanto en los últimos años, particularmente en mis libros: Allan R. Brewer-Carías, *Principios fundamentales del derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005; y *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, Tomo I, Bogotá, 2006, pp. 7-142; y en múltiples trabajos monográficos, que me he permitido citar en cada caso a lo largo de este estudio. Por la osadía que significa el haberme atrevido a estudiar lo que estimo son los principios generales del derecho público dominicano, ruego a los juristas dominicanos me excusen por cualquier error de apreciación que haya podido haber tenido respecto del sentido del texto de la Constitución dominicana.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Marco constitucional del derecho administrativo,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús

constitucionalización. Esto ha implicado, además, que en el campo del derecho constitucional, las Constituciones mismas hayan superado su tradicional contenido orgánico/dogmático relativo a la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales, y cada vez con mayor frecuencia hayan venido incorporado a su normativa, los principios básicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública y de la actividad administrativa de los órganos del Estado.

Por ello, con razón, en el derecho público contemporáneo se puede hablar de la existencia de unas bases constitucionales del derecho administrativo, las cuales, en el caso de la Constitución de la República Dominicana del 26 de enero de 2010, se conforma por los siguientes principios fundamentales: en *primer lugar*, el principio de la legalidad, que en particular se fundamenta en la supremacía constitucional; en *segundo lugar*, el principio de la formación del derecho por grados, asegurando la sumisión de los órganos del Estado y en particular, de la Administración Pública, al ordenamiento jurídico; en *tercer lugar*, el principio de la distribución territorial o vertical de los poderes públicos en la organización del Estado y las diversas personas jurídicas estatales; en *cuarto lugar*, el principio de la separación orgánica u horizontal de los poderes públicos y la conformación de los diversos órganos constitucionales del Estado; en *quinto lugar*, el principio el carácter inter orgánico de la Administración Pública; en *sexto lugar*, los principios constitucionales de la actividad administrativa como actividad del Estado; en *séptimo lugar*, el principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado y, en particular, de la función administrativa; en *octavo lugar*, el principio del carácter inter funcional de los actos estatales y, en particular, de los actos administrativos; en *noveno lugar*, el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales tanto por la Jurisdicción Constitucional como por la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y en *décimo* lugar, el principio de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios.

I. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que puede hablarse del mismo cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública o que realizan la función administrativa están sometidos al derecho, y particularmente, al derecho destinado a normar sus actuaciones.

El principio de legalidad es, por tanto, el primero de los principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados como consecuencia de la concepción del Estado como *Estado de derecho* o Estado democrático y social de derecho (Art. 7, Constitución), lo que implica la necesaria sumisión de sus órganos y entes al ordenamiento jurídico, el cual está compuesto por la propia Constitución, que tiene aplicación directa como norma, por las leyes, por los tratados internacionales ratificados que rigen

González Pérez, Colegio de Abogados de Costa Rica, Año 9, No. 9, San José, 2009, pp. 127-153; “Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela” en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Vol. VII, 1984/1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, pp. 215-231.

en el ámbito interno una vez publicados de manera oficial (art. 26.2) y, además, por el conjunto de reglamentos y actos normativos dictados por las autoridades competentes.³

El primer elemento del principio de la legalidad, por tanto, es el de la “supremacía de la Constitución,” que la Constitución dominicana ha regulado en forma expresa en su artículo 6, al disponer que la misma es “norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado,” a la cual están sujetas “todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas,” constituyendo uno de los deberes fundamentales de las personas el “acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas” (art. 75.1). En la Constitución, además, se atribuyó a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, “jerarquía constitucional” disponiéndose que “son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.”

Como complemento de la supremacía constitucional, la Constitución dominicana, además, incorporó en su propio texto el principio de lo que Hans Kelsen llamó la “garantía objetiva de la Constitución” al declarar que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.”

Todos los órganos del Estado que ejercen los poderes públicos, por tanto, están sometidos a la Constitución, siendo sus atribuciones “únicamente las determinadas” en ella y en las leyes (art. 4), lo que se ratifica, por ejemplo, respecto del Poder Judicial, al disponer el artículo 149.II que los “tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes.” En relación con los órganos que conforman la Administración Pública, por otra parte, el artículo 138 de la propia Constitución también dispone que la misma debe realizar su actuación “con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.”

Por tanto, conforme a este principio de sumisión al ordenamiento jurídico de todos los órganos que ejercen los poderes públicos y, en particular, de los que conforman la Administración Pública, que es el principio de legalidad, todas las actividades de los órganos y entes del Estado, y de sus autoridades y funcionarios, deben realizarse conforme a la Constitución, a la ley, tanto orgánicas como ordinarias (arts. 112, 113), a los tratados y a todas las otras fuentes del derecho que les sean aplicables en su actuación, dentro de los límites establecidos por las mismas. Toda actuación contraria a la Constitución, a la ley o a alguna otra fuente del derecho administrativo vicia la actuación de ilegalidad. Por ejemplo, como lo indica la Constitución específicamente al proteger la función pública, declarando que “La separación de servidores públicos que pertenezcan a la Carrera Administrativa en violación al régimen de la Función Pública, será considerada como un acto contrario a la Constitución y a la ley” (art. 145). Y todo acto estatal contrario al ordenamiento jurídico, lo hace susceptible de ser impugnada ante los tribunales competentes que ejercen el control de constitucionalidad (art. 185) o de legalidad de los actos estatales (art. 165.2).

³ Véase Antonio Moles Caubet, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas, 1974.

II. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

Ahora bien, en relación con el principio de legalidad, en el ordenamiento jurídico dominicano se pueden distinguir, por una parte, las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior; y por la otra, las normas que son sancionadas por alguno de los órganos que ejercen los poderes públicos con poderes derivados de la Constitución. En otras palabras, particularmente en un sistema como el dominicano, con Constitución escrita, se establece una distinción: primero, entre la norma constitucional en sí misma, y las normas (básicamente las leyes) o los actos dictados en ejecución de sus disposiciones; segundo, entre ese primer nivel de ejecución de la Constitución que está básicamente conformado, desde el punto de vista normativo, por la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma, particularmente los reglamentos; y tercero, los demás actos y normas dictados en ejecución del conjunto normativo que deriva de los dos primeros niveles de ejecución de la Constitución, donde están generalmente los actos administrativos.

Se puede decir, por tanto, que las normas que integran el ordenamiento jurídico de la República Dominicana, partiendo de la Constitución, se organizan en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior. Se trata del principio de la formación del derecho por grados, también derivado de las ideas de Hans Kelsen sobre los sistemas jurídicos como una jerarquía de normas, lo cual permite determinar la relación jerárquica que existe entre el conjunto normas o de reglas de derecho que forman el ordenamiento.⁴

Ello implica que en el análisis global del ordenamiento jurídico se puede establecer una distinción entre aquéllos actos de los órganos del Estado, que ejercen los poderes públicos, que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, es decir, que son dictados directamente en ejercicio de potestades constitucionales; y aquéllos cuya ejecución no está directamente relacionada con la Constitución, y que se dictan en ejercicio directo de poderes y competencias establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución. Estos son los actos de ejecución directa e inmediata de la legislación, y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.⁵

Los primeros, es decir, los actos realizados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidas a lo que dispone el texto fundamental, no teniendo el Legislador, en general, competencia para regularlas mediante leyes; y los segundos, en cambio, son los actos realizados en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidos al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidos a las regulaciones establecidas, además de la Constitución, en las leyes y en las otras fuentes del derecho.

⁴ Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires 1981, p. 135.

⁵ Véase sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el orden constitucional venezolano Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1975, pp. 373 y ss.; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI (Evolución Histórica del Estado), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas,-San Cristóbal 1996, pp. 107-117

Los primeros, por otra parte, dada la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sólo están sometidos al control de constitucionalidad a cargo de la Jurisdicción Constitucional que corresponde al Tribunal Constitucional (Arts. 184, 185); los segundos, en cambio, están sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad que corresponden a las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto a las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la casación en lo que concierne a la actividad judicial; como a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Arts. 165) y la jurisdicción contencioso electoral (art. 214) cuando se trata de actividades administrativas.

En cuanto a los actos sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, en la enumeración del artículo 185.1 de la Constitución, puede decirse que sólo las “leyes” dictadas por el Congreso Nacional tienen siempre el carácter de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 93.1). En cuanto a los “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” que se enumeran en dicha norma, en cambio, sólo están sometidos al control del Tribunal Constitucional aquellos dictados por los órganos constitucionales en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Los otros decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas dictados en ejecución directa de la legislación (y sólo indirecta de la Constitución), junto con las demás decisiones o “actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas” (art. 165.2), están sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por tanto, las actividades administrativas, por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y, por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Precisamente por ello, se dice que los actos administrativos son esencialmente de carácter sub-legal, pues están sometidos no sólo a la Constitución sino a la ley, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa y en su caso, a la Jurisdicción contencioso electoral (art. 214).

De lo anterior resulta, que toda actividad administrativa, ante todo, desde el punto de vista formal, es siempre una actividad que es de carácter sub-legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación (así las leyes reglamentarias de la Constitución correspondientes, no se hayan aún sancionado) y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Por supuesto, también las actividades judiciales son siempre de carácter sub-legal, siendo la diferencia entre una y otra, entre otros múltiples factores, fundamentalmente de carácter orgánico, en el sentido que las actividades judiciales siempre las realizan órganos autónomos e independientes en ejecución de la función jurisdiccional, como lo son los órganos que ejercen el Poder Judicial. En cambio, las actividades administrativas son dictadas siempre por órganos jerarquizados, es decir, que responden al principio de la jerarquía (art. 138, 170)

En contraste con la actividad administrativa y con la actividad de los órganos judiciales que son siempre de rango “sub-legal,” están todos los otros actos de los órganos constitucionales que se consideran como de rango “legal” (es decir, rango que en relación con la Constitución es similar al que tienen las leyes) y que son los que se dictan en ejecución directa de la Constitución. Entre ellos están, primero, las leyes dictadas por el Congreso Nacional (art. 93.1), pero también están todos aquellos actos parlamentarios que aún cuando no tienen “forma de ley,” se dictan en ejecución directa

de la Constitución, como por ejemplo, los *interna corporis*, dictados en ejercicio de sus atribuciones privativas, por el Senado (art. 80) y por la Cámara de Diputados (art. 83), y muchos actos dictados en ejercicio de sus atribuciones vinculados con la legislación (por ejemplo, art. 93.1, literales: e, f, ñ, p, k) o en “materia de fiscalización y control” (art. 93.2). El Congreso, por otra parte, también adopta actos administrativos de rango sub-legal, por ejemplo, en materia de administración de su personal (función pública), que por ello están sometidos al control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Los actos de gobierno, es decir, los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio directo de atribuciones constitucionales,⁶ y que por tanto, tienen su fuente normativa en la Constitución de manera que no pueden estar regulados o limitados por el Congreso mediante leyes (art. 93.1.q), tienen el mismo rango de ejecución directa de la Constitución que las leyes, y por ello, el control jurisdiccional que se ejerce sobre ellos es sólo un control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional. Es el caso, por ejemplo, de los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de algunas de sus atribuciones como Jefe de Estado (por ejemplo, art. 128.1, literales c, g, h, l). En cuanto a los actos dictados por el Presidente de la República, en los cuales ejecuta básicamente disposiciones legales, los mismos por su carácter sublegal, son actos administrativos y están sometidos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa.

Otros “órganos constitucionales” previstos en la Constitución de la República Dominicana, precisamente por tener tal carácter (art. 275), también pueden dictar actos de ejecución directa de la Constitución cuando ejercen atribuciones directamente asignadas en la Constitución. Es el caso, por ejemplo, del Consejo Nacional de la Magistratura, el cual conforme al artículo 179 de la Constitución, tiene la función de designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior Electoral, siendo la Constitución misma la que establece los “criterios para la escogencia” (art. 180), y de separar, luego de una evaluación de desempeño, a un juez de la Suprema Corte de Justicia (art. 181). Estos actos del Consejo Nacional de la Magistratura, por supuesto, no son actos administrativos, sino actos estatales de ejecución directa de la Constitución y, por tanto, sometidos al control jurisdiccional por parte del Tribunal Constitucional.

De lo anterior resulta, por tanto, que lo que constituyen las normas de derecho en relación con cada órgano del Estado varía y tiene un ámbito diferente dependiendo de la posición que cada norma o acto del Estado tenga en el sistema jurídico jerarquizado de normas. Por ello, para el Congreso Nacional, legalidad quiere decir constitucionalidad o sumisión a la Constitución, igual que para el Jefe de Estado con respecto a los actos de gobierno o para el Consejo Nacional de la Magistratura cuando nombra los jueces de los altos órganos judiciales. En estos casos, dichos actos se adoptan en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin la interferencia de actos legislativos, en forma tal que sólo están subordinados a la Constitución y no puede en general haber ley alguna que

⁶ Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

los condicione salvo ejecutando previsiones constitucionales, dando origen al control judicial de la constitucionalidad de los actos estatales (Jurisdicción Constitucional).⁷

Por supuesto, además de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, en los sistemas legales graduados que han dado origen a los sistemas de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad, es evidente que el principio de legalidad, por su ámbito, desempeña un papel mucho más importante en el segundo nivel de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, respecto de aquellos actos del Estado dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, o en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Aquí, el principio de legalidad se ha desarrollado en el pleno sentido de la palabra, particularmente con referencia a la Administración Pública, dando origen al control judicial o jurisdiccional de la legalidad de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa),⁸ y por consiguiente, al derecho administrativo.

En consecuencia, en un Estado de derecho, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad es de mayor ámbito que el de la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. El Congreso está sometido a la Constitución e, incluso, el Jefe de Estado y de Gobierno, cuando dicta actos de gobierno sólo está sometido, en general, a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas están envueltos en un área de legalidad de mayor ámbito puesto que están sometidos a la “legislación,” la cual ejecutan. Esta es la razón por la cual, en este campo, el principio de legalidad tomó el significado que normalmente tiene en relación con la actividad administrativa del Estado contemporáneo.

III. EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL O TERRITORIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES

1. *El principio de la distribución territorial de los poderes públicos*

El derecho administrativo, como derecho que rige la organización y funcionamiento de la Administración Pública, está condicionado por la concreta organización constitucional del Estado, pues de ella deriva que exista desde el punto de vista orgánico, una Administración Pública, o múltiples Administraciones Pública, personificadas o no.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Ed. Porrúa, México 2007; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII (La justicia constitucional), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas,-San Cristóbal 1996; *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; “La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35-44; y Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993; *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela*, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII (La justicia contencioso administrativa), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas,-San Cristóbal 1996; Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010.

Dicha organización deriva, como ocurre en la República Dominicana, de otro principio que condiciona al derecho administrativo, y que es el principio de la distribución territorial o vertical del poder público⁹ el cual se adopta en la Constitución de 2010, aún cuando en forma limitada como descentralización política establecida sólo hacia el nivel de la Administración local. La República Dominicana es por tanto en la Constitución, una “República Unitaria” (art. 7) o “Estado Unitario” (art. 193), con elementos de descentralización política hacia la Administración local.

En efecto conforme al artículo 193 de la Constitución, al declararse a la República Dominicana como un “Estado unitario,” se precisa que el mismo tiene una “organización territorial” con la finalidad de propiciar el desarrollo integral y equilibrado del territorio, así como el de sus habitantes, “compatible con sus necesidades y con la preservación de sus recursos naturales, de su identidad nacional y de sus valores culturales.” Esta organización territorial se debe implementar “conforme a los principios de unidad, identidad, racionalidad política, administrativa, social y económica.”

Esta organización territorial, como se dijo, desde el punto de vista político está montada en un sistema de distribución vertical del poder público entre el Estado y la Administración local, conformada ésta última básicamente por los municipios, los distritos municipales y el Distrito Nacional, que es la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, capital de la República y asiento del gobierno nacional (art. 13)

Además, la Constitución establece un sistema de organización territorial del Estado, en regiones y provincias que regula la Constitución y que la ley debe establecer (art. 12), que aparecen más como instancias dependientes del Poder Ejecutivo nacional, y que no son parte de un proceso de descentralización política, pues no tienen autoridades electas, sino más bien aparecen como para la actuación desconcentrada del Estado nacional en el territorio (arts. 196-198).

A tal efecto, el artículo 12 de la Constitución, ubicado en la normativa relativa al “territorio nacional” regula la “división político administrativa” del mismo, estableciendo que “para el gobierno y la administración del Estado, el territorio de la República se divide políticamente en un Distrito Nacional y en las regiones, provincias y municipios que las leyes determinen.” Se destaca de esta norma, sin embargo, que a pesar del carácter de entes descentralizados “políticamente” que tiene el Distrito Nacional, los Municipios y los distritos municipales como parte de la Administración Local, se los enumera dentro de la misma “división político administrativa” del territorio para el gobierno y administración del Estado que incluye organizaciones desconcentradas del nivel nacional como las regiones y provincias, dependientes del Poder Ejecutivo nacional...

En efecto, la Constitución organiza a la Administración local, atribuyéndola, conforme al artículo 199, al Distrito Nacional (art. 13), a los municipios y a los distritos municipales, a los cuales se los declara que “constituyen la base del sistema político administrativo local.” La Constitución las concibe como “personas jurídicas de Derecho

⁹ Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, “La distribución territorial de competencias en la Federación venezolana” en Revista de Estudios de Administración Local. Homenaje a Sebastián Martín Retortillo, N° 291, enero-abril 2003, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2003, pp. 163-200.

Público, responsables de sus actuaciones,” que “gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, con potestad normativa, administrativa y de uso de suelo, fijadas de manera expresa por la ley y sujetas al poder de fiscalización del Estado y al control social de la ciudadanía, en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes.” Se trata, por tanto, sin duda de entes descentralizados políticamente (el Distrito Nacional, los municipios y de los distritos municipales), lo que deriva del hecho de que cada uno de ellos debe tener su propio gobierno local electo democráticamente (art. 201), y por tanto autónomo, a cargo de un ayuntamiento (Concejo de Regidores y la Alcaldía) en los dos primeros casos, y de una Junta de Distrito en el último caso. Por ello, además, la Constitución garantiza la autonomía de las administraciones locales, en particular, la autonomía presupuestaria, asignándoles la potestad normativa y administrativa.

Es precisamente porque se trata de instancias políticas descentralizadas que forman el “sistema político administrativo local,” que la Constitución, por ejemplo, les atribuye competencias tributarias directamente (art. 200), previendo además, la posibilidad de transferencia de competencias del Estado hacia los municipios. En tal sentido, el artículo 204 dispone que el Estado debe propiciar “la transferencia de competencias y recursos hacia los gobiernos locales, de conformidad con esta Constitución y la ley” debiendo implementarse dichas transferencias mediante políticas de desarrollo institucional, capacitación y profesionalización de los recursos humanos.

La Constitución establece, además, los principios generales de la organización del poder público local o municipal particularmente en el Distrito Nacional y los Municipios, siendo instancias descentralizadas políticamente con gobiernos electos y conforme al principio de distribución territorial de los poderes públicos, en ese nivel local también se originan, conforme al principio de separación orgánica de poderes, la existencia de dos poderes públicos: el Poder Legislativo local y el Poder Ejecutivo local. Así, al disponer que el gobierno del Distrito Nacional y el de los municipios debe estar a cargo del Ayuntamiento, el artículo 201 precisa que éste debe estar constituido por “dos órganos complementarios entre sí,” que son el Concejo de Regidores y la Alcaldía. El Concejo de Regidores es un órgano “exclusivamente normativo, reglamentario y de fiscalización integrado por regidores,” y la Alcaldía “es el órgano ejecutivo” encabezado por un alcalde, cuyo suplente se denomina vice alcalde.

2. Las diversas personas jurídicas de derecho público territoriales y el sentido de la expresión “Estado” en la Constitución

La consecuencia de la distribución territorial del poder, incluso aún cuando pueda considerarse de carácter limitado dada la concepción de la República Dominicana como un Estado Unitario, es que en el ordenamiento constitucional dominicano conduce a la existencia de dos niveles autónomos de Administración Pública: la Administración Pública del Estado, y la Administración Pública Local o municipal, cada una integrada en una persona jurídica territorial de derecho público distinta: el Estado, a nivel nacional, al que se reconoce personalidad jurídica (art. 3); y el Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales a nivel local, a los cuales el artículo 199 de la Constitución, expresamente los califica como “personas jurídicas de derecho público.” La Nación

Dominicana, por tanto, en el ámbito interno, está conformada por estos dos niveles de personas jurídicas de derecho público territoriales.¹⁰

La expresión “Estado”¹¹, por tanto, tiene en el texto de la Constitución dos significados, pues en algunos casos las normas la utilizan para referirse a la totalidad de los sujetos que conforman la organización política estatal, en el sentido de Estado Unitario, tanto con proyección en el ámbito internacional como en el ámbito interno; y en otros casos, algunas normas la utilizan para referirse sólo a la persona jurídica de derecho público del nivel “nacional” del Estado en contraste con las otras personas de derecho público que se regulan en la Constitución. En el primer sentido de la utilización de la expresión Estado para referirse a la República Dominicana en su globalidad en relación con la comunidad internacional, es que se utiliza la expresión Estado, por ejemplo, en los artículos 1, 3, 26 y 74.3.

La expresión Estado también se utiliza en la Constitución para referirse, en el ámbito interno, a la totalidad de personas y órganos estatales, considerados como una unidad, lo cual ocurre en la mayoría de los artículos constitucionales, como por ejemplo, los referidos a las obligaciones y deberes que se asignan a todos los órganos estatales para asegurar y garantizar los derechos constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de la utilización de la expresión Estado en los artículos 38, 39, 42, 45, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67 y 75 todos relativos a derechos fundamentales. Igualmente se utiliza la expresión Estado en las normas que regula el universo de los órganos y personas estatales de cualquier nivel, por ejemplo en las normas relativas a la concepción del Estado como democrático y social de derecho (art. 7), a la división territorial del Estado (art. 12); al jefe del Estado (art. 122); a la Administración del Estado (art. 165, 166), a la función pública (arts. 142, 144, 146), y a los servicios públicos (art. 147); al régimen de la economía (art. 218, 219, 222), de la contabilidad pública (art. 245, 248) y del gasto público (art. 75.6); a la seguridad del Estado (art. 128, 261, 264); y a la competencia del Congreso (art. 93.1.q), o del Tribunal Constitucional (art. 184). La típica norma en la que se utiliza la expresión Estado en el ámbito interno, para englobar la totalidad de las personas estatales y los órganos de los poderes públicos es, por ejemplo, la del artículo 8, destinada a definir la “función esencial del Estado” que es “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.” Esta función, por supuesto, no sólo corresponde a los órganos constitucionales y los poderes públicos nacionales sino también a los que conforman la Administración Pública local

¹⁰ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999” en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas 2003, pp.99-121.

¹¹ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los conceptos de Estado, República y Nación en la Constitución de 1999,” en *Libro Homenaje a Alfredo Arismendi*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2012

En otras normas constitucionales, sin embargo, la expresión “Estado” se utiliza en sentido más restrictivo, para identificar la persona jurídica territorial de ámbito “nacional,” diferenciada de las otras personas jurídicas de derecho público territoriales, por ejemplo, del ámbito local. Es el caso de los artículos relativos, por ejemplo, a los Ministros del Estado (art. 134), al Ministerio Público (art. 169) y a la defensa Pública (art. 177); a los bienes públicos o del Estado (art. 15, 49.5, 64.4; 128); a las finanzas públicas y el régimen monetario (art. 196, 228, 230, 233, 237, 238); a los organismos descentralizados y autónomos del nivel nacional (art. 93.2.c; 95; 128.b; 141; 159.3); a los cuerpos de seguridad del Estado (128). En especial, en el artículo 200, se usa la palabra Estado en relación con los contratos públicos, diferencia de las otras personas de derecho público; y en los artículos 194, 204 y 207 la expresión Estado se utiliza para referirse a la persona estatal nacional en relación con las personas territoriales locales.

De acuerdo a lo anterior, por tanto, en la Constitución de la República Dominicana, el Estado, en sus diversas acepciones y, en particular, las personas jurídicas territoriales de derecho público que derivan del sistema constitucional de distribución territorial del poder, son las que como sujetos de derecho actualizan la voluntad estatal en el cumplimiento de los fines de las mismas y en relación con los administrados. Entre los órganos de esas personas jurídicas de derecho público están los que conforman la Administración Pública, o mejor, la Administración Pública nacional y la Administración Pública local, o los que desarrollan actividades administrativas. Esos órganos son los que constituyen objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque, en definitiva, son las que establecen las relaciones jurídico-administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados.

3. Las personas jurídicas de derecho público no territoriales

Pero en la organización del Estado, las personas jurídicas estatales no se agotan en las personas de derecho público territoriales. En la Constitución, en efecto, además de ellas, se regulan un conjunto de personas jurídicas de derecho público no territoriales, que son producto de la descentralización funcional y no de la descentralización territorial.

En el derecho público dominicano, por tanto, hay dos clasificaciones de las personas jurídicas estatales: las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado; y en cuanto a las personas jurídicas de derecho público, las personas jurídicas de derecho público territoriales, y las no territoriales.¹²

Ya nos hemos referido a las personas de derecho público territoriales que son el Estado (en su concepción “nacional”), el Distrito Nacional, los municipios y los distritos

¹² Véase sobre las clasificaciones de las personas jurídicas en el derecho administrativo, en Allan R. Brewer-Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho,” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, N° 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 223 a 248. Igualmente Allan R. Brewer-Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp.48-54.

municipales. En cuanto a las personas jurídicas de derecho público no territoriales, de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución, son los que se denominan como “organismos autónomos y descentralizados,” al disponer que mediante ley se pueden crear “organismos autónomos y descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica,” los cuales deben siempre estar “adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector.”

Además, la Constitución regula directamente como persona jurídica de derecho público no territorial al Banco Central de la República, al establecer en su artículo 222, que se trata de “una entidad de derecho público con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía funcional, presupuestaria y administrativa.” Igualmente, en la Constitución se regulan directamente otras personas jurídicas de derecho público no territoriales que son la Junta Central Electoral (art. 212) y la Cámara de Cuentas (art. 248).

Estas personas jurídicas de derecho público no territoriales también son, por tanto, manifestación del principio administrativo de la descentralización, pero en este caso, de la descentralización funcional (distinta a la descentralización político territorial), mediante el cual el Estado (aparte de las previstas en la Constitución) por ley puede crear personas jurídicas para el cumplimiento de determinadas misiones. Al establecerse que en estos casos se necesita de una ley para la creación de estas entidades, se entiende que se trata de personas jurídicas de derecho público, cuyo signo clásico de identificación, es su creación mediante ley.

Por otra parte, la Constitución establece directamente un conjunto de aspectos del régimen general aplicable a todas las personas jurídicas de derecho público, independientemente de que se trate de personas de derecho público territoriales producto de la descentralización política territorial (Estado, Distrito Nacional, municipios, distritos municipales) o de personas jurídicas de derecho público no territoriales creadas en la Constitución o producto de la descentralización funcional (organismos autónomos y descentralizados del Estado). En tal sentido se destacan diversas previsiones de la Constitución en las que se refiere expresamente a las “personas jurídicas de derecho público,” abarcándolas a todas.

En primer lugar, el artículo 148 que se refiere a la responsabilidad civil, en el cual se dispone que “las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica.”

En segundo lugar, el artículo 220 sobre la “sujeción al ordenamiento jurídico” en materia de “contratos del Estado y de las personas de derecho público” suscritos con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, en el cual se dispone que en el texto de los mismos “debe constar el sometimiento de éstas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República.” Prevé la norma, sin embargo, que “el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes” y al “arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley.”

4. Las personas jurídicas estatales de derecho privado

De la regulación en la Constitución sobre las “personas jurídicas de derecho público,” se deriva, sin duda, que también hay personas jurídicas estatales que pueden tener forma jurídica de derecho privado. La distinción entre ellas, por tanto, deriva de su creación y constitución mediante mecanismos de derecho público regulados en la propia Constitución o en las leyes, o mediante los mecanismos regulados en el derecho privado, particularmente en la legislación civil o comercial.

Esta distinción entre las personas jurídicas de derecho público (territoriales o no territoriales) y las personas jurídicas estatales de derecho privado, no sólo se recoge en general en la Constitución (art. 149.I), sino que resulta de la regulación expresa del artículo 219 de la propia Constitución relativa a la obligación del Estado debe fomentar la iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país. La norma, sin embargo, agrega que bajo el principio de subsidiaridad, el Estado, “por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional.” para ello, el Estado puede establecer personas de derecho privado de capital enteramente estatal o como empresa mixta en asociación con capitales privados, es decir, empresas del Estado.¹³

**

De toda esta normativa constitucional deriva, por tanto, que en la República Dominicana, siendo un Estado Unitario descentralizado, el Estado es la persona jurídica de derecho público de ámbito global interno y, además, hacia el ámbito internacional (como República Dominicana, art. 1; 26).

En el ámbito interno, y conforme a la distribución territorial del poder, el Estado es la persona de derecho público territorial nacional, y además, están todas las otras personas jurídicas de derecho público territoriales (Distrito Nacional, municipios, distritos municipales) y no territoriales (los organismos autónomos y descentralizados en el Estado, y el Banco Central de la República, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas) y, además, las personas jurídicas estatales de derecho privado (empresas del Estado).

¹³ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *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; *El régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Ediciones del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas 1980, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981.

IV. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA (HORIZONTAL) DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LOS DIVERSOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES QUE CONFIGURAN LOS PODERES PÚBLICOS DEL ESTADO

1. El principio de la separación de poderes

El tercer principio constitucional que condiciona el derecho administrativo en la República Dominicana, es el de la separación orgánica o división horizontal de los poderes públicos, que origina órganos constitucionales independientes y autónomos entre sí, que ejercen no sólo las clásicas ramas del poder público, es decir, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, sino otras potestades públicas constitucionales.

La Constitución de 2010, como toda Constitución democrática moderna, en efecto, al regular el “Gobierno de la Nación y la separación de poderes” no sólo dispuso en su artículo 4, que el gobierno de la Nación “es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo,” sino que el mismo “se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial” considerándolos como “tres poderes independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones.” El principio es de tal importancia en la organización de la República Dominicana como un Estado Social y Democrático de Derecho, que el artículo 7 expresa que el mismo está “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.”

La separación orgánica de poderes en esta forma, da origen en el nivel nacional del Estado, a tres grupos de órganos constitucionales diferenciados, y otros órganos constitucionales; y en el nivel de la Administración local, a dos órganos diferenciados.

2. El Poder legislativo

En primer lugar, en el nivel nacional, está el Congreso Nacional, conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados, que ejerce el Poder Legislativo en nombre del pueblo (art. 76) mediante los senadores y diputados que componen dichas cámaras, electos mediante sufragio universal directo (art. 77). El Congreso tiene fundamentalmente la función de legislar (art. 93.1) y otras de control político y de fiscalización (art. 93.2), particularmente en relación con el Poder Ejecutivo.

3. El Poder Ejecutivo

En segundo lugar, está el Presidente de la República, electo en voto directo (art. 124), el cual en su condición de Jefe de Estado y de Gobierno ejerce el Poder Ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes (art. 122), y en ejercicio de las atribuciones en ellas establecidas (art. 128). Pero por supuesto, no sólo el Presidente de la República ejerce el Poder Ejecutivo, sino también lo ejercen el Vicepresidente de la República (art. 125), y los Ministros de Estado que están a cargo de los ministerios creados por ley para el despacho de los asuntos de gobierno, los cuales además, disponen de los viceministros que se consideren necesarios para el despacho de sus asuntos (art.

134) y que también ejercen el Poder Ejecutivo. Igualmente, también está el Consejo de Ministros, presidido por el Presidente de la República, quien lo preside, por el Vicepresidente de la República y por los ministros, el cual también es un órgano del Poder Ejecutivo, “de coordinación de los asuntos generales de gobierno y tiene como finalidad organizar y agilizar el despacho de los aspectos de la Administración Pública en beneficio de los intereses generales de la Nación y al servicio de la ciudadanía” (art. 137). En consecuencia, los diversos órganos de la Administración Pública, en los asuntos para los cuales tienen competencia decisoria, también ejercen el Poder Ejecutivo.

Debe agregarse que conforme al artículo 247 de la Constitución, la Contraloría General de la República también es un órgano del Poder Ejecutivo, para el control interno, a cuyo efecto “ejerce la fiscalización interna y la evaluación del debido recaudo, manejo, uso e inversión de los recursos públicos y autoriza las órdenes de pago, previa comprobación del cumplimiento de los trámites legales y administrativos, de las instituciones bajo su ámbito, de conformidad con la ley” (art. 247).

Respecto de la Administración Pública como parte integrante del Poder Ejecutivo, el artículo 138.1 de la Constitución exige que la ley establezca 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. A tal efecto, el artículo 142 de la Constitución repite que el Estatuto de la Función Pública como el régimen de derecho público basado en el mérito y la profesionalización para una gestión eficiente y el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado, en el cual debe determinar la forma de ingreso, ascenso, evaluación del desempeño, permanencia y separación del servidor público de sus funciones. Además, a los efectos del Estatuto, la ley debe determinar el régimen estatutario requerido para la profesionalización de las diferentes instituciones de la Administración Pública (art. 143); el régimen de compensación, de manera que ningún funcionario o empleado del Estado puede desempeñar, de forma simultánea, más de un cargo remunerado, salvo la docencia. A tal efecto, la ley debe establecer las modalidades de compensación de las y los funcionarios y empleados del Estado, de acuerdo con los criterios de mérito y características de la prestación del servicio (art. 144).

3. El Poder Judicial

Y en tercer lugar, está la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por la Constitución y por las leyes, que ejercen el Poder Judicial que “goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria,” y administran gratuitamente la justicia en nombre de la República (art. 149). La Suprema Corte de Justicia es el órgano jurisdiccional superior de todos los organismos judiciales (art. 152) La función judicial que desarrollan los tribunales y juzgados determinados por la ley, de acuerdo con la misma Constitución, “consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.” La Constitución agrega además, sobre la independencia del Poder Judicial, que los jueces integrantes del mismo “son independientes, imparciales,

responsables e inamovibles y están sometidos a la Constitución y a las leyes” (art. 151). Debe destacarse también, como órgano del Poder Judicial, al Consejo del Poder Judicial, que es el “órgano permanente de administración y disciplina” del mismo (art. 156).

4. Los otros órganos constitucionales que constituyen poderes públicos

Pero como se dijo, además de los órganos que ejercen los tres clásicos poderes del Estado, también ejercen el poder público y se pueden considerar como formando parte de los “poderes del Estado” (art. 19) o de los “poderes públicos” conforme a la terminología constitucional (arts. 3; 9; 15; 19; 22.4; 26.1; 38; 55.6; 62; 67.5; 68; 73; 73.4; 110; 112; 184; 185.3), otros órganos del Estado que no dependen de los clásicos poderes que resultan de la clásica trilogía legislativo, ejecutivo y judicial, y que han sido concebidos en la Constitución como órganos constitucionales con autonomía e independencia. Dentro de estos órganos están:

A. Los órganos constitucionales dentro del sistema de justicia

En primer lugar, están los órganos regulados en la Constitución en el título general del Poder Judicial (Título V), pero que sin embargo, no tienen dependencia respecto de la Suprema Corte de Justicia. Estos son, primero, el Ministerio Público, concebido como “el órgano del sistema de justicia responsable de la formulación e implementación de la política del Estado contra la criminalidad dirige la investigación penal y ejerce la acción pública en representación de la sociedad” (art. 169). Dicho órgano, de acuerdo con la Constitución, incluso y a pesar de que su titular (el Procurador General de la República) lo designe el Presidente de la República (art. 171), tampoco depende del Poder Ejecutivo sino que “goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria” y ejerce sus funciones “conforme a los principios de legalidad, objetividad, unidad de actuaciones, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad” (art. 170). Segundo, el otro órgano constitucional que se regula en el Título general de la Constitución sobre el Poder Judicial es el servicio de Defensa Pública concebido también como “un órgano del sistema de justicia dotado de autonomía administrativa y funcional, que tiene por finalidad garantizar la tutela efectiva del derecho fundamental a la defensa en las distintas áreas de su competencia” (art. 176).

B. Los demás órganos constitucionales con autonomía

En segundo lugar, están varios órganos constitucionales, configurados con total independencia y autonomía respecto de los tres clásicos poderes del Estado. Esos son:

Primero, el Consejo Nacional de la Magistratura, regulado como órgano constitucional integrado por los altos titulares de los órganos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y del Ministerio Público (art. 178) con la competencia exclusiva de designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Superior Electoral y de evaluar el desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia (art. 179).

Segundo, el Tribunal Constitucional, establecido como órgano constitucional para “garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la

protección de los derechos fundamentales,” con poderes para dictar sentencias definitivas e irrevocables que “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.” En el ejercicio de sus funciones también goza “de autonomía administrativa y presupuestaria” (art. 184),

Tercero, el Defensor del Pueblo, el cual es un órgano constitucional que conforme al artículo 190 de la Constitución, a pesar de que su titular sea designado por el Senado de una terna que le presente la Cámara de Diputados (art. 193), no depende del Poder legislativo, sino que es “una autoridad independiente en sus funciones y con autonomía administrativa y presupuestaria,” debiéndose “de manera exclusiva al mandato de esta Constitución y las leyes.” Su función esencial es “contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos” establecidos en la Constitución y las leyes, en caso de que sean violados por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos” (art. 191).

Cuarto, la Junta Central Electoral que tienen a su cargo organizar, dirigir y supervisar las elecciones y garantizar “la libertad, transparencia, equidad y objetividad” de las mismas (art. 211), a cuyo efecto la Constitución la concibe como un órgano constitucional no sólo autónomo, sino en este caso, “con personalidad jurídica e independencia técnica, administrativa, presupuestaria y financiera,” al cual además, la Constitución lo ha dotado de “facultad reglamentaria” (art. 212).

Quinto, el Tribunal Superior Electoral, creado como órgano constitucional para “juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contencioso electorales y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos.” (art. 214). Al mismo se le atribuyó potestad reglamentaria, que debe ejercer de conformidad con la ley, “respecto de los procedimientos de su competencia y todo lo relativo a su organización y funcionamiento administrativo y financiero” (art. 214). Sus titulares son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura (art. 215).

Sexto, la Cámara de Cuentas creado como órgano constitucional superior externo, de carácter técnico, de control fiscal de los recursos públicos, de los procesos administrativos y del patrimonio del Estado. La Constitución lo creó con personalidad jurídica y carácter técnico. A pesar de que sus miembros los designa el Senado de ternas que le presenta la Cámara de Diputados, y que deba presentar informe ante el Congreso (art. 115), no depende del Poder Legislativo, sino que y goza de autonomía administrativa, operativa y presupuestaria” (art. 249).

5. El principio de la separación de poderes en la administración local

Por último, debe mencionarse que el principio de la separación orgánica de poderes en forma horizontal no sólo se ha establecido en el nivel nacional, sino también en el nivel de la Administración Local, en el Distrito Nacional y en los municipios, donde como se dijo, el artículo 201 configura al Ayuntamiento como constituido por “dos órganos complementarios entre sí,” que son el Concejo de Regidores y la Alcaldía; el primero como un órgano “exclusivamente normativo, reglamentario y de fiscalización

integrado por regidores y regidoras,” y el segundo, como “el órgano ejecutivo” encabezado por un alcalde.

V. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONJUNTO DE ÓRGANOS DEL ESTADO

En el derecho administrativo, la noción de Administración Pública tiene siempre dos connotaciones, en el sentido de que puede referirse tanto a un conjunto de órganos de las personas jurídicas que conforman el Estado, como a una actividad estatal en sí misma.¹⁴ Ambos conceptos se utilizan en la Constitución dominicana.

En efecto, la expresión Administración Pública o Administración del Estado se utiliza en los artículos 40.17, 94, 137, 141, 143, 165.2, 165.3, 166, 199 en sentido orgánico, como referida a un conjunto de órganos de las personas jurídicas que conforman el Estado, es decir, de los sujetos de derecho que actualizan la voluntad del Estado. En cambio, la expresión Administración Pública referida a la actividad administrativa del Estado, es la utilizada en los artículos 93.2.c, 138 y 139. Además, en los artículos 6, 69.10, 91, 93.2.c, 115, 138, 139, 145, 165.2 se utilizan directamente las expresiones actividad o actuación administrativa; en el artículo 115, la expresión “actos del Poder Ejecutivo,” y en los artículos 72 y 138.2, la de “acto administrativo.”

De estas normas, por tanto, conforme a la Constitución, resulta que hay unos órganos que conforman la Administración Pública del Estado y la Administración Pública Local; y hay una *actividad* de los órganos del Estado, y no sólo de los que integran orgánicamente a la Administración Pública, la cual se califica como *actividad administrativa*, de carácter sub-legal y sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa (art, 165.2).

Esto último deriva de dos normas: primero, del artículo 139, relativo al “control de legalidad de la Administración Pública” que asigna a los tribunales competencia para controlar “la legalidad de la actuación de la Administración Pública;” y segundo, del artículo 165.2 que asigna específicamente a los tribunales contencioso administrativos competencia para 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.”

De la organización de los órganos de los poderes públicos en la Constitución de la República Dominicana resulta, por tanto que la actividad administrativa o la emisión de actos administrativos por los mismos, si bien es el producto regular de los órganos que conforman precisamente a la Administración Pública como complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo del Estado o de la Administración Pública local, no sólo

¹⁴ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “La Administración Pública” en El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas 2006, pp. 47-73; e “Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador y Editor), Rafael Chavero Gazdik y Jesús María Alvarado Andrade, Ley Orgánica de la Administración Pública, Decreto Ley No. 4317 de 15-07-2008, Colección Textos Legislativos, N° 24, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, 7-103;

emanan de los mismos, sino que pueden emanar de otros órganos constitucionales del Estado, cuando actúan por ejemplo en función administrativa. El acto administrativo, por tanto, tiene en la Constitución dominicana una connotación inter orgánica, en el sentido de que no es monopolio de unos órganos determinados sino que pueden emanar de todos los órganos constitucionales, además de los que conforman la Administración Pública del Poder Ejecutivo o de la administración local.

Incluso, también desde el punto de vista orgánico debe señalarse que la Administración Pública no se agota en la del Poder Ejecutivo o de la Administración local, pues para el ejercicio de sus funciones, los diversos poderes públicos del Estado también tienen su propia “organización administrativa,” para el cumplimiento de tareas netamente administrativas. Por tanto, hay una Administración del Senado y de la Cámara de Diputados que por ejemplo se ocupa de la función pública en las mismas (art. 90.2) y de aplicación de sanciones conforme a su servicio interior el cual puede reglamentar (art. 90.3); hay una Administración para el Poder Judicial integrada en el Consejo del Poder Judicial que es el órgano permanente de administración y disciplina del Poder Judicial (art. 156); hay una Administración del Ministerio Público para la actualización de su autonomía administrativa, estando sus funciones sujetas a los “principios de legalidad, objetividad, unidad de actuaciones, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad” (170); hay una Administración de la defensoría Pública para la actualización de su autonomía administrativa (art. 176); hay una Administración del Tribunal Constitucional para la actualización de su autonomía administrativa (art. 184); hay una Administración del Defensor del Pueblo, también para la actualización de su autonomía administrativa (art. 190); hay una Administración Electoral, organizada en torno a la Junta Central Electoral, igualmente para la actualización de su autonomía administrativa (art. 212); hay una Administración del Tribunal Superior Electoral, el cual además tiene potestad para reglamentar su organización y funcionamiento administrativo (art. 214); y hay una Administración de la Cámara de Cuentas, también para la actualización de su autonomía administrativa (art. 284).

Por tanto, la organización administrativa del Estado no se agota, en nivel nacional, en el ámbito de la “Administración Pública” del Poder Ejecutivo, o de la Administración Local, pues existen órganos administrativos que derivan de la conformación en la Constitución de los poderes públicos y de órganos constitucionales que gozan de autonomía administrativa y disciplinaria, y que no encuadran en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Legislativo, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Judicial, y que sin embargo, forman parte de la organización administrativa de la Administración del Estado.

VI. LOS PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTIVIDAD DEL ESTADO

Los principios sobre la actuación de la Administración Pública y sobre el control de los actos administrativos, por tanto, no sólo rigen para las decisiones que se adoptan en el seno de los órganos de la Administración Pública del Poder Ejecutivo

o de la Administración Pública Local, sino también, por las Administraciones de los otros poderes públicos y órganos constitucionales antes mencionados establecidos en la Constitución.

Para desarrollar los principios constitucionales relativos a la “Administración Pública,” o más propiamente la actividad o actuación administrativa de los diversos órganos de los poderes públicos y de los órganos constitucionales, está destinada la Ley a la cual se refiere el artículo 138.2 de la Constitución, tendiente a regular “el procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas.

1. Principios de la actuación administrativa

De acuerdo a lo anterior, por tanto, en la Constitución de la República Dominicana se regula en su artículo 138 los “principios de la Administración Pública,” o más propiamente, los principios a los cuales la Administración Pública debe sujetar su actuación. El Capítulo referido a la Administración Pública (Cap. III) dentro del Título relativo al Poder Ejecutivo, sin embargo, es claro que no está destinado a regular solo la acción administrativa de los órganos del Poder Ejecutivo, sino las actividades administrativas que realicen todos los órganos de los otros poderes públicos, es decir, de todos los órganos constitucionales del Estado, y además, de la Administración Pública local.

Estos principios a los que deben sujetarse las actuaciones administrativas de los poderes públicos, conforme al artículo 138 de la Constitución, en efecto, son los de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, y además, como se ha dicho, el principio de legalidad, es decir, que la actuación de la Administración se realice “con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.” La Constitución dominicana, al hacer esta enumeración, ha seguido la tendencia general plasmada en algunas Constituciones latinoamericanas como la venezolana (art. 141),¹⁵ y en materialmente todas las Leyes de procedimiento administrativos dictadas en América Latina en las últimas décadas, en la cuales, incluso se los define y regula. De esa legislación puede establecerse el sentido y orientación de los principios.¹⁶

Por ejemplo, en cuanto al principio de eficacia,¹⁷ el mismo se ha definido por ejemplo en el Código colombiano de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo en el sentido de que las autoridades deben buscar “que los procedimientos logren su finalidad,” debiendo, a tal efecto, remover de oficio los obstáculos

¹⁵ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, Principios del procedimiento administrativo (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990; El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas 2002.

¹⁶ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003; “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, n F. Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

¹⁷ Véase por ejemplo en Allan R. Brewer-Carías, “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina”, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Caracas 9-12 noviembre de 1998, FUNEDA, Caracas 1998, pp. 21-90

puramente formales; evitar decisiones inhibitorias, las dilaciones o los retardos; y deben sanear, las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa (art. 3.11).¹⁸ En la misma orientación y con más precisión, la Ley de procedimientos Administrativos del Perú establece en su artículo IV.1.10, Título Preliminar, que conforme a dicho principio de eficacia, los sujetos del procedimiento administrativo deben siempre “hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.” La consecuencia de ello, es entonces, que “la finalidad del acto se privilegia sobre las formalidades no esenciales” siendo su validez “una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.”¹⁹

En el mismo sentido se expresa la Ley de Bolivia (art. 4,j), siendo la consecuencia fundamental de este principio, tal como se expresa en la Ley de Honduras, que “las cuestiones incidentales que se suscitaren en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones,” no suspenden el curso del mismo” (art. 39).

Por otra parte, teniendo el principio de eficacia por objeto lograr “que los procedimientos logren su finalidad,” además del principio de conservación, el mismo conlleva también el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a darle curso a la petición o solicitud. Como lo indica la legislación de Costa Rica, las normas de procedimiento administrativo deben “interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones” (art. 224), para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por ello, el principio general en esta materia, en particular respecto de la admisión de las solicitudes o peticiones presentadas por los interesados, como se evidencia de la legislación de Colombia (art. 11), de Bolivia (art. 43), de Venezuela, (art. 45) de Honduras (art. 115), de Panamá (art. 76), y del Perú (arts. 125 y 126), es que la Administración está obligada a advertir a los administrados los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, pero sin que puedan negarse a recibirlas, para evitar que dichos errores conduzca a la inadmisibilidad. Como consecuencia, como principio, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, estando en realidad la Administración obligada a advertirle al interesado los errores en que pueda haber incurrido, para que lo corrija.

El principio de la jerarquía, por su parte, derivado de la organización jerárquica propia de la Administración Pública, implica la sujeción de los órganos inferiores respecto de los superiores, y la posibilidad para estos de dirigir instrucciones respecto de la actuación de aquellos, así como de poder revisar las actuaciones de los inferiores, en

¹⁸ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Los principios del procedimiento administrativo en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011),” en Congreso Internacional de Derecho Administrativo, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Salvador, 2011, pp. 879-918

¹⁹ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los principios del procedimiento administrativo,” “Presentación” a la Obra Colectiva: Orlando Vignolo Cuevas y Roberto Jiménez (Coord.), Comentarios a la Jurisprudencia de derecho administrativo del Tribunal Constitucional peruano (2000-2010), Lima 2011.

casos de recursos administrativos. En particular, el principio de la jerarquía, aplicado a los actos administrativos, que se plasmó por primera vez en el derecho positivo en la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, en el sentido de que “ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior” (art. 23, 1), re recogió, por ejemplo, en la Ley venezolana de procedimientos administrativos, al establecer en su artículo 13 que “ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía.” Por tanto, el principio de jerarquía en la organización administrativa rige en materia de legalidad, obligando a que los actos administrativos de los órganos inferiores se sometan a los dictados por los superiores.

El principio también implica la idea de *jerarquía normativa*, en el sentido de que la actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, deben siempre observar la jerarquía normativa establecida en la Constitución y las leyes. De ello deriva, por ejemplo, el principio denominado en España como el de la “inderogabilidad singular de los reglamentos”, es decir, la obligación que tiene la Administración de respetar los actos normativos cada vez que se dicte un acto individual o de efectos particulares. No sólo se trata de que el órgano inferior respete el acto normativo dictado por el órgano superior, sino de que el mismo órgano que dictó un acto normativo lo respete al dictar un acto de efectos particulares e, incluso, que el órgano superior respete el acto normativo del inferior al dictar un acto administrativo de efectos particulares. Este principio también tiene relación con el principio del paralelismo de las formas: el reglamento sólo puede ser modificado por otro reglamento, dictado por la misma autoridad que produjo el primero, conforme al mismo procedimiento. Por tanto, dictado un acto administrativo normativo en una determinada área de competencia, el mismo no puede ser modificado o derogado singularmente cuando se dicte un acto administrativo individual, aún cuando éste lo dicte un órgano superior, el mismo órgano, o uno inferior. Este principio encuentra regulación expresa en la Ley Orgánica venezolana, en cuyo artículo 13 se señala que los actos administrativos de carácter particular no pueden “vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aún cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general.” En el caso de la Ley General de Costa Rica, su artículo 13 establece que “La Administración estará sujeta en general a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos” agregando que “La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.

En consecuencia, dictada una norma reglamentaria ésta no puede derogarse singularmente mediante un acto individual, sino que sólo puede ser modificada por la misma autoridad, mediante otro acto reglamentario. En Honduras, la ley es todavía más precisa al prescribir que los órganos de la Administración, incluso mediante actos de carácter general, no pueden “vulnerar los preceptos de otro acto de carácter general dictado por un órgano de grado superior” (art. 40,d).

Otro de los principios de la actuación de la Administración Pública establecidos en la Constitución es el principio de la objetividad que también se encuentra regulado en

las leyes de procedimiento administrativo de América Latina. Así lo expresa claramente la Ley 9.784 de Procedimientos Administrativos de Brasil, al señalar que en los procedimientos administrativos, entre otros criterios debe ser observado “el de la objetividad en la atención del interés público” (art. 2,III). La objetividad apunta en el procedimiento administrativo, en primer lugar, a la satisfacción del interés general, sin discriminaciones y sin inclinar la balanza a favor de un particular, es decir, sin violar el principio de la igualdad. La Administración, en efecto, debe servir a los intereses generales con objetividad; aun cuando para ello no necesariamente debe considerarse neutra. No debe olvidarse que la Administración es una organización instrumental de la acción política del Estado y del gobierno, por ello, tiene subordinación a una determinada orientación política. Esto implica, entonces, que la objetividad en la consecución de los intereses generales está siempre vinculada a la orientación política del gobierno, no pudiendo la Administración estar al margen de la misma. De ello deriva que la objetividad en el procedimiento no es absoluta, sino relativa, pues la Administración está vinculada al gobierno, y actúa dentro de la política formulada por éste.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la actividad de la Administración al satisfacer las necesidades colectivas, también está al servicio de los particulares, y esto debe cumplirlo con objetividad; como lo establece el artículo 35 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999:²⁰

Artículo 35. La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe esta dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas. En tal sentido, el funcionario público es, ante todo, un servidor público.

En todo caso, el principio de la objetividad está garantizado frente a los administrados por el principio de la imparcialidad y las normas de inhibición.

En cuanto al principio de la transparencia, íntimamente vinculado al de la publicidad, el mismo se ha incorporado por ejemplo en el Código Colombiano en la reforma de 2010, al declararse que “la actividad administrativa es del dominio público,” y por consiguiente, “toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal” (art. 3.8), todo lo cual es una consecuencia del derecho constitucional de acceso a la información administrativa. Este principio, sin duda complementa el de la publicidad que ya se había consagrado en el Código de 1984, conforme al cual las autoridades deben dar “a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en el Código (art. 3.9). El mismo principio se consagra en la Ley de procedimientos Administrativos de Bolivia (Art. 4.m: “La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten”), y en el artículo 16 de la Ley 19.880 de Chile que se refiere en conjunto al “principio de

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y legislación complementaria*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009,

transparencia y de publicidad,” con arreglo al cual el procedimiento administrativo se debe realizar “con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él” (art. 16). Ello implica como principio, que salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

En la Constitución dominicana, en todo caso, como se dijo, además del de transparencia, se enumera también el principio de la publicidad, que en el Código Colombiano desde 1984, se expresó al exigir que las autoridades deben dar “a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en el Código (art. 3.9). El mismo principio se consagra en el artículo 16 de la Ley 19.880 de Chile que se refiere en conjunto al “principio de transparencia y de publicidad,” con arreglo al cual el procedimiento administrativo se debe realizar “con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él” (art. 16). Ello implica como principio, que salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

En cuanto al principio de la economía, el mismo fue desarrollado ampliamente en la Ley 19880 de Procedimientos Administrativos de Chile, en la forma siguiente:

Artículo 9o. Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.”

De allí el principio general, que deriva del artículo 116 de la Ley de Honduras, conforme al cual “los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes adoptarán las medidas que conduzcan a evitar todo entorpecimiento o demora por innecesarias diligencias”.

En el Código colombiano de 1984 también se encontraba una definición del principio de economía en este último sentido, la cual se ha cambiado en la reforma de 2010, que señalaba que:

“Las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los

estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa” (art. 3).

En el Decreto de Uruguay también se desarrolla el principio al prescribir en su artículo 8 que “en el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

Por último, el otro principio que enumera el artículo 138 de la Constitución es el clásico principio de la coordinación, conforme al cual las autoridades deben concertar sus actividades, como lo indica el Código colombiano, “con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares” (art. 3.10); principio que tradicionalmente ha sido tratado en general en el derecho comparado, más como principio de la organización administrativa que del procedimiento administrativo.

2. Los principios sobre los contratos del Estado

Además de las previsiones constitucionales en las cuales se regulan aspectos relativos a la actividad administrativa y en particular a los actos administrativos, en la Constitución de la República Dominicana, también se incorporaron previsiones destinadas a regular aspectos de los contratos del Estado.

La denominación que utilizó la Constitución, en su artículo 220, en efecto, fue la de “contratos del Estado” superando la clásica denominación de “contrato administrativo” que ha sido tan difundida en el derecho administrativo contemporáneo particularmente como noción contrapuesta a los contratos de derecho privado de la Administración, y a la cual todos los que nos hemos ocupado del derecho administrativo le invertimos muchas páginas.²¹ Con la denominación de contratos del Estado, se apunta más bien identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es una persona jurídica estatal, es decir, un órgano de los poderes públicos. Conforme a esta noción, todos los contratos del Estado están sujetos en una forma u otra al derecho público (administrativo), al menos en relación con las regulaciones relativas a las competencias de los entes y órganos públicos para suscribirlos, o a la selección de los contratistas (licitación), o en relación con su ejecución, de manera que no hay “contratos públicos que estén sólo sujetos al derecho privado” supuestamente opuestos a los “contratos administrativos sujetos al derecho administrativo.”²² En cambio, hemos sostenido que “la noción de contrato administrativo solo puede ser aceptada para identificar un tipo de contrato público (contratos de Administración Pública) que en virtud de la finalidad de

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo,” en *El Derecho Administrativo en América Latina, Curso Internacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1978*, pp. 143-167; en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5.076, Buenos Aires, 13-12-1978, pp. 1-12; en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 41-69; “Evolução do conceito do contrato administrativo,” en *Revista de Direito Publico* Nos. 5152, Sao Paulo 1979, pp. 5-19; “Sobre los contratos del Estado en Venezuela,” en *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, No. 6, Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Enero-Junio 2011, pp. 207-252.

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Caracas, 1992, pp. 14, 42, 43, 52, 53, 55, 71, 72.

interés público perseguido con el mismo, está sujeto preponderantemente a un régimen de derecho público, pero no con el objeto de distinguir entre contratos públicos sometidos al derecho público y otros supuestamente sujetos a un régimen de derecho privado. La preponderancia de uno u otro régimen es ahora lo importante.”²³ Posteriormente hemos insistido en el mismo tema expresando que “las actividades de la Administración Pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza”; y que “todos los contratos públicos (o contratos del Estado) están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado.”²⁴

En este contexto es que en nuestro criterio se inserta el concepto de contrato del Estado en la Constitución de la República Dominicana. Sobre los mismos, y en relación con su sumisión al ordenamiento jurídico, el mismo artículo 220 de la Constitución dispone específicamente sobre los “contrato del Estado y de las personas de Derecho Público” celebrados “con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país,” que en los mismos debe constar el sometimiento de éstas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República. La norma, sin embargo, permite al Estado y a las demás personas de Derecho Público contratantes que puedan someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes, e igualmente, a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley. Otra norma que se refiere a contratos del Estado, es el artículo 17 de la Constitución relativo a la posibilidad de que los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general, los recursos naturales no renovables, pueden ser explorados y explotados por particulares “en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, en las condiciones que determine la ley;” en los cuales, conforme al artículo 67.4, debe considerarse incluida la obligación “de conservar el equilibrio ecológico, el acceso a la tecnología y su transferencia, así como de restablecer el ambiente a su estado natural, si éste resulta alterado.”

La Constitución, además, reguló los contratos del Estado, al prever su aprobación por el Congreso a propuesta del Presidente de la República (arts. 93.1.k y 128.1.d; 244); y al prever la autorización del propio Presidente respecto de los contratos de los ayuntamientos en los cuales se vendan inmuebles o se constituyan en garantías inmuebles o rentas municipales (art. 128.3.d).

3. Los principios sobre los servicios públicos

La Constitución de la República Dominicana, también contiene disposiciones sustantivas sobre la actuación de la Administración Pública, particularmente en materia de servicios públicos, a los cuales se define en su sentido propio como aquellos “destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo” que así sean declarados por ley

²³ Idem, p. 14.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huída y recuperación del derecho administrativo,” en *Las Formas de la Actividad Administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* “Allan Randolph Brewer-Carías”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 58-60.

(art. 147). Se trata en este sentido, de las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a poder desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena.²⁵

La noción constitucional resulta lo siguiente: En *primer lugar*, que el servicio público es siempre de una actividad, es decir, de un conjunto de operaciones y tareas a cargo de un sujeto de derecho, consistente en dar o hacer algo a favor de otros, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de interés general de toda la población, es decir, de la colectividad en general y por tanto, de interés colectivo, por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, es decir, el público en general. Por ejemplo, el servicio de correos, el servicio de protección a la salud, los servicios de transporte y los servicios de educación.

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional para ser considerada como servicio público por su vinculación al interés general, corresponde cumplirla *obligatoriamente* al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido en la Constitución o en las leyes. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un servicio público, sino sólo aquellas que éstos asumen porque cumplen una obligación constitucional o legal. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización, como por ejemplo, sucede con los servicios públicos domiciliarios y los servicios de policía.

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo al principio de alteridad, los particulares, es decir, la colectividad o el público en general, es decir, los usuarios, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, como sucede por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud, e incluso, pueden reclamarlos judicialmente.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura como un servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, en el sentido que esencialmente y conforme se establezca en las leyes (reserva legal), el Estado puede limitarlas y restringirlas. Esto no significa ni implica que el Estado necesariamente se deba o haya reservado la actividad para ser desarrollada exclusivamente por sus órganos y excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares (lo que sucedería en caso de establecerse un monopolio, art. 50.1, Constitución), sino que en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente, sino sometida a las limitaciones o restricciones que legalmente se establezcan y requiriéndose para ello, en general o una concesión (art. 53.3, Constitución), una autorización o cualquier tipo de autorización o habilitación.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en Revista de Derecho Público, N° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 65-71; “El régimen constitucional de los servicios públicos,” en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas 2002, y en Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 528 ss.

Es decir, la obligación impuesta al Estado de realizar la prestación en el caso de los servicios públicos no implica que su realización necesariamente quede siempre reservada al Estado con carácter de exclusividad y que quede excluida la libertad económica de manera que los particulares no puedan realizarla, lo que sólo ocurriría si se estableciese como monopolio en provecho del Estado (art. 50.1). La libertad económica, como derecho de toda persona de “dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia” (Art. 50 de la Constitución), conforme a la Constitución puede estar limitada, constitucional o legalmente, en una proporción inversa al grado de asunción de la actividad por parte del Estado: en unos casos, excepcionales, la libertad económica queda excluida totalmente por la reserva al Estado de los servicios (servicios de la defensa nacional y policía) (arts. 252, 255 Constitución); en otros casos, aún reservada al Estado y excluida del ámbito de la libertad económica, la actividad puede desarrollarse por los particulares mediante concesión otorgada por el Estado (art. 50.3); y en otros casos, en ausencia de reserva en provecho del Estado y existiendo la libertad económica de los particulares para realizarlas, lo que puede estar restringida o limitada mediante ley, pudiendo realizarse por los particulares mediante autorizaciones o habilitaciones del Estado.

En esta materia, en todo caso, la Constitución establece varias previsiones de importancia. Primero, que el Estado debe garantizar 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” (art. 147.1). Segundo, que sea que los servicios públicos sean 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” (art. 147.2). Y tercero, que la regulación de los servicios públicos es 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 para tales fines (art. 147.3).

VII. EL PRINCIPIO DEL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO, EN PARTICULAR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

De acuerdo con la Constitución, el sistema de distribución horizontal del poder entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, origina tres conjuntos de órganos que junto con otros órganos constitucionales (Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Junta Central Electoral, Tribunal Superior Electoral, Cámara de Cuentas), ejercen los poderes públicos.

Esta separación de poderes, sin embargo, no coincide con una posible separación de funciones del Estado. Por “función” ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea *que les es inherente*, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable salvo que exista una autorización constitucional. En otras palabras,

las diversas funciones del Estado son sólo las diversas formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal²⁶; que no pueden ser ejercidas por los particulares, y que no están atribuidas en forma exclusiva a los diversos órganos del Estado.²⁷

En el mundo contemporáneo estas funciones como tareas inherentes a los órganos del Estado pueden reducirse a las siguientes: la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse todas las actividades del Estado. Estas funciones, realizadas en ejercicio del Poder Público por los órganos estatales, sin embargo, como se dijo, no están encomendadas con carácter de exclusividad a cada órgano del Estado, sino que se ejercen en general, en una forma u otra, por todos ellos.

Así, la función normativa en el Estado contemporáneo es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general. Esta función normativa del Estado, en general se atribuye como función propia a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, como es el caso, en el nivel nacional, del Congreso Nacional, al sancionar las leyes (art. 93.1.q: “legislar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro poder del Estado y que no sea contraria a la Constitución”), y en el nivel local, a los Consejos de Regidores, que son “órganos exclusivamente normativos” (arts. 201, 203), con “potestad normativa” y “funciones normativas” (art. 199) y art. 203: “normativa municipal”). Además, los órganos del Poder legislativo, también ejercen la función normativa, mediante la emisión de otros actos parlamentarios, como son los reglamentos internos de las cámaras (art. 88), donde se debe regular, entre otros aspectos, asuntos de la inmunidad parlamentaria (art. 87); los reglamentos para el servicio interior y el despacho de los asuntos que le son peculiares a cada cámara, con la posibilidad incluso en ellos de que para el ejercicio de sus facultades disciplinarias, se establezcan las sanciones que procedan (art. 90.3); y el reglamento de organización y funcionamiento de la reunión conjunta de ambas cámaras (art. 199).

Pero, sin embargo, la función normativa no es exclusiva de los órganos que ejercen el Poder legislativo, y se realiza también por los órganos que ejercen los poderes públicos al dictar reglamentos (arts. 6; 185.1).

Por ejemplo, la función normativa se ejerce por el Presidente de la República al dictar los reglamentos que son actos administrativos de efectos generales (arts. 128.1.b; 258), que siempre están sometidos al condicionamiento de las leyes, dictados en general para asegurar su ejecución.

Igualmente otros órganos de los poderes públicos ejercen la potestad reglamentaria, como por ejemplo la Cámara de Cuentas, autorizada para “emitir normas con carácter obligatorio para la coordinación interinstitucional de los órganos y organismos responsables del control y auditoría de los recursos públicos” (art. 250.4). Además, la Junta Central Electoral “tiene facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia”

²⁶ Véase, Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, p. 105.

²⁷ Véase Allan R. Brewer Carías, “Algunas bases del Derecho Público en la jurisprudencia venezolana”, en RFD, N° 27, 1963, pp. 143 y 144; y Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1973) y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, (El ordenamiento constitucional y funcional del Estado), Caracas, 1975, pp. 147 y ss.

(art. 212) y en especial, tiene “facultad para reglamentar los tiempos y límites en los gastos de campaña, así como el acceso equitativo a los medios de comunicación (art. 212.IV). Por su parte, el Tribunal Superior Electoral tiene potestad constitucional para reglamentar “de conformidad con la ley, los procedimientos de su competencia y todo lo relativo a su organización y funcionamiento administrativo y financiero” (214). La misma competencia normativa la tienen, por supuesto, el Tribunal Constitucional en su orden interno, y la Corte Suprema de Justicia y el Consejo del Poder Judicial.

La función normativa, por tanto, si bien es una “función propia” del Congreso Nacional, no es una función privativa y exclusiva del mismo, pues los otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva del Congreso Nacional es el ejercicio de la función normativa en una forma determinada, como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales denominados que se denominan leyes. Los otros órganos estatales que ejercen la función normativa, si bien realizan una función creadora dentro del ordenamiento jurídico, lo hacen a través de reglamentos.

Esto implica, además, que las leyes son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal; los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal.

Pero aparte de la función normativa, en el Estado contemporáneo ha ido delineándose otra función primordial, distinta de la función administrativa, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como Jefe del Estado, y como Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno (art. 128.1 y 128.3). A través de esta función política, el Presidente de la República puede adoptar decisiones en virtud de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal, de orden político, las cuales, por tanto, exceden de la administración normal de los asuntos del Estado. Ello ocurre por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores (art. 128.1.d; 128.3.b); cuando decreta los estados de excepción (art. 128.1.g), y adopta medidas en materia de policía y seguridad (art. 128.1.h). La característica fundamental de esta función política es que está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior del Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla.

Los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, en esta forma, realizan fundamentalmente dos funciones propias: la función política y la función administrativa. La función política, como función del Presidente de la República, se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno. El Legislador, en esta forma, y salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (Art. 338), no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado²⁸. La función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal.

²⁸ El legislador, por ejemplo, no podría limitar las atribuciones del Presidente en la dirección de las relaciones exteriores.

Pero si bien la función política se ejerce con el carácter de función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que el Congreso Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley²⁹, sea mediante leyes³⁰. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Pero si bien esta función puede ser realizada tanto por el Presidente de la República como por los órganos legislativos, por lo que no es exclusiva o excluyente, sin embargo, lo que sí es exclusiva de uno u otros órganos es la forma de su ejecución en los casos autorizados por la Constitución: la función política mediante decretos ejecutivos (actos de gobierno), se realiza en forma exclusiva por el Presidente de la República; y mediante leyes o actos parlamentarios sin forma de ley, por el Congreso Nacional.

Además de la función normativa y de la función política, los órganos estatales realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia a la Suprema Corte de Justicia, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Superior Electoral y a los tribunales de la República, pero aquí también ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional.

En efecto, los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, realizan funciones jurisdiccionales, cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia. Por tanto, la función jurisdiccional como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos deciden controversias y declaran el derecho aplicable en un caso concreto, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por la Suprema Corte de Justicia y los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional. La función jurisdiccional, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues otros órganos estatales también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (Art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias. Sólo los tribunales, siempre con autonomía e independencia, pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar la “función judicial” (función jurisdiccional ejercida por los tribunales) (art. 150.I).³¹

²⁹ Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para decretar los estados de excepción, Art. 93.1.e.

³⁰ La ley que concede amnistía por causas políticas, por ejemplo. Art. 93.1.p de la Constitución.

³¹ El artículo 150.I. de la Constitución, en efecto dispone que “La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley.”

Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

Además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, los órganos del Estado también ejercen la función de control, cuando vigilan, fiscalizan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares.

El ejercicio de la función de control se ha atribuido como función propia a los órganos constitucionales de control, como por ejemplo, la Cámara de Cuentas, la Junta Central Electoral, o el defensor del Pueblo, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función contralora. Es decir, el Congreso Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo, ejerce la función de fiscalización y control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos (Art. 93.2); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; la Junta Central Electoral ejerce el control de las actividades relativas a las elecciones, y partidos políticos; y el Tribunal Constitucional ejerce las función de control de constitucionalidad de los actos del Estado.

Por tanto, la función de control como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos supervisan, vigilan y controlan las actividades de otros órganos del Estado o de los administrados, se ejerce por diversos órganos estatales en ejercicio del Poder Público: por los órganos de control que se conciben como órganos de los poderes públicos (Cámara de Cuentas, Junta Central Electoral, Defensor del Pueblo), y además, por el Congreso Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; por la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Constitucional, Tribunal Superior Electoral y los Tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial; y por los órganos administrativos en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Electoral. La función de control, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos estatales de control fiscal, electoral y de derechos humanos, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues todos los otros órganos estatales también la ejercen.

Pero aparte de la función creadora de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de la función de conducción y ordenación política del Estado (función de conducción del gobierno), de la función de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional) y de ejercer la vigilancia o fiscalización de actividades estatales y de los particulares (función de control), el Estado ejerce la función administrativa, a través de la cual entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público³². De allí la distinción

³² Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 115. Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, “no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo”. Véase el “Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo”, en Scritti Minori, Milano 1950, p. 363, cit., por J.M.

entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa).

En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares, como sujeto de Derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, como se ha dicho, se concrete en el orden interno, cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Ahora bien, al igual que lo que sucede con la función normativa, política y jurisdiccional, la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público. Por ello, si bien la función administrativa puede considerarse como función propia de los órganos ejecutivos, o más propiamente, de la Administración Pública, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa: el Congreso Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, realizan la función administrativa, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o los órganos constitucionales de control realizan la función administrativa, al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones. En esta forma, la función administrativa, como actividad privativa e inherente del Estado mediante la cual sus órganos, en ejercicio del Poder Público, entran en relaciones jurídicas con los administrados, se puede realizar por los órganos administrativos, en ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional; por el Congreso Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial, y por los órganos constitucionales de control. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos y de la administración pública, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales. El acto administrativo, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar por tanto de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo en todo caso carácter sublegal.

El concepto de funciones del Estado, en consecuencia, es distinto al de poderes públicos. Los poderes públicos, sus ramas o distribuciones, constituyen en sí mismos una situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado, mediante cuyo ejercicio éstos realizan las funciones que le son propias. Las funciones del Estado, por su parte, constituyen las actividades propias e inherentes al

Boquera Oliver, Derecho Administrativo, Vol. I, Madrid, 1972, p 59. “Cuando el Estado juzga señala J. González Pérez, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho... cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico”. Véase en Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1966, Tomo II, p. 37.

Estado³³. La noción de Poder es entonces previa a la de función: ésta se manifiesta como una actividad estatal específica realizada en ejercicio de los poderes públicos (de una de sus ramas o distribuciones), por lo que no puede existir una función estatal sino cuando se realiza en ejercicio de los poderes públicos, es decir, de la potestad genérica de obrar que tiene constitucionalmente el Estado. Poder y función son, por tanto, distintos elementos en la actividad del Estado: el Poder Público o los poderes públicos como situación jurídicoconstitucional, tiene su fuente en la propia Constitución y existe la posibilidad de ejercerlo desde el momento en que está establecido en ella; la función estatal, en cambio, presupone siempre el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, y sólo cuando hay ejercicio concreto del Poder Público es que se realiza una función estatal.

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que a nivel de cada una de las ramas de los poderes públicos, si bien existe una diferenciación orgánica con la asignación de funciones propias a cada uno de los órganos que los ejercen, el ejercicio de las mismas por dichos órganos, en general no es exclusiva ni excluyente. En otras palabras, existen órganos legislativos nacionales, y municipales; órganos ejecutivos nacionales, regionales y municipales; órganos de control; órganos electorales; y órganos judiciales; pero las funciones normativas, política, administrativas, jurisdiccionales y de control del Estado no coinciden exactamente con alguna división o separación orgánica:

De allí que como principio general de la aplicación del principio de la separación de poderes en el régimen constitucional dominicano, puede afirmarse que la “separación de poderes” no coincide exactamente con la alguna “separación de funciones,” en el sentido de que cada uno de los órganos del Estado sólo pueda ejercer una específica y única función que no pueda ejercerse por los otros órganos. Por ello, al contrario, tal como se explica a continuación, no sólo en múltiples oportunidades los órganos del Estado, además de sus “funciones propias” ejercen funciones que por su naturaleza deberían corresponder a otros órganos, sino que también en múltiples oportunidades la Constitución permite y admite la intervención o interferencia de unos órganos en las funciones propias de otros.

VIII. EL PRINCIPIO DEL CARÁCTER INTER FUNCIONAL DE LOS ACTOS ESTATALES, EN PARTICULAR, DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De lo anteriormente dicho sobre el principio del carácter inter orgánico del ejercicio de las funciones estatales resulta, en efecto, como se ha dicho, que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones.

Pero, en el ordenamiento jurídico dominicano, tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo, conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones

³³ Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 105 y ss.

del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal³⁴. Ello conlleva a otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo que es el del carácter interfuncional de los actos estatales.

En efecto, de lo expuesto anteriormente resulta que la función normativa la ejerce el Estado en República Dominicana a través de sus órganos legislativos (Congreso Nacional, Consejos de Regidores) cuando dictan leyes u ordenanzas; de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República, Alcalde y en general órganos de la Administración Pública) cuando dictan reglamentos; o de sus órganos judiciales (Tribunales), de los órganos constitucionales de control (Cámara de Cuentas, Junta Central Electoral, Defensor del Pueblo) y de los órganos electorales (Junta Central Electoral) cuando ejercen también la potestad reglamentaria.

En cuanto a la función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Congreso Nacional) y de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República).

La función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Suprema Corte de Justicia, Tribunal Constitucional, Tribunal Superior Electoral y demás tribunales) los cuales tienen la exclusividad de la función jurisdiccional “judicial;” y mediante actos administrativos de sus órganos ejecutivos (Administración Pública, Administración Local) y de sus órganos electorales (Junta Central Electoral) cuando declaran el derecho en casos concretos y resuelven conflictos entre partes en sede administrativa.

La función de control la ejerce el Estado en República Dominicana a través de sus órganos legislativos (Congreso Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (Tribunales), de sus órganos de control (Cámara de Cuentas, Defensor del Pueblo), y de sus órganos electorales (Junta Central Electoral).

Y la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos electorales (Junta Central Electoral), de sus órganos legislativos (Congreso Nacional, Consejo de Regidores), de sus órganos judiciales (Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Tribunal Superior Electoral) y de sus órganos de control (Cámara de Cuentas, Defensor del Pueblo)

Consecuencialmente, de lo anterior no puede deducirse que todo acto realizado en ejercicio de la función normativa, sea un acto legislativo; que todo acto realizado en ejercicio de la función política, sea un acto de gobierno; que todo acto realizado en ejercicio de la función jurisdiccional, sea un acto judicial; que todo acto realizado en ejercicio de la función de control sea un acto administrativo o que todo acto realizado en ejercicio de la función administrativa, sea también un acto administrativo.

³⁴ La distinción entre funciones del Estado que la doctrina ha realizado, muchas veces se confunde al querer identificar un tipo de acto jurídico estatal con la función ejercida por el Estado. Véase Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, pp. 91 y ss. Nosotros mismos hemos incurrido en esta confusión: Véase Allan R. BrewerCarías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 108 y ss.

Al contrario, así como los diversos órganos del Estado realizan diversas funciones, los actos cumplidos en ejercicio de las mismas no son siempre los mismos ni tienen por qué serlo.

En efecto, tal como hemos señalado, el Congreso Nacional en ejercicio del Poder Legislativo puede ejercer funciones normativas, políticas, de control y administrativas, pero los actos que emanan de la misma al ejercer dichas funciones no son, necesariamente, ni uniformes ni correlativos.

Cuando al Congreso Nacional ejerce la función normativa, es decir, crean normas jurídicas de carácter general actuando como cuerpo legislador, dicta *leyes*, pero cuando lo hace en otra forma distinta, por ejemplo, al dictar sus reglamentos internos, ello lo hace a través de *actos parlamentarios sin forma de ley*. Ambos son actos legislativos, pero de distinto valor normativo. Cuando el Congreso Nacional ejerce la función política, es decir, intervienen en la formulación de las políticas nacionales, lo hacen a través de *leyes* o a través de *actos parlamentarios sin forma de ley*. Cuando el Congreso Nacional ejerce sus funciones de control respecto del Gobierno y la Administración Pública, también dicta *actos parlamentarios sin forma de ley*. Por último, en cuanto al ejercicio de la función administrativa por el Congreso Nacional, ella puede concretarse en *leyes*, *actos parlamentarios sin forma de ley* o *actos administrativos*.

Por su parte, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, particularmente el Presidente de la República, realizan la función normativa, ésta se concretiza en *reglamentos (actos administrativos de efectos generales)*. Pero el Presidente de la República también realiza la función política, al dictar *actos de gobierno*, que son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En particular, en este caso, dichos actos de gobierno se caracterizan frente a los actos administrativos por dos elementos combinados: en primer lugar, porque el acto de gobierno sólo puede ser realizado por el Presidente de la República, como Jefe del Estado o Jefe del Gobierno; y en segundo lugar, porque se trata de actos dictados en ejecución de atribuciones establecidas directamente en la Constitución, sin posibilidad de condicionamiento legislativo, y que, por tanto, tienen el mismo rango que las leyes.

En todo caso, para distinguir el acto legislativo del acto de gobierno y del acto administrativo no sólo debe utilizarse el criterio orgánico, sino también el criterio formal: el acto de gobierno, aun cuando realizado en ejecución directa de la Constitución, está reservado al Presidente de la República, en tanto que el acto legislativo, realizado también en ejecución directa de la Constitución, en principio está reservado al Congreso Nacional. En esta forma, el criterio orgánico distingue el acto de gobierno del acto legislativo, y ambos se distinguen del acto administrativo mediante el criterio formal: tanto el acto de gobierno como el acto legislativo (el dictado por el Congreso Nacional) se realizan en ejecución directa de competencias constitucionales, en tanto que el acto administrativo siempre es de rango sublegal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley, y por tanto, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución.

Es decir, los actos de gobierno se distinguen de los actos administrativos, en que estos se realizan a todos los niveles de la Administración Pública y siempre tienen rango sublegal, es decir, se dictan por los órganos ejecutivos en ejecución de atribuciones

directamente establecidas en la legislación, y sólo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución³⁵. Pero, además, en los casos de ejercicio de la función jurisdiccional, de la función de control y de la función administrativa, los órganos ejecutivos dictan, por ejemplo, *actos administrativos*.

En cuanto a los órganos que ejercen el Poder judicial, cuando por ejemplo la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Constitucional o el Tribunal Superior Electoral ejerce la función normativa, dictan reglamentos (actos administrativos de efectos generales), cuando ejerce la función administrativa y la función de control sobre el funcionamiento de la judicatura, dictan *actos administrativos*; y cuando ejerce la función jurisdiccional (“función judicial”), dictan *actos judiciales (sentencias)*. El acto judicial, por su parte, también se distingue del acto de gobierno y de la acto legislativo con base en los dos criterios señalados: desde el punto de vista orgánico, porque el acto judicial está reservado a los Tribunales de la República, en tanto que el acto legislativo está reservado al Congreso Nacional, y el acto de gobierno está reservada al Presidente de la República³⁶; y desde el punto de vista formal, porque al igual que el acto administrativo, el acto judicial es de rango sub-legal, es decir, sometido a la ley y realizado en ejecución de la ley.

Por último, en cuanto a la distinción entre el acto administrativo y el acto judicial, si bien no puede utilizarse el criterio formal de su graduación en el ordenamiento jurídico ya que ambos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, sí se distinguen con base al criterio orgánico y a otro criterio formal. Desde el punto de vista orgánico, el acto judicial está reservado a los tribunales, como órganos dotados de autonomía e independencia (los órganos de la Administración Pública, en cambio son esencialmente jerarquizados), con carácter de exclusividad, ya que sólo éstos pueden dictar sentencias; y desde el punto de vista formal, la declaración de lo que es derecho en un caso concreto que realizan los órganos judiciales, se hace mediante un acto que tiene fuerza de verdad legal, que sólo las sentencias poseen.

Por su parte, cuando los órganos constitucionales que ejercen poderes públicos de control realizan la función de control, la función normativa y la función administrativa, la misma se concreta en *actos administrativos de efectos generales (reglamentos) o de efectos particulares*. Igualmente, cuando los órganos constitucionales que ejercen el poder electoral realizan la función normativa, dictan *actos administrativos de efectos generales (reglamentos)*; y cuando realizan la función administrativa y de control, la misma se concreta en *actos administrativos*.

En esta forma, el ejercicio de la función normativa se puede manifestar, variablemente, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, y reglamentos (actos

³⁵ En este sentido es que podría decirse que la actividad administrativa se reduce a ejecución de la ley.

³⁶ Puede decirse, entonces, que la separación orgánica de poderes tiene plena concordancia con la división orgánica de las actividades de gobierno (reservada al Presidente de la República), legislativas (reservadas al Congreso Nacional), y judiciales (reservada a los Tribunales). Por supuesto, la coincidencia de actividades específicas con órganos estatales determinados concluye allí, pues la actividad administrativa, al contrario, no está reservada a ningún órgano estatal específico, sino que se realiza por todos ellos.

administrativos de efectos generales); el ejercicio de la función política, a través de actos de gobierno, leyes y actos parlamentarios sin forma de ley; el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; el ejercicio de la función de control, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley, actos administrativos y sentencias; y el ejercicio de la función administrativa, a través de leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos administrativos.

En sentido inverso, puede decirse que las leyes sólo emanan del Congreso Nacional actuando no sólo en ejercicio de la función normativa, sino de la función política, de la función de control y de la función administrativa; que los actos de gobierno emanan del Presidente de la República, actuando en ejercicio de la función política; que los actos parlamentarios sin forma de ley sólo emanan del Congreso Nacional, actuando en ejercicio de las funciones normativas, política, de control y administrativa; y que los actos judiciales (sentencias) sólo emanan de los tribunales, actuando en ejercicio de la función jurisdiccional. En todos estos casos, el tipo de acto se dicta exclusivamente por un órgano estatal, pero en ejercicio de variadas funciones estatales. Lo privativo y exclusivo de los órganos estatales en esos casos, no es el ejercicio de una determinada función, sino la posibilidad de dictar determinados actos: las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley por el Congreso Nacional; los actos de gobierno por el Presidente de la República; y los actos judiciales (sentencias) por los tribunales.

En cuanto a los actos administrativos, éstos pueden emanar del Congreso Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos constitucionales de control o electorales actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los actos de gobierno y con las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

IX. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONTRARIEDAD AL DERECHO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La consecuencia de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad es que todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que en el ordenamiento jurídico dominicano puede decirse que no hay actos estatales excluidos de control judicial. De allí que dentro del marco constitucional del derecho administrativo también se identifique el principio de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del Poder Judicial.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, revisión y casación (art. 154, Constitución), los demás actos estatales están sujetos al control judicial por parte de los jueces competentes para ejercer tanto la justicia constitucional como la justicia contencioso administrativa.

1. El control de la constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional)

En cuanto al sistema de justicia constitucional, en República Dominicana el mismo tiene por objeto asegurar la supremacía normativa de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, y está concebido como un sistema mixto, en el cual el control difuso de la constitucionalidad está atribuido a todos los tribunales de la República con competencia para declarar los actos estatales normativos inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188); el control concentrado de constitucionalidad está atribuido al Tribunal Constitucional con competencia para anular actos estatales violatorios de la Constitución, (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas) con poderes anulatorios y efectos *erga omnes*. (art. 184); y la protección de los derechos fundamentales está atribuida mediante las acciones de amparo, habeas corpus y habeas data, todos los tribunales de la República (art. 70-72), cuyo objeto específico es asegurar la vigencia de la parte dogmática de la Constitución, es decir, de los derechos fundamentales declarados en el texto constitucional, y en el caso de la República Dominicana, también los declarados en los tratados internacionales de derechos humanos a los que se da rango constitucional (art. 74,3).

Ahora bien, en cuanto al método difuso de control de constitucionalidad, como poder atribuido a todos los jueces para poder decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley o norma que deba aplicarse en un caso concreto, desaplicándola y aplicando preferentemente la Constitución (art. 188), responde al principio de la garantía objetiva de la supremacía de la Constitución. Conforme a este principio, todo acto contrario a la Constitución debe considerarse inconstitucional; y todos los jueces tienen el poder-deber de apreciar dicha inconstitucionalidad. Ello es la consecuencia lógica cuando se habla de la Constitución como “norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico” (art. 6). Este método difuso de control de la constitucionalidad, en todo caso, se caracteriza por ser de carácter incidental, en el sentido de que se ejerce por el juez al decidirse un caso concreto, como poder que incluso en algunos países, puede ejercer cualquier juez, incluso de oficio. En la República Dominicana la Constitución habla de excepción de constitucionalidad (art. 188) que el juez debe decidir, con efectos *inter partes* y meramente declarativos. El juez, en estos casos, nunca anula la ley, sólo la considera nula, por lo que la decisión tiene efectos *ex tunc, pro praeterito*.

La eventual falta de uniformidad que pueda resultar del ejercicio del control difuso de constitucionalidad, se resuelve en la Constitución al atribuirse al Tribunal Constitucional competencia en paralelo para ejercer el método concentrado de control de constitucionalidad de los actos estatales (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), se entiende de las leyes y demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución, para adoptar sus decisiones del carácter vinculante, es decir, considerando

que “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado” (art. 184).

En cuanto a este control concentrado de la constitucionalidad, fundamentalmente dirigido para asegurar frente a los actos estatales no sólo la efectiva vigencia de la parte dogmática sino básicamente de la parte orgánica de la Constitución construida sobre la base de los principios de la separación orgánica de los poderes públicos y de su distribución territorial. Precisamente para ello, a los efectos de velar por el respeto del principio de la separación de poderes, en República Dominicana el Tribunal Constitucional, además de la competencia para anular actos estatales, tiene competencia para resolver los “conflictos de competencia” entre los poderes públicos (art. 185,3), básicamente, entre los poderes Legislativo y Ejecutivo y, además, respecto de los otros órganos constitucionales con autonomía funcional, de manera que todos actúen conforme a los poderes atribuidos en la Constitución, sancionando toda usurpación, por inconstitucionalidad. Además, corresponde al Tribunal Constitucional, mantener el principio de la distribución territorial del poder que establece la Constitución conforme al esquema de descentralización política adoptado, haciendo respetar la autonomía de las entidades municipales que están constitucionalmente establecidas. En el caso de los Municipios que en República Dominicana se dotan de autonomía (art. 199), los conflictos de competencia de rango constitucional también caerían bajo la competencia del Tribunal Constitucional.

Por último, también podría formar parte del objeto del control judicial de la constitucionalidad el velar por el mantenimiento del régimen político democrático, de manera de asegurar que no se rompa; sancionando cualquier actuación que sea contraria a los valores de la democracia que establece la Constitución; por ejemplo, cuando la Constitución dispone que la actuación de los partidos debe realizarse “con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución” (art. 216).

El método concentrado de control de constitucionalidad, a diferencia del método difuso, se ejerce en un proceso que se desarrolla ante el Tribunal Constitucional en el cual su objeto principal es, precisamente, la decisión sobre la inconstitucionalidad de un acto estatal (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), la cual cuando declara con lugar la acción respectiva, consiste en una decisión anulatoria del mismo, con efectos generales, *erga omnes*, y en general *ex nunc*, es decir *pro futuro* teniendo la decisión en consecuencia, carácter constitutivo. Este control está concebido en la Constitución en general como un control posterior, respecto de actos estatales vigentes, aún cuando se regula también como control previo respecto de” los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo” (art. 185,2).

Ahora bien, en el marco de este panorama, puede decirse que en República Dominicana, la justicia constitucional no se concentra en un solo órgano judicial como el Tribunal Constitucional y que conforma la Jurisdicción Constitucional. Se distinguen así, las nociones de “justicia constitucional” y de “Jurisdicción Constitucional,” de manera que esta última como noción orgánica, identifica un órgano judicial que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales generalmente de ejecución inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios de las mismas; pero el

cual no tiene el monopolio de la “justicia constitucional.” Por ello, la noción de “justicia constitucional,” como noción material equiparable a “control de constitucionalidad,” se ejerce además de por la Jurisdicción Constitucional por todos los jueces u órganos jurisdiccionales mediante el método difuso de control de constitucionalidad. Por ello, en la Constitución, además de crearse el Tribunal Constitucional como “Jurisdicción Constitucional,” se regulan las competencias en materia de justicia constitucional que ejercen los demás tribunales cuando conocen de las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data, o cuando ejercen el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.³⁷

2. El control de la contrariedad al derecho de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa)

Pero en paralelo al sistema de justicia constitucional, en la Constitución de la República Dominicana para asegurar la sumisión y conformidad al derecho de los reglamentos y demás actos administrativos, conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de Derecho, también se ha previsto la garantía judicial específica a cargo de los tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, del conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y la legitimidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla intervenga³⁸. La norma fundamental que constitucionaliza esta jurisdicción en República Dominicana está contenida en el artículo 165.2 de la Constitución, que atribuye a los tribunales de la misma competencia para:

“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...(.).”

Ahora bien, el establecimiento paralelo de un sistema de control judicial de conformidad con el derecho de los actos estatales, atribuido en la República Dominicana por una parte a la Jurisdicción Constitucional, para el control de constitucionalidad, y una Jurisdicción Contencioso Administrativa, para el control de conformidad con el derecho, impone la realización de una tarea inicial fundamental consistente en establecer una clara distinción entre ambas Jurisdicciones, la cual en el caso de la República Dominicana como es en general en el derecho comparado, se ha establecido en la Constitución en relación con los actos impugnados y no con los motivos de impugnación, en el sentido de que la Jurisdicción Constitucional no es la única que controla la constitucionalidad de los actos

³⁷ Véase en general Allan R. Brewer-carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011), en VII Encuentro Iberoamericano de derecho procesal Constitucional, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Santo Domingo 2011, Tomo I, pp. 285-330; “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (marzo, 2011), Revista de Derecho Público, No. 125, (enero-marzo 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 71-97

³⁸ Allan R. Brewer-Carías, Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y. la Jurisprudencia Venezolana. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.

estatales pues la Jurisdicción Contencioso Administrativa también controla la constitucionalidad de los actos estatales. En ambos casos, los tribunales actúan como juez constitucional, y lo que las diferencia es el objeto del control, es decir, los actos sometidos a control en una y otra.

Para ello, resultan fundamentales las previsiones de la Constitución. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los actos administrativos, o como lo dice el artículo 165.2 de la Constitución, de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares;” y por “contrariedad al derecho” ha de entenderse tanto por vicios de inconstitucionalidad como por vicios de legalidad propiamente dicha. Por supuesto, la clave de esta norma está en determinar primero, que los actos administrativos normativos, como los reglamentos, son actos administrativos; y además, segundo, que no hay actos administrativos que estén excluidos del control contencioso administrativo. El control de la conformidad al derecho por la Jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, se refiere a los actos administrativos, cualquiera que sea la “forma” jurídica que revistan y el órgano estatal que los dicte, incluidos en ellos decretos, reglamentos y resoluciones, siempre que sean de carácter sublegal.

En cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la competencia del Tribunal Constitucional es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” tal como lo establece el artículo 185,2 de la Constitución, lo cual, sólo se refiere a aquellos que sean de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y por tanto además de las leyes, los otros de rango legal. El objeto del control en este caso, por el Tribunal Constitucional, y por motivos de inconstitucionalidad, no puede ser de todos los “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” aún cuando sean actos administrativos, pues ello dejaría sin buena parte de su competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e implicaría reducir “contrariedad al derecho” a lo contrario a la ley o a la legalidad, lo que no se ajustaría a la Constitución.

Sin duda, será la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la que irá determinando cuáles “decretos, reglamentos, resoluciones,” son actos administrativos y por tanto sujetos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa; y cuáles otros “decretos, reglamentos, resoluciones” no son actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción constitucional; y la clave para ello no es otra que la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados antes comentado, de manera que llámense como se llamen los actos estatales, estarán sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, las leyes nacionales y las ordenanzas municipales, y todos los demás actos estatales, llámense “decretos, reglamentos o resoluciones,” siempre que los mismos sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Del resto, los otros actos estatales, llámense igualmente “decretos, reglamentos o resoluciones,” serían actos administrativos dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y por tanto sometidos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa.

En todo caso, y por lo que respecta al artículo 165.2 de la Constitución de la República Dominicana, y su efecto inmediato, que ha sido la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, radica en los siguientes cuatro aspectos.³⁹

En *primer* lugar, en la *universalidad del control* que la Constitución regula respecto de los actos administrativos, es decir, de los “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” en el sentido, de que todos, absolutamente todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones, y “contrarios a derecho” es una enunciación general que precisamente evita enumeraciones que podrían ser peligrosas al dejar fuera de control algunos actos administrativos.

Por tanto, la intención de la norma del artículo 165.2 fue la de que a todos los actos administrativos, por cualquier motivo de impugnación que fuese, por contrariedad al derecho, pueden ser controlados por los Tribunales que conforman la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ello, por supuesto, trae una consecuencia fundamental: cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales

A los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, que es una característica del tema en el derecho comparado, han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han venido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control. Es la tendencia a la universalidad del control que hemos destacado en otro lugar,⁴⁰ lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública, y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa.⁴¹

En *segundo* lugar y como consecuencia de esta tendencia hacia la universalidad del control, está el elenco de *recursos y acciones* puestos a disposición de los particulares para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión de amparo constitucional, comprende el recurso por abstención o negativa de los funcionarios

³⁹ Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993.

⁴⁰ Véase Allan R. Brewer Carías, “La universalidad del control contencioso administrativo” en *Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares*, Caracas 1992, pp. 203-226; y en *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 19 y ss.

⁴¹ Véase Allan R. Brewer Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit, pp. 25 y ss.

públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el conjunto de demandas contra los entes públicos; y las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en *tercer* lugar, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 165.2 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración*, en el sentido de lo establecido en el artículo 69 de la propia Constitución. En esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucionalmente como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en *cuarto* lugar, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación al juez contencioso-administrativo de *amplísimos* poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. Por ello, el juez contencioso-administrativo tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para resolver “las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles” (art. 165.3); lo que le permite condenar a la Administración o a los funcionarios al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de los mismos, y además, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa.

X. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El marco constitucional de la responsabilidad administrativa, tanto del Estado como de los funcionarios públicos está previsto en el artículo 148 de la Constitución, conforme al cual “las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica.”

En efecto, la realización de las actividades estatales como resultado del ejercicio de competencias por los titulares de los órganos que ejercen los poderes públicos, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados,

particularmente como resultado del ejercicio ilícito (antijurídico) de los poderes públicos. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado (los funcionarios públicos), como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos en forma conjunta y solidaria.

En consecuencia, la responsabilidad de los funcionarios cuando en ejercicio de los poderes públicos causen daños, puede originarse por abuso de poder, es decir, por el llamado vicio en la causa de los actos estatales (falso supuesto, por ejemplo); por desviación de poder, que es el vicio en la finalidad del acto estatal, al utilizarse el poder conferido para perseguir fines distintos a los establecidos en la norma atributiva de competencia; y en general, por violación de la Constitución o de la Ley, es decir, en general, por contrariedad al derecho.⁴² Debe indicarse, por otra parte, que la Constitución, reafirmado la responsabilidad de los funcionarios, en particular respecto de los jueces (art. 151.2), que puede ser, por ejemplo, por los daños causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, por retardo o error judicial.

Pero además de haber establecido la responsabilidad individual de los funcionarios, la Constitución prevé expresamente el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, en particular, de las “personas jurídicas de derecho público” por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica, es decir, de las personas jurídicas estatales que resultan de la distribución vertical de los poderes públicos (Estado, Administración Local: Distrito Nacional, municipios y distritos municipales) (artículo 199), y las personas jurídicas de derecho público no territoriales como los “organismos autónomos y descentralizados” (art. 141) y las que así regula directamente la Constitución, como el Banco Central de la República (art. 222), la Junta Central Electoral (art. 212) y la Cámara de Cuentas (art. 248),

En la Constitución, en todo caso, sólo se regula la responsabilidad administrativa conjunta y solidaria entre el funcionario y el Estado respecto de los daños y perjuicios que se causen con ocasión de la actuación o la omisión administrativas “antijurídicas” (art. 148) lo que implica que el funcionamiento de la Administración Pública para generar responsabilidad conjunta y solidaria del funcionario y del Estado, debe ser un “funcionamiento anormal” contrario a la ley. Ello no excluye, por supuesto, la responsabilidad civil del Estado que pueda derivarse de daños y perjuicios que se causen a los particulares por actuaciones lícitas de los funcionarios, es decir, sin su culpa o falta. La Constitución, en definitiva, sólo reguló un supuesto de responsabilidad subjetiva (solidaria y conjunta del funcionario y del Estado) por actuaciones “antijurídicas” de los funcionarios, lo que no excluye que un perjuicio singular o individualizado ocasionado con motivo de una actividad administrativa lícita también pueda generar responsabilidad del Estado, fundado en el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas.

Nueva York, marzo 2012

⁴² Véase Allan R. Brewer Carías, “La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos”, en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Colección Textos Legislativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 7-77.

III

SOBRE LA FIRMEZA Y REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Ponencia para el XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 11 de septiembre de 2012. Publicada en el libro: *Visión Actual del Acto Administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, República Dominicana, 2012, FINJUS, ADDA, Santo Domingo 2012, pp. 1149-1176.*

I. LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA

Todos los actos administrativos,¹ sean reglados o discrecionales, producen efectos y son vinculantes para la Administración y los administrados² a partir de su notificación a sus destinatarios, si se trata de actos de efectos particulares; o desde su publicación en la *Gaceta Oficial*, si se trata de actos de efectos generales, es decir, de carácter normativo, que afectan un grupo indeterminado de personas.³

Los actos administrativos de efectos particulares, si crean o declaran derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de determinadas personas, una vez firmes, es

¹ Véase sobre la noción de actos administrativo, Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo,” en Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la importancia para el derecho administrativo, de la noción del acto administrativo y de sus efectos,” en Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas 1997, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 1997, pp. 19-43.

³ Véase sobre la distinción de los actos administrativos según sus efectos, Allan R. Brewer-Carías, “El recurso contencioso administrativo contra los actos de efectos particulares” en El Control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 169-194

decir, una vez que no pueden ser legalmente impugnados,⁴ tienen los efectos de cosa juzgada (*cosa decidida*) administrativa, y la Administración no puede revocarlos. Este principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos es de tanta importancia en materia de seguridad jurídica, que de acuerdo con el artículo 19.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,⁵ los actos administrativos se consideran nulos de nulidad absoluta y por tanto, inválidos, “cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares.”

Estos efectos de cosa juzgada administrativa, por supuesto, sólo surgen cuando los lapsos legalmente establecidos para la impugnación de los actos en vía administrativa o en vía judicial hayan expirado, de manera que el acto administrativo ya no pueda ser impugnado por los interesados, y la administración no pueda revocarlo. Sólo después que se venzan dichos lapsos de impugnación, es por tanto que el acto se considera firme, y si declara o crea derechos a favor de sus destinatarios, entonces produce efectos de cosa juzgada administrativa y se torna irrevocable, salvo que en sí mismo esté afectado por algún vicio de nulidad absoluta.⁶

De acuerdo a lo anterior, por tanto, para que un acto administrativo que crea o declara derechos o intereses a favor de particulares sea definitivamente firme y origine efectos de cosa juzgada administrativa, por ser inimpugnable e irrevocable, deben cumplirse las siguientes condiciones:

Primero, el acto administrativo debe ser de efectos particulares, pues los actos administrativos de efectos generales son esencialmente revisables y revocables. Respecto de actos administrativos de efectos generales, como los reglamentos, el principio es que son reformables y revocables por otros actos administrativos de igual categoría, sin limitaciones, razón por la cual los reglamentos, o los actos administrativos de efectos generales, nunca pueden considerarse como definitivamente firmes.⁷ En esta materia, el único límite es el de la inderogabilidad singular de los reglamentos que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en su artículo 13, al disponer que los actos de carácter particular no pueden “vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aún cuando fuesen dictados por una autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general.”

⁴ Véase sobre las nociones de firmeza y definitividad de los actos administrativos, en Allan R. Brewer-Carías, “Las condiciones de recurribilidad de los actos administrativos en la vía contencioso administrativa,” en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje al Profesor Enrique Sayagües Lazo*, Vol. V, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, pp. 743-769, y en la *Revista del Ministerio de Justicia*, No. 54, Año XIV, Caracas, enero-diciembre de 1966, pp. 83-112.

⁵ Véase en *Gaceta Oficial* No. 2818 Extra de 1 de julio de 1981. Sobre dicha Ley Orgánica véase Allan R. Brewer Carías et al., *Ley Orgánica de procedimientos Administrativos y legislación complementaria*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006; y Allan R. Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002..

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos,” en la *Revista de Derecho Público*, No. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 45-50

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos administrativos normativos como fuente del derecho en Venezuela, con especial referencia a los reglamentos ejecutivos,” en Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Editores), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 767-784

Segundo, el acto administrativo debe crear o declarar derechos o intereses a favor de particulares. Si por el contrario, el acto administrativo no crea ni declara derechos a favor de particulares, nunca tendría el efecto de cosa juzgada y siempre podría ser revisado y revocado por la administración. Como lo establece el Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

“Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico.”

Tercero, el acto administrativo debe ser un acto firme, es decir, que no puede ser susceptible de impugnación, ni en vía administrativa ni en vía judicial. Cuando adquiere firmeza, entonces produce efectos de cosa juzgada administrativa y es irrevocable. Por tanto, si un acto aún es impugnabile, no es posible decir que produzca efectos de cosa juzgada.

Cuarto, el acto debe ser válido y efectivo, capaz de crear o declarar derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares individuales, de manera que si el mismo está afectado por vicios de nulidad absoluta no puede ser capaz de crear o declarar derechos, siendo esencialmente revocable. Es decir, sólo pueden ser firmes los actos administrativos que son legalmente válidos y que no están afectados por vicios que permitan anularlos e invalidarlos en forma absoluta. Por tanto, si un determinado acto tiene un vicio de tal magnitud (nulidad absoluta), conforme al Artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración puede en cualquier momento, ya sea a solicitud de parte o por su propia iniciativa, “reconocer” dicha nulidad absoluta y revocarlo. Esto explica por qué sólo existe cosa juzgada respecto de actos válidos y, en cualquier caso, respecto de aquellos actos que no se estén afectados por vicios de nulidad absoluta.

Como lo sostuvimos en otra ocasión:

“Una consecuencia del principio de la irretroactividad de los actos administrativos es el principio general de que los derechos o situaciones jurídicas subjetivas adquiridas o nacidas de actos administrativos individuales, no pueden ser eliminados posteriormente por otros actos administrativos. Es el principio general de intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas de actos individuales, o de la irrevocabilidad de los actos administrativos de efectos particulares creadores de derechos a favor de los administrados; principio que ha tenido consagración legal expresa en las leyes de procedimiento administrativo de América Latina.”⁸

El principio había sido precisado por la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 26 de julio de 1984 (*Caso Despachos Los Teques*), al disponer:

“en primer lugar, que la estabilidad de los actos administrativos se traduce siempre en una necesidad de esencia finalista para el ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica de los particulares; y en segundo

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 122.

lugar, que puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio, en cualquier momento, de aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.”⁹

Los principios mencionados anteriormente, por supuesto, condicionan los poderes de revisión o de auto control de los actos administrativos por la administración, los cuales sólo pueden ejercerse respecto de actos administrativos individuales en aquellos casos establecidos por ley, conforme a las condiciones legalmente establecidas.

II. LOS PODERES DE AUTO TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON RESPECTO A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, SUS LÍMITES Y LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

En efecto, una de las consecuencias del principio de legalidad conforme al cual las acciones de la administración deben cumplirse conforme a la ley, es el reconocimiento de la potestad de revisión o de auto tutela que tiene la Administración, lo que implica no sólo el poder de la Administración pública de revisar y corregir cualquier error material que pueda haber cometido en cualquiera de sus actos administrativos conforme se dispone en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino también -en principio- el poder de revocarlos cuando los consideren ilegales o contrarios al interés general. Tal como lo declaró la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la decisión antes mencionada No. 1033 del 11 de mayo de 2000:

“Dentro de las manifestaciones más importantes de la autotutela de la Administración se encuentra, precisamente, la potestad revocatoria, que no es más que la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones administrativas y en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa.”¹⁰

Por lo tanto, como una garantía resultante del deber que la administración tiene de tutelar el interés general, este poder de auto-tutela implica que un acto administrativo ilegal o una decisión que vaya en contra del interés general podría en principio, ser

⁹ Véase Revista de Derecho Público, No. 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 130-132. Véase también Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz-Alvarez, Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 610-616; Caterina Balasso Tejera, Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993), Colección Jurisprudencia No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, p. 853 ss. Todos estos principios han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia, destacándose particularmente lo expuesto en la sentencia No. 154 de 14 de mayo de 1985 de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (Caso Freddy Rojas Pérez v. Unellez), en Revista de Derecho Público, No. 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 143-148; y en sentencia No. 1033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro Garcia v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

¹⁰ Véase sentencia No. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro Garcia v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>, también citada en la sentencia No. 0072 de la misma Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de enero de 2009, expediente No. 1995-11643, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00072-22109-2009-1995-11643.html>

revisada y revocada por la misma autoridad administrativa que la adoptó. Por ello hemos dicho que el resultado más importante del principio de legalidad, conforme al cual la acción administrativa debe someterse a la ley, es la potestad revisora de la Administración respecto de los errores materiales o de otra índole que pudo haber cometido.

Sin embargo, semejante poder de auto-revisión está condicionado, tanto por la intensidad o gravedad de la presunta ilegalidad, así como por el contenido del acto administrativo de que se trate, específicamente si ha creado o no derechos individuales.¹¹

Tomando en cuenta lo que se ha dicho, así como las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, este poder de auto-tutela ha sido ampliamente precisado en la jurisprudencia, destacando como una causa de su ejercicio, la intensidad o gravedad de la ilegalidad. En este sentido, la Sala Político-Administrativa del antigua Corte Suprema, en la sentencia citada de fecha 26 de Julio de 1984 (*Caso Despacho Los Teques, C.A.*) estableció que conforme a la potestad de autotutela de la Administración Pública, los órganos competentes que la integran pueden

“revocar de oficio en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.¹²

La doctrina ha seguido siendo puntualizada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en diversas decisiones recientes. Así, en 2000, al referirse al tema de la auto tutela, expresó con mayor amplitud, que:

“Dentro de las manifestaciones más importantes de la autotutela de la Administración se encuentra, precisamente, la potestad revocatoria, que no es más que la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones administrativas y en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa.

Esta potestad se encuentra regulada, en primer lugar, en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el sentido de que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad que dictó el acto o su superior jerarca, siempre y cuando no originaren derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular. En estos casos la Ley en comento prohibió, en forma absoluta, la posibilidad de que la Administración revocare los actos administrativos que hayan

¹¹ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos,” en Revista de Derecho Público, No. 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 27-30.

¹² La Sala, en la sentencia, además, citó como precedente una sentencia de 2 de noviembre de 1967, en la cual se había decidido que “la facultad de la autoridad administrativa para actuar en tal sentido está contenida en el principio de la autotutela de la Administración Pública, que da a ésta poderes de revocar y modificar los actos administrativos que a su juicio afecten el mérito o legalidad de los casos por ellos contemplados ...” Véase Revista de Derecho Público, No. 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 130-132. En igual sentido véase la sentencia No. 154 de la misma Sala Político-Administrativa del 14 de mayo de 1985 (*Caso Freddy Martín Rojas v. Unellez*), en Revista de Derecho Público, No. 23, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 143-148. Véase también Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz-Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 610-616 y 617-619; Caterina Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)*, loc. cit., pp. 853 ss..

creado derechos a favor de particulares, salvo que exista autorización expresa de la Ley. Es por tal razón, que el ordinal 2 del artículo 19 de la citada Ley, sancionó con la nulidad absoluta a aquellos actos que resolvieren situaciones precedentemente decididos con carácter definitivo y que hayan creado derechos a favor de particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Ahora bien, si esa autorización expresa no existe, regirá el principio general de que si se produce la revocación de un acto creador de derechos subjetivos en un particular, el acto revocatorio estaría viciado de nulidad absoluta, lo cual implicaría la posibilidad de reconocer por la Administración y de pedir por los interesados, en cualquier momento, la declaratoria de esa nulidad.”¹³

En otra sentencia de 4 de diciembre de 2002, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia también precisó sobre el mismo tema, lo siguiente:

“la potestad de autotutela como medio de protección del interés público y del principio de legalidad que rige la actividad administrativa, comprende tanto la posibilidad de revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de los actos administrativos a instancia de parte, a través de los recursos administrativos, como de oficio, por iniciativa única de la propia Administración.

Esta última posibilidad, se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento en el Capítulo I del título IV, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, “De la Revisión de Oficio”, en el cual se establecen las formas y el alcance de la facultad de la Administración de revisar sus propios actos de oficio.

Así y de acuerdo al texto legal, la potestad de revisión de oficio, comprende a su vez varias facultades específicas, reconocidas pacíficamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia patria, a saber, la potestad convalidatoria, la potestad de rectificación, la potestad revocatoria y la potestad de anulación, previstas en los artículos 81 al 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cada una con requisitos especiales y con alcances diferentes.

Las dos primeras tienen por objeto, la preservación de aquellos actos administrativos que se encuentren afectados por irregularidades leves que no acarreen su nulidad absoluta, y que puedan ser subsanadas permitiendo la conservación del acto administrativo y, con ella, la consecución del fin público que como acto de esta naturaleza está destinado a alcanzar.

Mientras que las dos últimas, dirigidas a la declaratoria de nulidad del acto, bien sea relativa o absoluta, sin necesidad de auxilio de los órganos jurisdiccionales, tienen por fin el resguardo del principio de legalidad que rige toda actividad administrativa.

Ahora bien, estas dos facultades, revocatoria y anulatoria, se distinguen por los supuestos de procedencia de las mismas. La revocatoria es utilizada en algunos casos por razones de mérito u oportunidad cuando el interés público lo requiere, y también en casos de actos afectados de nulidad relativa que no hayan creado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos para un particular;

¹³ Véase la sentencia No. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

en tanto que la anulatoria, no distingue entre los actos creadores de derechos y aquellos que no originan derecho o intereses para los particulares, por cuanto procede únicamente en los supuestos de actos viciados de nulidad absoluta.

Siendo ello así, la Administración al revisar un acto que haya generado derechos o intereses para algún particular, debe ser lo más cuidadosa posible en el análisis y determinación de la irregularidad, pues de declararse la nulidad de un acto que no adolezca de nulidad absoluta, se estaría sacrificando la estabilidad de la situación jurídica creada o reconocida por el acto y, por ende, el principio de seguridad jurídica, esencial y necesario a todo ordenamiento, por eliminar un vicio que no reviste mayor gravedad.

De esta forma, la estabilidad de los actos administrativos y el principio de seguridad jurídica que informa el ordenamiento, sólo debe ceder ante la amenaza grave a otro principio no menos importante, cual es el principio de legalidad, el cual se vería afectado ante la permanencia de un acto gravemente viciado.¹⁴

Por último, más reciente en sentencia No. 72 del 22 de enero de 2009, la misma Sala del Tribunal Supremo ratificó los anteriores principios, declarando los siguiente:

“Tal como lo ha expresado esta Sala en sentencia N° 01033 del 11 de mayo de 2000, dentro de las manifestaciones más importantes de la autotutela de la Administración se encuentra, precisamente, la potestad revocatoria, que no es más que la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones administrativas y en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa.

Esta potestad se encuentra regulada, en primer lugar, en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el sentido de que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad que dictó el acto o su superior jerarca, siempre y cuando no originaren derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular. En estos casos la Ley mencionada prohibió, en forma absoluta, la posibilidad de que la Administración revocare los actos administrativos que hayan creado derechos a favor de particulares, salvo que exista autorización expresa de la misma. Por tal razón, el ordinal 2 del artículo 19 de la citada Ley, sancionó con la nulidad absoluta a aquellos actos que resolvieren situaciones precedentemente decididos con carácter definitivo y que hayan creado derechos a favor de particulares.

Por otro lado, la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 *eiusdem*, cuando autoriza a la Administración para que, en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados. De allí que la ley consagre la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de los particulares, pero un acto viciado de nulidad absoluta -en sede administrativa- no es susceptible de crear derechos.

No obstante lo anterior, si bien el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la posibilidad de revisar en cualquier

¹⁴ Véase la sentencia No. 01388 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 4 de diciembre de 2002 (Caso Iván Darío Badell v. Fiscal General de la República), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01388-041202-0516.htm>.

momento de oficio o incluso a solicitud de particulares, actos administrativos, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se verifique alguno de los vicios de nulidad absoluta señalado taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”¹⁵

De lo anterior resulta, por tanto, que conforme a la jurisprudencia, el alcance del poder de auto tutela varía principalmente de acuerdo con los dos criterios mencionados: primero, el relacionado con la intensidad o gravedad de la ilegalidad; y segundo, el relacionado con el contenido del acto y en particular, si ha creado o no derechos subjetivos individuales o intereses legítimos a favor de particulares. Por consiguiente, respecto a las diferentes situaciones en las que la potestad de auto-tutela puede ejercerse, debe distinguirse entre la revocación de los actos administrativos por razones de mérito y la fundada en razones de legalidad; y en este último caso, debe diferenciarse entre los vicios que causarían la nulidad absoluta y aquellos que causarían la nulidad relativa, así como si los actos han creado o declarado, o no, derechos o intereses a favor de las personas.

III. LOS PRINCIPIOS QUE CONDICIONAN LOS PODERES DE REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LA REVOCACIÓN POR RAZONES DE MÉRITO Y LA JUSTA COMPENSACIÓN

Como ya he dicho, el Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos otorga un amplio poder a la Administración para revocar actos administrativos, tanto por razones de mérito como por razones de legalidad en cualquier momento, siempre y cuando los mismos no hayan creado o declarado derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares. Inversamente, cuando un acto administrativo crea o declara dichos derechos o intereses, la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es categórica al prohibir su revocación. La Administración –en principio– no puede revocar dichos actos administrativos por razones de mérito.

Así lo ha confirmado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su citada sentencia No. 1033 del 11 de mayo de 2000 en la cual declaró que “La potestad revocatoria de la Administración se limita a los actos no creadores o declarativos de derechos a favor del particular, ya que, si se trata de actos creadores o declarativos de derechos, una vez firmes, los mismos no podrán ser revocados en perjuicio de sus destinatarios por la Administración, por razones de mérito.”¹⁶ En el mismo sentido, la misma Sala, la sentencia No. 1388 del 4 de diciembre de 2002, expresó “La revocatoria es utilizada en algunos casos por razones de mérito u oportunidad cuando el interés público lo requiere, y también en casos de actos afectados de nulidad relativa,

¹⁵ Véase la sentencia No. 72 de la misma Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de enero de 2009 (Caso Aldo Ferro García), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00072-22109-2009-1995-11643.html>.

¹⁶ Véase la sentencia No. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

que no hayan creado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos para un particular.”¹⁷

En mis comentarios sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que se publicaron al poco tiempo después de su promulgación en 1981, consideré que:

“Si se trata de un acto que no crea derechos a favor de particulares, el acto es esencialmente revocable; la Administración puede revocarlo en cualquier momento, por cualquier motivo, como se establece en el artículo 82 de la Ley Orgánica. En cambio, si se trata de un acto firme que crea derechos e intereses legítimos a favor de particulares el acto es irrevocable por la Administración, como se regula en el Ordinal 2 del artículo 19 de la Ley Orgánica. Sin embargo, este principio tiene algunos matices: la Administración no puede revocarlo por razones de oportunidad y conveniencia, es decir, por razones de mérito en ningún momento.”¹⁸

Por su parte el profesor Eloy Lares Martínez consideró sobre este asunto que:

“los actos administrativos individuales que confieren derechos y que sean jurídicamente regulares, son intangibles, salvo disposiciones expresas de la Ley. Tratándose, pues, de un acto administrativo regular que crea o atribuye derechos a determinados sujetos, carece la administración de facultad discrecional para revocarlo o reformarlo por consideraciones de mérito, o de oportunidad, salvo que esa potestad se la confiera e texto expreso de la ley, caso en el cual únicamente puede ser ejercida con sujeción a los procedimientos y formas provistos en el texto legal.”¹⁹

En todo caso, la doctrina fundamental de orden jurisprudencial sobre la revocación de actos administrativos y sus límites puede encontrarse en la ya referida sentencia de la Sala Político-Administrativa e la antigua Corte Suprema dictada el 14 de mayo de 1985 (Caso *Freddy Martín Rojas Pérez v. UNELLEZ*), donde después de interpretar las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, estableció los siguientes principios:

1. Reconoce, como principio general, la potestad de autotutela de la Administración Pública, según la cual los órganos que la integran pueden revocar los actos que hayan producido con anterioridad (Artículo 82).
2. Precisa que esa revocatoria, de oficio o a solicitud de parte, procede en cualquier tiempo cuando sus actos se encuentren afectados de nulidad absoluta (Artículo 83).
3. Señala en forma, clara, categórica y taxativa cuáles son los vicios que afectan de nulidad absoluta el acto administrativo (Artículo 19).
4. Determina que fuera de esos indicados vicios específicos de nulidad absoluta, todas las otras irregularidades que presente el acto administrativo sólo lo afectan de nulidad relativa (anulabilidad) (Artículo 20).

¹⁷ Véase la sentencia No. 01388 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 4 de diciembre de 2002 (Caso Iván Darío Badell v. Fiscal General de la República), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01388-041202-0516.htm>.

¹⁸ Véase en Allan R. Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982; edición 1997, p. 223.

¹⁹ Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1983, p. 216.

5. Establece que esos actos viciados de nulidad relativa pueden también ser revocados en cualquier momento por la Administración (Artículo 82).
6. Exceptúa de esa posibilidad de revocatoria los actos administrativos afectados de nulidad relativa que hayan originado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular; (Artículo 82).
7. Aclara que el acto administrativo, que tenga un vicio de nulidad relativa, es decir, que sea anulable, si crea derecho a favor de los particulares y ha quedado firme (por haber vencido los lapsos para impugnarlo en vía administrativa o en vía jurisdiccional), es un acto irrevocable por la Administración y si esa revocación se produce, el acto revocatorio está viciado de nulidad absoluta. (Artículos 11, 19 ordinal 2º y 82).²⁰

De todo lo anterior resulta que el acto administrativo que revoca un acto previo que ha adquirido firmeza y que ha creado o declarado derechos a favor de particulares, es absolutamente nulo e inválido. Como el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido al referirse al poder de auto-tutela administrativa, a pesar de que ésta esta regulada por el Artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el sentido de que los actos administrativos pueden revocarse en cualquier momento en todo o en parte, ya sea por la misma autoridad que emitió el acto o su superior, ello sólo puede ocurrir si el acto no crea derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para una persona, pues dicha ley:

“prohibió, en forma absoluta, la posibilidad de que la Administración revocare los actos administrativos que hayan creado derechos a favor de particulares, salvo que exista autorización expresa de la Ley. Es por tal razón, que el ordinal 2 del artículo 19 de la citada Ley, sancionó con la nulidad absoluta a aquellos actos que resolvieren situaciones precedentemente decididas con carácter definitivo y que hayan creado derechos a favor de particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Ahora bien, si esa autorización expresa no existe, regirá el principio general de que si se produce la revocación de un acto creador de derechos subjetivos en un particular, el acto revocatorio estaría viciado de nulidad absoluta, lo cual implicaría la posibilidad de reconocer por la Administración y de pedir por los interesados, en cualquier momento, la declaratoria de esa nulidad.”²¹

La consecuencia de los principios antes mencionados es que si la Administración pública, por razones de orden o interés público, a pesar de la prohibición de hacerlo, revoca actos administrativos que crean derechos individuales, contra la cosa juzgada administrativa, sería lo mismo que expropiar los derechos creados por el acto y produciría la obligación de pagar una compensación justa por los daños causados a las partes interesadas.

²⁰ Véase en Gaceta Forense, No. 128, Vol. I, Caracas 1985, pp. 299-318. Véase también Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz-Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 617-619. Véase además en la Sentencia No. 1033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

²¹ Véase la sentencia No. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

Por lo tanto, a pesar de que la regulación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es extrema en el sentido de que establece una prohibición absoluta de revocación respecto de aquellos actos que crean derechos individuales, sancionando dicha revocación con nulidad absoluta, si la Administración revoca el acto por razones de orden público o interés público, tendría que pagar compensación por los daños causados por la revocación. Aún más, esta es la tendencia general en la legislación latinoamericana, donde la revocación de actos administrativos que crean derechos individuales se admite como una excepción si se acompaña del pago compensatorio. Por ejemplo, así se establece en las Leyes de Procedimientos Administrativos de Argentina (Art. 18), Perú (Art. 205) y Costa Rica (Art. 155). Ésta última va incluso más lejos, al declarar que si el acto revocatorio no reconoce y calcula la cantidad total que debe pagarse, entonces sería absolutamente nulo e inválido (Art. 155.1). En Honduras la Ley de Procedimientos Administrativos establece expresamente que la revocación de un acto administrativo sólo resulta en pago por compensación cuando así lo establece la ley (Art. 123).²² En Venezuela, también de acuerdo al principio general sobre la nulidad absoluta que afecta a los actos administrativos que revocan a otros que han creado o declarado derechos individuales (Artículo 19.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la única forma en la cual dicha nulidad absoluta quedaría “saneada” sería cuando la revocación abarca la compensación por la extinción del derecho, evidentemente con la motivación adecuada relacionada al interés público.

De lo anterior resulta el principio de que incluso cuando los actos administrativos crean derechos o intereses individuales, la Administración podría revocarlos por razones de interés público siempre que medie el pago de una justa compensación, pues es evidente que no puede detenerse el poder de la Administración cuando debe hacerse prevalecer el interés público sobre el interés privado. Por tanto, en forma similar a la potestad expropiatoria que tiene la administración sobre cualquier tipo de bienes o derechos si así lo impone el interés público previamente declarado, mediando justa compensación, lo mismo rige en el caso de la revocación de actos administrativos creadores de derechos. El propósito de las disposiciones legales en Venezuela es sin duda proteger a los administrados contra el comportamiento arbitrario de la Administración al revocar sus actos sin motivos apropiados, pero ello no puede interpretarse en el sentido de que se elimine el poder de la Administración de poder revocar actos administrativos, incluso si estos han creado derechos individuales, sustituyendo el derecho creado por el acto revocado para la persona por el derecho a ser compensado por la pérdida sufrida con la revocación.

La doctrina española precisó hace años el mismo criterio respecto a la revocación de actos que crean derechos individuales. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, por ejemplo, señalaron que “Un acto que declare derechos a favor de un administrado y que no presente vicios en su constitución no puede ser revocado de oficio por la propia Administración so pretexto de que el acto se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento;” agregando sin embargo que “una solución de equilibrio que garantizaría tanto al interés público como al de los particulares sería la de permitir

²² Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Bogotá 2003, pp. 33-42.

la revocación por motivos de simple oportunidad o conveniencia, condicionándola, sin embargo, al reconocimiento y pago de un indemnización adecuada que compensase la pérdida de los derechos reconocidos por el acto revocado.”²³ Agregaron, en todo caso, que para dicha solución sea viable requiere una disposición que permita la revocación por razones de mérito, la cual en cualquier caso debe reconocer los derechos de las personas afectadas a recibir una compensación, conforme al principio de responsabilidad administrativa por sacrificio individual o de pérdida de igualdad en presencia de cargas públicas.²⁴

En conclusión, sólo los actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares que no crean o declaran derechos subjetivos a favor de una persona son revocables por razones de mérito o conveniencia. Excepcionalmente, la Administración podría revocar actos administrativos que crean derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares por razones de mérito u oportunidad, median-do el pago de una justa compensación por la expropiación del derecho o interés. Este es el sentido de lo decidido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 11 de mayo de 2005, donde estableció que la revocación de “un acto administrativo creador o declarativos de derechos a favor de los particulares en forma no autorizada por el ordenamiento jurídico, da derecho a éstos a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la revocación o suspensión de los efectos del acto.”²⁵ En la sentencia, en efecto se resolvió lo siguiente:

“la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 eiusdem, cuando autoriza a la Administración para que, en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados. De allí que la Ley consagre la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de los particulares, pero un acto viciado de nulidad absoluta –en sede administrativa- no es susceptible de crear derechos.

La consecuencia fundamental de este principio es que la revocación o suspensión de los efectos de un acto administrativo creador o declarativos de derechos a favor de los particulares en forma no autorizada por el ordenamiento jurídico, da derecho a éstos a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la revocación o suspensión de los efectos del acto.”²⁶

IV. LOS PRINCIPIOS ACERCA DE LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE ILEGALIDAD, Y LOS VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA

Como se indicó anteriormente, los actos administrativos que son firmes y crean o declaran derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares, pueden

²³ Véase Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, 6a Ed., Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 637.

²⁴ Idem.

²⁵ Véase la Sentencia No. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

²⁶ Idem.

revocarse por razones de ilegalidad sólo cuando a los mismos los afecta un vicio de nulidad absoluta.²⁷ Y si la irregularidad en la cual pudo incurrir la Administración al dictar el acto es una que sólo causa la anulabilidad del mismo, por tratarse de un vicio de nulidad relativa, entonces cuando el acto administrativo deviene firme y se torna en irrevocable.

Como se puntualizó desde el inicio, los actos administrativos que son firmes y crean o declaran derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares sólo pueden revocarse si están afectados por un vicio de nulidad absoluta, y una vez que se haya cumplido con las formalidades del proceso debido. Ello resulta de los principios generales sobre la auto tutela que se regulan en los artículos 81 al 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y que implican:

Primero, los actos administrativos que no crean derechos individuales pueden revocarse en cualquier momento, en su totalidad o en parte, por la misma autoridad que los emitió o por la respectiva autoridad superior (Artículo 82). En estos casos, es irrelevante si el acto está afectado por cualquier vicio de nulidad relativa o absoluta, de manera que la Administración pública puede ejercer su poder de auto-tutela para corregirlo, validarlo o revocarlo debido a que no hay un efecto directo en ningún derecho individual o interés.

Segundo, respecto de los actos que crean o declaran derechos o intereses individuales, el poder de auto tutela está restringido precisamente para proteger aquellos derechos subjetivos o intereses legítimos ya creados o declarados. En estos casos, la Administración pública por razones de legalidad, sólo podría revocar los actos administrativos que están viciados de nulidad absoluta (Artículo 83). La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia consideró el asunto en sentencia del 11 de mayo de 2000, declarando al respecto que "si bien el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la posibilidad de revisar en cualquier momento de oficio o incluso a solicitud de particulares, actos administrativos, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se detecte alguno de los vicios de nulidad absoluta señalado taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos."²⁸

De lo anteriormente señalado resulta, por tanto, que lo esencial para comprender las limitaciones de los poderes de auto tutela de la administración por razones de ilegalidad, es la distinción entre los vicios de nulidad absoluta y los de nulidad relativa que puedan afectar a los actos administrativos.²⁹

²⁷ Ver, en general, sobre la ilegalidad y las nulidades de actos administrativos, en Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano," en Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, N° 43, Madrid, enero-abril 1964, pp. 427-456; "Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos," en Revista de Derecho Público, No. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, pp. 45-50. La jurisprudencia en la materia puede verse en Allan R. Brewer-Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Vol. III, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, p. 348 ss.; Caterina Balasso Tejera, Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 796-800.

²⁸ Véase la sentencia No. 1033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

²⁹ Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 26 de julio de 1984 (Caso Despacho Los Teques), en Revista de Derecho Público, No. 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas

En tal sentido, en Venezuela, el principio es que la nulidad absoluta de actos administrativos sólo se produce en los casos expresamente indicados por el Artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En todas las demás situaciones, los actos administrativos sólo se pueden considerar como anulables conforme se establece en el artículo 20 de la misma Ley Orgánica.

Los vicios de nulidad absoluta son entonces los más graves que pueden afectar la actuación de la Administración, al punto de que una vez que se producen, se considera que el acto que lo contenga no habría podido crear o declarar válidamente derecho o interés alguno, no siendo posible en forma alguna, conforme al artículo 81 de la misma Ley Orgánica, que el acto que los contiene pueda ser convalidado. Es decir, los actos administrativos que son absolutamente nulos e inválidos no pueden válidamente crear derechos individuales, razón por la cual el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que “la administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.” Por tanto, los actos administrativos afectados por un vicio de nulidad absoluta pueden revocarse en cualquier momento, incluso cuando su propósito hubiese sido crear derechos dentro de la esfera legal de una persona, ya que se considera que dicho derecho no se pudo haber adquirido de forma válida por ser el resultado de un acto administrativo afectado por uno de los más serios vicios de nulidad.

Siguiendo la tendencia de otras leyes de procedimientos administrativos en América Latina,³⁰ la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela también asumió el sistema de *numerus clausus* que enumera el conjunto de circunstancias bajo las cuales los actos administrativos deben considerarse absolutamente nulos e inválidos. El Artículo 19 de la Ley estableció, así que “los actos de la administración son absolutamente nulos” en las siguientes situaciones:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.
3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y
4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido

Conforme a dicha disposición, por tanto, la nulidad absoluta sólo ocurre en las circunstancias enumeradas, en esta forma:

En *primer lugar*, un acto estaría viciado y sujeto a nulidad absoluta *cuando así lo establece expresamente una disposición constitucional o legal* (Artículo 19.1). En esta forma, por ejemplo, la Constitución establece expresa y específicamente los casos en los cuales la consecuencia de una violación de una determinada disposición acarrea su nulidad, como nulidad absoluta. Esto sucede, por ejemplo, cuando los actos violan derechos y garantías

1984, pp. 130-132. Véase también Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz-Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 610-616; Caterina Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)*, loc. cit., p. 853 ss.

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Ed. Legis, Bogotá 2003, pp. 246-251.

constitucionales, o cuando los actos los dicta una persona usurpando la autoridad o las funciones públicas. En tales situaciones, los artículos 25 y 138 de la Constitución expresamente establecen expresamente que los actos dictados son todos nulos e inválidos. Esta nulidad prescrita en disposiciones constitucionales es, sin lugar a dudas, una nulidad absoluta y los actos afectados no pueden tener efecto jurídico alguno. Algunas leyes especiales, por otra parte, también contienen disposiciones similares a través de las cuales prescriben que ciertos actos contrarios a sus previsiones son nulos e inválidos. Este es el caso por ejemplo, de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, cuando establece que “las autorizaciones para el uso de suelo otorgadas en violación de los planes son nulas” (Artículo 66). La nulidad establecida en estos casos también sería una nulidad absoluta.

En *segundo lugar*, otro supuesto de nulidad absoluta conforme al Artículo 19.2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como se ha indicado anteriormente, es cuando un determinado acto administrativo viola la cosa juzgada administrativa. Como lo establece la disposición, los actos son nulos de nulidad absoluta: “cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.” En consecuencia, el acto administrativo que revoca un acto administrativo firme previo que creó o declaró derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares es absolutamente nulo, excepto cuando la revocación sea autorizada expresamente por la ley y en todo caso, se encuentre acompañada de una justa compensación por la expropiación del derecho.

El *tercer lugar*, el otro supuesto de nulidad absoluta establecido por el Artículo 19.3 de la Ley Orgánica es el vicio en el contenido del acto: cuando el contenido del acto administrativo sea de imposible o de ilegal ejecución. Un acto administrativo que, por ejemplo, en si mismo contenga una orden de cometer un delito, es nulo de nulidad absoluta.

En *cuarto lugar*, el Artículo 19.4 establece como causal de nulidad absoluta el vicio de incompetencia manifiesta, respecto al cual, la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 1989, declaró que comprende tres situaciones, la “usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones,”³¹ estableciendo los siguientes criterios:

“La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Nacional.

La usurpación de funciones comprende la situación en la que determinado órgano administrativo con investidura pública ejerce funciones igualmente públicas atribuidas a otro Poder del Estado.

Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia legal expresa.

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano,” en Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, No. 43, Madrid 1964, pp. 427-456, y en Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, No. 127-128, Caracas, enero-diciembre de 1964, pp. 19-61.

Todo acto dictado por una autoridad incompetente se encuentra viciado. Ahora bien, el vicio de incompetencia de que adolezca no apareja necesariamente la nulidad absoluta del acto, ya que conforme a lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 19 puesto, es necesario que la incompetencia sea manifiesta.[...]

Así, si la incompetencia es “manifiesta” vale decir notoria y patente, de modo que se haya adoptado por una autoridad sin facultades para dictarlo, o que se pueda determinar que el ente que la dictó no estaba facultado para ello, la nulidad será absoluta (ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Si la incompetencia no es manifiesta la nulidad será relativa (artículo 20, *eiusdem*).

En resumen, puede decirse que la usurpación de autoridad determina la nulidad absoluta del acto, conforme a lo previsto en el artículo 119 de la Constitución Nacional; ahora bien la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones, como tales, no aparejan por sí la nulidad absoluta del acto, ya que ello dependerá del grado de ostentabilidad como se presente el vicio de incompetencia.”³²

En *quinto lugar*, el otro vicio de nulidad absoluta del acto administrativo se produce cuando ha sido dictado en ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente prescrito (Artículo 19.4 de la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

Sólo estas cinco circunstancias citadas resultan en nulidad absoluta y ningún otro vicio que afecte los actos administrativos puede resultar en nulidad absoluta, y por lo tanto en la posibilidad que el acto sea tan erróneo como para que pueda revocarse.³³ Como la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo lo declaró:

“La potestad revocatoria de la Administración se limita a los actos no creadores o declarativos de derechos a favor del particular, ya que, si se trata de actos

³² Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 19 de octubre de 1989, en la Revista de Derecho Público, No. 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989, pp. 85-86, y en Caterina Balasso Tejera, Jurisprudencia sobre Actos Administrativos, op cit., p. 656.

³³ En la sentencia citada del Caso Despacho Los Teques, tal como se desprende de su texto, con el objeto de analizar el vicio de nulidad absoluta, se estudió la doctrina que se había establecido con anterioridad a entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, sobre la materia de la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, citando la Sala al profesor Eloy Lares Martínez y quien esto escribe. En la sentencia incluso se hizo referencia a la noción de “orden público” como inherente a la legislación ambiental, que era la considerada en la misma, concluyendo que sobre cuestiones de derecho ambiental, un “acto administrativo que permita a su titular la ejecución de una actividad prohibida por una ley” no puede mantener su efectividad “siendo inaceptable que en una situación como esta se admita la existencia presunta de derechos adquiridos.” En esta sentencia, por otra parte, la Sala llegó a admitir que más allá de los casos *numerus clausus* de nulidad absoluta que establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el propio Tribunal Supremo podría con “la prudencia y cautela recomendables,” “determinar caso por caso si procedía o no declarar la nulidad absoluta o radical, de acuerdo a la gravedad y trascendencia de la irregularidad que afectara el acto examinado.” El Tribunal, en definitiva, se reservó la facultad de buscar “un balance entre la gravedad de la nulidad como sanción jurídica y la de los vicios que afectan al acto administrativo,” particularmente respecto de vicios tales como “violación directa de la Constitución, la falta de elementos esenciales del acto, infracción grosera de la Ley, incompetencia manifiesta del funcionario, transgresión de normas legales establecedoras de conductas prohibidas, la vulneración del orden público y otros criterios de semejante naturaleza.” Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 26 de julio de 1984 (Caso Despacho Los Teques), en Revista de Derecho Público, No. 19, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 130-132. Véase también Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz-Alvarez, Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 610-616; Caterina Balasso Tejera, Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993), loc. cit., p. 853 ss.

creadores o declarativos de derechos, una vez firmes, los mismos no podrán ser revocados en perjuicio de sus destinatarios por la Administración, por razones de méritos o ilegalidad y que, excepcionalmente, la Administración podrá declarar la nulidad sólo por razones de ilegalidad, esto es, si el acto está viciado de nulidad absoluta, independientemente de que el particular (equívocamente) considere que se le han violado derechos.”³⁴

V. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En cualquier caso en que la Administración proceda a revocar un acto administrativo que crea o declara derechos subjetivos o intereses legítimos a favor de particulares, por el motivo o razón que fuese, conforme a los principios constitucionales sobre el debido proceso aplicable a los procedimientos administrativos (art. 49), y de acuerdo con la orientación de la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos, la Administración siempre está obligada a seguir las formalidades relativas al debido proceso.

En efecto, uno de los elementos principales necesarios para garantizar el respeto del Estado de derecho en la actividad administrativa, es la obligación que tiene la Administración de emitir sus actos administrativos que afecten derechos e intereses particulares siguiendo el procedimiento administrativo establecido por la ley, el cual se regula no sólo para garantizar la eficacia de las acciones administrativas, sino también para garantizar los derechos de los particulares ante la Administración pública. El procedimiento administrativo está gobernado, según se establece en el Artículo 141 de la Constitución, por “los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia y responsabilidad en el ejercicio de funciones públicas y con total sometimiento a la ley y al derecho;” y como se indica en el Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por los principios de economía, celeridad, simplicidad, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia y buena fe.

Por ello, específicamente, en todos los casos en los cuales un acto de la administración pública puede afectar los derechos o intereses de particulares, para poder emitirlo la administración está obligada a seguir el procedimiento administrativo en el cual la garantía del debido proceso debe respetarse, y particularmente debe garantizarse el derecho a la defensa. Es decir, en el derecho administrativo venezolano, para que la Administración pueda emitir una resolución que afecte, restrinja o limite derechos de alguna manera o modifique la situación legal de una persona física o jurídica, debe llevar a cabo un procedimiento administrativo previo en el que se garanticen los derechos al debido proceso y, principalmente, a la defensa. Ello deriva de lo establecido en la propia Constitución en materia de debido proceso como derecho fundamental (Art. 49), por lo que su inobservancia constituye una violación de la Constitución y no sólo de las leyes (legalidad). Adicionalmente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos declara

³⁴ Véase la sentencia No. 01033 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de mayo de 2000 (Caso Aldo Ferro García v. la marca comercial KISS), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01033-110500-13168.htm>.

nulo (de nulidad absoluta) todo acto administrativo llevado a cabo por la Administración sin el debido procedimiento administrativo, es decir, en ausencia total y absoluta del procedimiento debido, lo que equivale a un acto administrativo arbitrario (Art. 19.4).

La consecuencia de este principio constitucional, por ejemplo, en un procedimiento administrativo en el que se evalúe la posibilidad de la revocación de un acto administrativo, es que la audiencia previa de las partes interesadas es una condición para la validez de la revocación, como garantía del derecho fundamental de la persona involucrada a defenderse y a ser escuchada. Es decir, el derecho al debido proceso aplica a toda acción administrativa, de manera que la administración siempre tiene el deber de iniciar un procedimiento administrativo antes de emitir un acto o medida que pueda afectar los derechos o intereses de una persona o una empresa, de modo que a éstos se les otorgue la oportunidad de presentar sus alegatos y su defensa.³⁵

Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 15 de mayo de 1996, decidió que “cualquier acto administrativo cuyos efectos estén dirigidos a extinguir, modificar o variar algún derecho subjetivo o algún interés calificado de los particulares, o aquellos que a éstos les imponga sanciones o cargas, para su validez y eficacia, requiere obligatoriamente de un procedimiento previo que, aún en forma informal, permita el ejercicio del derecho fundamental a la defensa que ostentan todos los ciudadanos, como derecho cívico contenido en la Constitución.”³⁶

Estos principios, como ya se mencionó, han sido repetidos por la disposición del Artículo 49 de la Constitución de 1999, donde la garantía constitucional al debido proceso y el derecho a la defensa se establecieron como inviolables no sólo en todos los procesos judiciales, sino también en todos los procedimientos administrativos; una garantía que no puede omitirse ni siquiera por el mismo legislador.³⁷ Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia No. 321 del 22 de Febrero de 2002 (*Caso: Papeles Nacional Flamingo, C.A. v. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*), ha decidido que cualquier restricción al derecho a la defensa, por ser un derecho fundamental, sólo puede ser establecida en la propia Constitución, por lo que si el Legislador amplía el alcance de estas restricciones, entonces se vuelven ilegítimas.³⁸

El derecho a la defensa es, por lo tanto, un derecho constitucional absoluto, establecido por la Constitución como “inviolable” en todas las etapas y grados de la causa, tanto en procedimientos judiciales como administrativos, y es un derecho que todas las personas poseen, sin distinciones de ningún tipo, personas jurídicas o naturales, el cual,

³⁵ Así lo había sostenido repetidamente la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema, incluso equiparando el derecho a la defensa con el principio del debido proceso. Véase por ejemplo la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1996 en la Revista de Derecho Público, Nos. 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 171.

³⁶ Véase en la Revista de Derecho Público, Nos. 65-66, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 156.

³⁷ Véase la sentencia No. 2742 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de noviembre de 2001, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02742-201101-15649.htm>.

³⁸ Véase la sentencia No. 321 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de febrero de 2002 (*Caso Papeles Nacionales Flamingo, C.A. v. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*), en Revista de Derecho Público, Nos. 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

por lo tanto, no puede someterse a ninguna excepción o limitación.³⁹ Este derecho “es un derecho fundamental protegido por nuestra Constitución, y como tal, no puede suspenderse en materia del estado de derecho ya que es una de las bases sobre las cuales se erige dicho concepto.”⁴⁰ Por ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de que la Constitución de 1999 entró en vigencia, ha insistido en la naturaleza absoluta e inviolable del derecho a la defensa.⁴¹

De esta existencia de reglas de debido proceso se deriva, por otra parte, la posibilidad de que las partes puedan utilizar los medios o recursos proporcionados en el marco legal para defender sus derechos e intereses. En consecuencia, cualquier omisión de las reglas de procedimiento que resulte en la inhabilidad de las partes para utilizar los mecanismos que garantizan su derecho a ser oídas, resulta en un estado de indefensión y en una violación al derecho de debido proceso y al derecho de las partes a la defensa. La consecuencia de lo anteriormente dicho en el campo del derecho administrativo, y en particular, en materia de procedimientos administrativos y de los actos administrativos resultantes, es el principio *audire alteram parte* conforme al cual ningún acto administrativo que pueda afectar los intereses o derechos de las personas con omisión en cualquier forma de la audiencia previa de las partes interesadas, de manera que se les permita ejercer su derecho a ser oídas, y a alegar y producir pruebas de sus afirmaciones.⁴²

Para garantizar dicho derecho a ser oído, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos proporciona una serie de derechos correlacionados, tales como: que se notifique sobre cualquier procedimiento que podría afectar los derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos de una persona (Artículo 48); tener la oportunidad de ser oído y de ser parte en cualquier momento del procedimiento administrativo (Artículo 23); tener acceso a los expedientes administrativos, inspeccionarlos y copiarlos (Artículo 59); presentar pruebas y entregar expedientes (Artículos 48 y 58); que el acto administrativo tenga su motivación formalmente (Artículo 9); que se le notifique personalmente de cualquier acto que podría afectar los derechos, e intereses legítimos, personales y directos de la persona (Artículo 73); así como a ser informado de los medios legales para poder ejercer los recursos que procedan contra el acto (Artículos 73 y 77).

Ahora bien, precisamente en materia de revocación de actos administrativos, salvo que los mismos no originen derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 82 de

³⁹ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró al respecto en su sentencia del 15 de agosto de 1997 (Caso Telecomunicaciones Movilnet, C.A. v. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)), lo siguiente: “La imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en general, cualquier tipo de limitación o restricción en la esfera subjetiva de aquellos procesados sin la oportunidad de ejercer su derecho a una defensa, es inconcebible.” Véase en la Revista de Derecho Público, Nos. 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 154-163.

⁴⁰ Así establecido por la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema en su sentencia No. 572 del 18 de agosto de 1997 (Caso Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. la República (Ministerio de Transportes y Comunicaciones)), en la Revista de Derecho Público, Nos. 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, p. 158 ss.

⁴¹ Véase por ejemplo, la Sentencia No. 97 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de marzo de 2000 (Caso: Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. v. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas) en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/97-150300-00-0118.htm>.

⁴² Véase por ejemplo, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, del 17 de noviembre de 1983, en Revista de Derecho Público, No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, p. 151.

la ley orgánica), cuando la administración pública tiene razones para creer que puede revocar un acto administrativo específico a través del ejercicio de sus poderes, debe iniciar y seguir el curso debido de un procedimiento administrativo donde aquellos que se benefician del acto administrativo cuya validez es cuestionada y su revocación se propone, puedan ejercer cabalmente su derecho a ser oídos y a la defensa. Los actos administrativos revocatorios de un acto administrativo emitido previamente, incluso si la administración lo considera nulo e inválido, son decisiones que afectan los derechos subjetivos e intereses de los destinatarios de dicho acto administrativo, y por lo tanto, antes de dicha revocación debe seguirse un procedimiento administrativo para garantizar el derecho a la defensa de dichas partes interesadas.

La jurisprudencia, en este tema, ha sido uniforme al exigir siempre que en los casos de revocación de actos administrativos por razones de ilegalidad se abra un procedimiento administrativo previo mediante el cual se garantice el derecho de las partes interesadas a defenderse. Sólo en casos de revocación de actos administrativos por razones de mérito, es decir por razones de interés general, en las cuales la parte interesada tiene el derecho de recibir compensación, no se ha sido considerado obligatoria la exigencia de un procedimiento administrativo previo, en virtud de los poderes discrecionales de que dispone la administración en esta materia. Así, por ejemplo, en casos de terminación anticipada de concesiones conforme al Artículo 46.d de la Ley Orgánica de Promoción de la Inversión Privada a través de Concesiones,⁴³ ya que lo que debe establecerse es “...la extinción temprana de la concesión por parte de la administración pública, por razones de interés público...,” la Sala Político-Administrativa en las decisiones No. 1836 de 7 de agosto de 2001 (Caso *David Montiel Guillén y Oscar Montiel Guillén v. Cámara Municipal del Municipio Almirante Padilla del Estado Zulia.*)⁴⁴ y No. 1447 del 8 de agosto de 2007 (Caso *Minera La Cerbatana, C.A.*)⁴⁵ decidió que esto “es y debe ser el resultado de un acto administrativo, debidamente motivado (como lo señala expresamente el Artículo 53 del Decreto con rango y fuerza de ley en mención).”⁴⁶

⁴³ Véase Gaceta Oficial No. 5.394 del 25 de octubre de 1999.

⁴⁴ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01836-080801-13619.htm>

⁴⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01447-8807-2007-2004-0779.html>

⁴⁶ Por lo tanto, su control corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa, agregando que: “... en casos como estos en los que impera la autotutela, no existe en principio, la obligación de abrir un procedimiento administrativo (que garantice los derechos del Administrado), (sic) Por el grado de discrecionalidad que opera en este tipo de decisiones administrativas (actos) los cuales deben fundamentarse suficientemente en la justa valoración y equilibrio que la Administración debe hacer entre un ‘interés primario’ (representado por el interés general) y unos ‘intereses secundarios’ (representados por intereses públicos o privados) que en cierta oportunidad, por razones de conveniencia deben ser dejados de lado en favor de ese interés primario. Es decir, la cuestión de la discrecionalidad plantea la valoración del interés público frente a otros (heterogéneos), también protegidos por el ordenamiento. Este mecanismo per se, constituye la garantía que la Administración brinda a sus administrados en estos casos y, es por ello que ante la ausencia de un procedimiento administrativo previo, el control de estos actos y la consecuente garantía de los derechos de los administrados queda en manos de la jurisdicción. Es precisamente este control de la jurisdicción contencioso administrativa y la debida proporcionalidad y adecuación al interés público que debe guardar la Administración, lo que garantiza a los administrados el límite y el equilibrio que la Constitución consagra entre el ejercicio del Poder Público y el de los derechos y garantías de los particulares. Véase la sentencia No. 1447 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo del 8 de agosto de 2007, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01447-8807-2007-2004-0779.html>. Véase además, en materia de concesiones mineras por ejemplo la sentencia No. 847 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de julio de 2008 (Caso Minas San Miguel C.A.), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00847-17708-2008-2005-5529>.

En cualquier caso y excepto en aquellos casos de revocación por razones de mérito, donde el derecho del beneficiario del acto está garantizado a través de su derecho a compensación,⁴⁷ o en casos donde la ley otorga un poder discrecional a la administración para tomar una decisión, todos los otros casos de revocación de un acto administrativo deben ser el resultado de un procedimiento administrativo correspondiente, lo cual implica que si esto no se realiza, el acto de revocación estaría viciado de nulidad absoluta en los términos del Artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Como lo ha afirmado la jurisprudencia contencioso administrativa incluso antes de la Constitución de 1999, el debido proceso, según se ha descrito anteriormente⁴⁸, constituye un derecho inviolable en todo grado y estado del procedimiento, independientemente de su naturaleza, y expresamente con respecto a procedimientos administrativos.

Es el caso, además, en todos los supuestos en los cuales la Administración, conforme a sus competencias legales, proceda a revocar un acto administrativo como sanción impuesta en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario del acto administrativo. Esto es particularmente relevante en casos en los cuales respecto de actos administrativos cuya ejecución involucra obligaciones de hacer o dar, por parte de la persona o entidad a quien se dirige el acto, la ley le otorga poderes sancionatorios a la Administración. De acuerdo con la jurisprudencia, por tanto, se ha reconocido la validez de revocación de actos administrativos por el incumplimiento de una obligación resultante de los mismos, siempre y cuando se hayan cumplido para ello con todas las formalidades relativas al debido proceso. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo se refirió a este tema en su sentencia del 13 de julio de 2005, sosteniendo:

“...el criterio de esta Sala, según el cual debe garantizarse el derecho a la defensa, a través de la instauración de un procedimiento administrativo previo, al concesionario de un servicio público a quien se pretenda revocar la concesión otorgada, en caso de falta o incumplimiento grave; no obstante lo anterior, se evidencia igualmente en dicho fallo, que el interés colectivo que propicia ese tipo de contrataciones, tiene preeminencia sobre el particular interés del co-contratante de la Administración.”⁴⁹

En estos casos donde el acto revocatorio es emitido como una penalización por el incumplimiento por su beneficiario de algunos deberes previstos en el acto revocado, la necesidad de un procedimiento administrativo previo es por tanto una condición requerida para la validez del acto revocatorio. En esos casos, el incumplimiento es una

html. Los mismos criterios se aplicaron en la sentencia No. 395 de la misma Sala del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de marzo de 2009 (Caso Unión Consolidada San Antonio), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00395-25309-2009-2005-5526.html>

⁴⁷ El Artículo 53 de la Ley Orgánica de Promoción de Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones, al consagrar el poder de la administración para cancelar anticipadamente las concesiones por razones de interés público, reconoce el derecho del concesionario de recibir una compensación integral.

⁴⁸ Véase las sentencias No. 207 y 208 de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia del 8 de octubre de 1996, y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Contencioso del 15 de mayo de 1996, en Revista de Derecho Público, No. 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 171, y en Revista de Derecho Público, Nos. 65-66, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 156.

⁴⁹ Véase la sentencia No. 4911 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de julio de 2005 (Caso Juan Serva Cammarano), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/04911-130705-2000-1115.htm>.

situación fáctica que debe imputarse de manera presunta al beneficiario del acto, para lo cual se le debe otorgar, a lo largo del procedimiento, su derecho a ser oído y a que se presuma su inocencia con todas las garantías aseguradas por el Artículo 49 de la Constitución, permitiéndosele defenderse según lo considere adecuado para proteger sus derechos e intereses.

New York, marzo 2012

IV

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY N° 107-13 DE LA REPÚBLICA DOMINICANA SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE 6 DE AGOSTO DE 2013

Publicado “A manera de introducción General a la Edición Dominicana” de mi libro: *Principios del Procedimiento Administrativo. Estudio de Derecho Comparado*, Colección Estudios de Derecho Administrativo, Volumen II, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica venezolana, Santo Domingo 2016, pp. 51-70; y en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 59-72.

I. LA LEY DOMINICANA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LÍNEA GARANTISTA DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA

La Ley No. 107-17 de 6 de agosto de 2013 de la República Dominicana sobre el Procedimiento Administrativo, es la última de las leyes reguladoras del procedimiento administrativo que se han sancionado en América Latina.¹ Por ello, se trata de un cuerpo normativo que en cierta forma se ha podido nutrir de la vasta experiencia en la materia desarrollada en nuestros países durante los últimos cuarenta años, desde que se dictó,

¹ En general, sobre las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003; y nuestro trabajo: “Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, n F. Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

en 1972, en la Argentina, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, que fue posteriormente reformada por la Ley 21.682.²

En efecto, luego de esa ley pionera, se dictó en Uruguay, en 1973, el Decreto Ley 640, sobre Procedimientos Administrativos, que luego fue sustituido por el Decreto 500 de 1991 sobre Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central. Un lustro más tarde, en 1978, se sancionó en Costa Rica la Ley General de la Administración Pública, en la cual, además del procedimiento administrativo, se regularon materialmente todos los aspectos esenciales del régimen del derecho administrativo³. Posteriormente, en 1981, se dictó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela;⁴ y unos años más tarde, en 1984, se reformó el Código Contencioso Administrativo de Colombia, agregándosele precisamente el Libro I sobre Procedimientos Administrativos; Código que ha sido reformado recientemente mediante Ley 1437 de enero de 2011, en la cual quedó con la denominación nueva de “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” Posteriormente, en 1987, se dictó en Honduras la Ley de Procedimiento Administrativo; y luego de un período de casi diez años, en 1994, en México se dictó la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. En ese mismo año, se dictó en Ecuador, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto Ejecutivo 1634 de 1994), que reguló aspectos del procedimiento administrativo; y años después, en 1999, se sancionó en el Brasil la Ley 9.784 que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal. Posteriormente, en 2000, se dictó en Panamá, la Ley No. 38 contentiva del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, que regula el Procedimiento Administrativo General; y al año siguiente, en 2001, se sancionó en el Perú, la muy importante Ley 27.444 del Procedimiento Administrativo General,⁵ la cual tuvo su antecedente remoto en el Decreto Supremo 006-67-56 de 1967

² Sobre la Ley argentina nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina,” en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo*. Tomo II. Aspectos generales del procedimiento administrativo. El procedimiento Administrativo en el derecho Comparado, Buenos Aires 2012

³ Sobre la Ley costarricense véase nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica” en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58.

⁴ Sobre la ley venezolana véase nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julioseptiembre 1981, pp. 115-117; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela,” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258; “Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 7-51; y *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Principios del procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas 2002.

⁵ Sobre la Ley peruana véase nuestros comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina (con ocasión de la primera década de la Ley No. 27.444 del Procedimiento Administrativo General del Perú 2001-2011),” en *Derecho PUCP*, Revista de la Facultad de Derecho, No 67, El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011, pp. 47-77

el cual, aún cuando de rango parlamentario, puede considerarse como el primer cuerpo normativo en la materia en América latina. Finalmente, antes de la Ley de la República Dominicana, se dictaron, en 2002, la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de Bolivia, y en 2003, la Ley N° 19.880 de Procedimientos Administrativos de Chile.

Todas esas leyes, sin duda, tuvieron en una forma u otra alguna influencia de la legislación española, a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, las cuales fueron sustituidas por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999), la cual, por su parte, también puede decirse que influyó en la redacción de la Ley de la República Dominicana.

El signo característico de todas esas leyes ha sido, en los respectivos países, el cambio del balance entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos y garantías de los administrados, lo que ahora recoge expresamente la Ley Dominicana en su artículo 1, al definir que su objeto es: “regular 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,” y por tanto, no sólo regular poderes y prerrogativas de la Administración. Como se expresó con claridad en el “Considerando Décimo Primero” de la Ley:

“Que conforme ha tenido ocasión de apuntar reputada doctrina administrativa de América Latina, hasta la aparición de las leyes de procedimiento administrativo “casi todos los poderes, potestades y derechos habían estado en manos de la Administración, con muy pocos deberes y obligaciones frente al particular; y el administrado, lo que había encontrado normalmente ante la Administración, eran solo situaciones de deber, de sujeción, de subordinación, sin tener realmente derechos, ni tener mecanismos para exigir la garantía de su derecho”.⁶

En todo caso, fue a partir de esas leyes que el acento se puso progresivamente de parte de los derechos y garantías de los administrados frente a la Administración, pudiendo considerarse la Ley No. 107-17 de la República Dominicana, como la culminación de un proceso de avance, habiendo quedado signada con un muy acentuado acento garantista de los derechos de los administrados, basado en la consideración de que “el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho transformó la naturaleza de la relación entre la Administración Pública y las personas” (“Considerando Segundo”). Es con base en ello, además, que en el “Considerando Cuarto” de la Ley, se afirma 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

⁶ La cita proviene de nuestros trabajos: Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en el libro Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981; y “Régimen general del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981,” en el libro en Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Coord.), *Procedimiento Administrativo*. Tomo II. Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo. El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado, Buenos Aires 2012.

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.”

El acento garantista de la posición de los administrados frente a la Administración, por supuesto, no sólo origina la consagración en la Ley de los derechos y garantías de los administrados que aquella está obligada a respetar, sino la transformación de la propia Administración, la cual se somete a estar al servicio del ciudadano. Es decir, como se afirma en el “Considerando Décimo Segundo” de la Ley:

“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, que no se manifiesta exclusivamente para las garantías jurídicas de las personas, sino que se orienta fundamentalmente en el aumento de la calidad de los servicios y actividades que realiza la Administración Pública, así como en el derecho de las personas de ser indemnizados a consecuencias de las lesiones a sus bienes o derechos ocasionadas por una actuación antijurídica de la Administración o en los casos de actuación regular cuando se ocasione un sacrificio particular.”

La Ley, en este marco, regula los elementos básicos del procedimiento administrativo, que en definitiva son los relativos al debido proceso en sede administrativa, estableciendo como principio (de debido proceso) 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 la obligación expresa de la Administración de “Garantizar el debido proceso del procedimiento o la actuación administrativa de que se trate” (art. 6.4). Ese debido proceso se establece, por supuesto, como garantía del “derecho a la tutela administrativa efectiva” que proclama el artículo 3.22 de la ley, y que se complementa con el deber de la Administración de “Fomentar la tutela administrativa efectiva” (art. 6.1).

En ese contexto de derechos de los administrados y deberes de la Administración, se regula entonces el procedimiento administrativo en la Ley con el objeto de “establecer aquellas normas comunes a los procedimientos administrativos que procuran el dictado de resoluciones unilaterales o actos administrativos que afectan a los derechos e intereses de las personas, ya impliquen, entre otros, permisos, licencias, autorizaciones, prohibiciones, concesiones, o resolución de recursos administrativos o la imposición de sanciones administrativas y en general, cualquier decisión que pueda dictar la Administración para llevar a cabo su actividad de prestación o limitación” (art. 15).

Para garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso, la Ley, ante todo, reafirma la necesidad del sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, habiendo quedado expresado en el “Considerando Tercero” de la Ley, el principio de que “la Administración Pública debe actuar al servicio objetivo del interés general,” o como lo indica el artículo 3, “la Administración Pública sirve y garantiza con objetividad el interés general”, “especialmente en sus relaciones con las personas,” siempre mediante “su sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.” Ello implica, por tanto, que la actuación de la Administración siempre tiene que desarrollarse “en el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto,” (art. 3), que se resume en la ley como

“Principio de juridicidad”, “en cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.” (art. 3.1).

Para asegurar ese sometimiento, esta ante todo el principio de la competencia, que en el artículo 3.10 de la Ley se denomina como “Principio de ejercicio normativo del poder,” conforme al cual, 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.” Se fijan así los parámetros del ejercicio de la competencia, conforme a la finalidad perseguida por la norma atributiva de la misma, consagrándose expresamente el vicio de “desviación de poder” que afecta los actos administrativos cuando la competencia del funcionario para dictarlos se usa para el logro de otros fines distintos.

La consecuencia del principio de la competencia es que sólo pueden ser válidos, los actos administrativos “dictados por órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido y respetando los fines previstos por el ordenamiento jurídico para su dictado” (art. 9). Al contrario, los actos administrativos se consideran inválidos, con vicios de dos tipos:

Primero, los vicios que acarrear la nulidad “de pleno derecho” que son los que derivan de actos que “subviertan el orden constitucional” o “vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución” (art 14). Además, también son nulos de pleno derecho, los actos administrativos “dictados por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello; los carentes de motivación, cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales; los de contenido imposible; los constitutivos de infracción penal y los que incurran en infracciones sancionadas expresamente con nulidad por las leyes” (art.14).

Igualmente, en el artículo 30.I de la Ley, se considera, “nulas de pleno derecho las normas administrativas, los planes o programas aprobados por la Administración que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. En razón del procedimiento, incurrirán en nulidad de pleno Derecho la infracción o desconocimiento de los principios o reglas aplicables a la elaboración de reglamentos, planes o programas de alcance general, que se regulan en el Artículo 31 de la Ley. Conforme a ello, por tanto, sería nula de pleno derecho el ejercicio de la potestad sancionatoria que se ejerza sin habilitación legal expresa, es decir, vulnerando la reserva legal que existe en la materia (art. 35)

Segundo, lo vicios que acarrear la anulabilidad de los actos administrativos que se producen cuando “incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico; los que vulneren las normas de procedimiento; los que carezcan de motivación suficiente en el ejercicio de potestades administrativas regladas; y los que se dicten en desviación de poder por cuanto aun respetando las formas externas de su producción se aparten del fin para el que se otorgó la potestad” (art. 30.II).

II. EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO DE PETICIÓN ADMINISTRATIVA

Conforme al artículo 22 de la Ley, el procedimiento administrativo se puede iniciar de oficio o a instancia de parte interesada, siendo este último caso, la manifestación más concreta del derecho constitucional de petición que todas las personas tienen en relación con la Administración. Ello, por lo demás, se declara en la Ley expresamente, como derecho de los administrados, al preverse el “derecho a presentar por escrito peticiones” (art. 4.5); y como deber de la Administración, el de “facilitar la presentación de las peticiones a las personas” (art. 6.6).

A tal efecto de ejercer el derecho de petición, el artículo 17 la Ley identifica como interesados en el procedimiento administrativo a “quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.” A los efectos de la actuación en el procedimiento administrativo de las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, en la ley se las considera como “titulares de intereses legítimos colectivos.”

En todo caso, durante el curso del procedimiento, a los efectos de la actuación de las partes, en mismo, artículo 17 identifica también como interesados en el procedimiento administrativo a quienes “sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos o 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.”

El derecho de petición por los interesados, y toda actuación de estos en el procedimiento puede ejercerse “a través de representante”, lo que la Ley declara como derecho de los administrados (art. 4.29); estableciendo el deber correlativo de la Administración de “facilitar la actuación de las personas que lo deseen a través de representante en los procedimientos administrativos” (art. 6.26). El tema de la representación se desarrolla, además, en el artículo 18 de la Ley, al reiterar que los interesados pueden “actuar por medio de representante con capacidad de obrar, dejando constancia formal de tal representación mediante comparecencia o cualquier otro medio válido en derecho.” En todo caso, la falta de acreditación de la representación es “subsanaible en el plazo de diez días, permitiéndose provisionalmente la intervención del representante bajo la condición de subsanación del defecto.”

Junto con la petición, los interesados deberán presentar toda la documentación necesaria para soportarla, teniendo e derecho, sin embargo, a “no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública o que versen sobre hechos no controvertidos o no relevantes” (art. 4.7). Ello se corrobora en la norma relativa a los deberes de la Administración al prescribir que la misma debe “resolver sin necesidad de solicitar documentos a las personas que obren en poder de la Administración Pública” (art. 6.8).

En la ley también se consagra como derecho de los administrados en de obtener “copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública” (art. 4.22),

estando la Administración obligada en la propia ley a “entregar copia sellada de los escritos presentados por los ciudadanos” (art. 6.20).

El ejercicio del derecho de petición por parte de los administrados, por otra parte, origina otros deberes a cargo del personal al servicio de la Administración, como el de “asesorar a las personas sobre la forma de presentación de las solicitudes y su tramitación” (Principio de asesoramiento) (3.16.). Ello implica que en el caso de que la solicitud formulada con la petición no contenga los requisitos exigidos en la ley para las mismas, el órgano competente está obligado a poner ello en conocimiento del interesado para que en un plazo de diez días pueda subsanar las carencias (art. 23.IV). Por lo demás, de acuerdo con el artículo 23.V de la ley, los funcionarios no pueden “negarse a recibir una petición,” aún cuando deban advertir al interesado de cualquier omisión que hubiese constatado.”

III. EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO AL DEBIDO TRÁMITE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con el artículo 7.5 de la Ley, entre los deberes que tiene el personal al servicio de la Administración Pública en relación con las personas que ante ella acudan en el marco de cualquier procedimiento o actuación administrativa, está el de “tramitar las peticiones que lleguen por cualquier medio razonable.”

Hay por tanto, un derecho administrativo de los interesados al debido trámite del procedimiento administrativo, que debe desarrollarse, ante todo, en un marco 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. (art. 3.14). El principio de la buena fe no sólo obliga, por tanto, a la Administración sino también a los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, de manera que conforme se prevé expresamente en el artículo 5.2 de la Ley, los mismos están obligados a “actuar de acuerdo con el principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en los procedimientos, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.” Además, conforme al “principio de ética” tanto el personal al servicio de la Administración Pública, como las personas en general, deben “actuar con rectitud, lealtad y honestidad” (art. 3.21).

En este marco general es que debe desarrollarse el trámite en el procedimiento administrativo, que debe regirse por el “principio de facilitación”, el cual, conforme al artículo 3.18 de la Ley, implica que las personas deben encontrar “siempre en la Administración las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente en lo referente a identificar al funcionario responsable; a obtener copia sellada de las solicitudes; a conocer el estado de tramitación; a enviar, si fuera el caso, el procedimiento al órgano competente; a ser oído y a formular alegaciones o a la referencia a los recursos susceptibles de interposición.”

Por su parte, en cuanto a la Administración la misma está obligada a “adoptar decisiones bien informadas” por lo que el procedimiento administrativo “constituye el instrumento para la obtención y el tratamiento de la información necesaria para adoptar

la mejor decisión de que se trate en cada caso.” Por ello, el artículo 26 de la ley autoriza a la Administración a recabar de oficio “todas las pruebas necesarias para adoptar la mejor decisión, en resguardo del derecho de los interesados” (art. 26).

Otro de los principios generales regulados en la Ley que deben guiar el trámite debido del procedimiento administrativo, es el que deriva del derecho a la igualdad y a la imparcialidad.

Conforme al “principio de igualdad de trato” “las personas que se encuentren en la misma situación deben ser tratadas de manera igual, “garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato” (art. 3.5).

Conforme al principio de imparcialidad, la Administración está obligada a prestar un “servicio objetivo a las personas” en el sentido de que en todas las actuaciones administrativas, que debe concretarse en el respeto a los derechos fundamentales de las personas, se proscriben las actuaciones administrativas “que dependan de parcialidades de cualquier tipo” (art. 3.2). En particular sobre esto, se define en la Ley como principio rector del procedimiento, el “principio de imparcialidad e independencia” que impone al personal al servicio de la Administración Pública el deber de:

“abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y de 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” (art. 3.11).

El principio se concreta además en el artículo 19 de la Ley al regularse lo que se denomina la “objetividad de los órganos,” prohibiéndose a las autoridades y funcionarios el poder “participar en el dictado de un acto administrativo cuyo contenido afecte a sus intereses personales o los de las personas con las que mantienen una relación de consanguinidad, parentesco, amistad, enemistad o servicios profesionales.”

En esos casos de causas de abstención, la ley impone al funcionario la obligación de inhibirse (art. 19.); pero la Ley establece, además, los necesarios mecanismos para que los interesados puedan recusar a los funcionarios que puedan estar incurso en dichos motivo de abstención (art. 19.II); y además, puedan “solicitar a los tribunales la paralización de aquellos procedimientos en los que el incumplimiento del deber de objetividad contamine de forma más evidente los posibles resultados” (art. 19.IV).

En todo caso, la participación en un procedimiento de funcionario o autoridad incurso en potencial conflicto de intereses, conforme se establece en el artículo 19.III de la Ley, da lugar a la nulidad del acto si no se motivan adecuadamente las razones que justifican su no abstención o el rechazo de la recusación (art. 19.III).

Otro aspecto que regula la Ley para la garantía de trámite debido del procedimiento administrativo, es el relativo al manejo del “expediente administrativo” en torno al cual gira precisamente todo el trámite administrativo. Dicho expediente administrativo se define como el “conjunto de documentos en cualquier tipo de soporte, incluyendo los electrónicos, indiciados y ordenados cronológicamente por la Administración sobre

un asunto determinado” (art. 21); estando la Administración obligada a “habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención ordenada y cómoda de las personas” (art. 7.8). La Administración está además, obligada, en general, a “disponer de archivos, registros y base de datos administrativos físicos o digitales, debidamente ordenados y actualizados que permita el acceso sencillo para las personas” (art. 6.19, con la consagración del correlativo derecho de los interesados “a una ordenación racional y eficaz de los archivos, registros y bases de datos administrativos físicos o digitales” (art. 4.20).

Los interesados, por supuesto, respecto del expediente administrativo, tienen ante todo el derecho de acceso al mismo para la defensa de sus derechos, aún cuando “en el marco del respeto al derecho a la intimidad” de las personas, y a “las declaraciones motivadas de reserva” que puede adoptar la Administración respecto de documentos que en todo caso deben “concretar el interés general al caso concreto” (art. 4.19). En cuanto a lo primero, el artículo 3.20 de la Ley establece como principio del procedimiento administrativo, el “principio de protección de la intimidad,” imponiéndole al personal al servicio de la Administración Pública que maneje datos personales, la obligación de respetar “la vida privada y la integridad de las personas, prohibiéndose el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.” Y en cuanto a lo segundo, el artículo 3.7 de la Ley autoriza a la Administración a decidir el establecimiento las “reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso.”

En el trámite del procedimiento administrativo, también se consagra en la Ley el derecho de los interesados de “conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten” (art. 4.26), que impone a la Administración la obligación correlativa de “informar periódicamente del estado de la tramitación de los procedimientos” (art. 4.23). Para asegurar el ejercicio de este derecho, la Ley consagra además, el derecho de los interesados “a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo” (art. 4.25), con la correlativa obligación de la Administración de “identificar al responsable de la resolución del procedimiento administrativo de que se trate” (art. 6.22).

Por último debe mencionarse en el debido trámite del procedimiento administrativo, la consagración específica del derecho de los administrados a participar en el procedimiento de elaboración de reglamentos administrativos, planes y programas de alcance general, al consagrarse, no sólo la posibilidad de iniciativa privada para “presentar el correspondiente anteproyecto de reglamento, de plan o programa,” siempre que “la legislación sectorial” así lo haya establecido (art. 31.1); sino el derecho de los ciudadanos de presentar alegaciones que siempre deben ser “tenidas en cuenta para hallar la mejor solución posible en el reglamento, plan o programa” (art. 31.3). La Ley consagra además, específicamente, el derecho de los ciudadanos “directamente afectados en sus derechos e intereses” por el acto normativo, de participar directamente o a través de las asociaciones que los representen, en la “audiencia” que la Administración está obligada a convocar, y que debe realizarse “en todo caso antes de la aprobación definitiva del texto reglamentario, plan o programa cuando puedan verse afectados en sus derechos e intereses legítimos. (art. 31.4). Ello, sin perjuicio de la obligación que tiene la Administración de garantizar

el derecho del público en general de participar en la elaboración del texto normativo, “con independencia de que se vea o no afectado directamente por el proyecto de texto reglamentario, plan o programa,” antes de la aprobación definitiva salvo texto legal (art. 31.5).

En estos casos, exige el artículo 31.6 de la Ley, que tanto la audiencia de los interesados, como la participación del público en general que se produzcan en el seno del procedimiento de elaboración de los reglamentos administrativos, planes y programas de alcance general, pueden extenderse también a los momentos iniciales o de elaboración de las prioridades y esquemas del borrador, así como a la fase de seguimiento y supervisión, una vez aprobado el texto reglamentario, plan o programa.

IV. EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO A LA DEFENSA: EL DERECHO A SER OÍDO Y EL DERECHO A FORMULAR ALEGACIONES Y RECURSOS

La esencia de la regulación del procedimiento administrativo, desde el punto de vista de la garantía de los derechos de los administrados, está en garantizar el derecho a la defensa que es el nódulo de la garantía del debido proceso, y que implica el derecho a ser oído y a formular alegaciones y pruebas. Por ello, entre los primeros derechos de los administrados que se declaran expresamente en la Ley, están los siguientes:

Primero, el 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” (art. 4.27), con el correlativo deber de la Administración de “notificar por cualquier medio eficaz a las personas de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días” (art. 6.24).

Segundo, el “derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente” (art.4.8), con el correlativo deber de la Administración de “oír siempre a las personas antes de que se adopten resoluciones que les afecten desfavorablemente” (art. 6.9).

Tercero, el “derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo” (art. 4.15), con el correlativo deber de la Administración de “facilitar la formulación de alegaciones por parte de las personas en cualquier momento del procedimiento o actuación administrativa de que se trate”(art. 6.15); y

Cuarto, el “derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración” (art. 4.16), con el correlativo deber de la Administración de “facilitar la presentación de quejas, recursos o reclamaciones ante la propia Administración Pública” (art. 6.16).

En todo caso, el detalle de la regulación del derecho a la defensa en la Ley de Procedimientos Administrativos de la República Dominicana solo se reguló en el Título V relativo a la Potestad Sancionadora, en el cual se establecen los siguientes principios que conciernen a dicho derecho a la defensa:

Primero, el derecho a ser notificado, que se concreta en la garantía del presunto responsable “a ser notificado de los hechos imputados, de las infracciones que tales hechos

puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le puedan imponer, así como de la identidad de los instructores, de la autoridad competente para sancionar y de la norma jurídica que atribuya tales competencias” (art. 42.2).

Segundo, el derecho del presunto responsable de formular alegaciones y de usar “los medios de defensa procedentes, los cuales deberán ser considerados en la decisión del procedimiento” (art. 42.3).

Tercero, el derecho a la presunción de inocencia del presunto responsable, que debe ser garantizado por la Administración, “mientras no se demuestre lo contrario” (art. 42.6).

Cuarto, el derecho del presunto responsable de que la carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, corresponde a la Administración (art. 43).

Por último, como manifestación igualmente del derecho a la defensa, como lo exige el artículo 9.I de la Ley, “para garantizar la posibilidad de su fiscalización, quedará constancia escrita del contenido de los actos administrativos, incluidos los verbales, con identificación de sus responsables,” agregándose la previsión de la recurribilidad de los actos administrativos que “pongan fin a un procedimiento, imposibiliten su continuación, produzcan indefensión, lesionen derechos subjetivos o produzcan daños irreparables podrán ser directamente recurridos en vía administrativa” (art. 47).

En consecuencia, los interesados tienen derecho, conforme al artículo 4.17 de la Ley “a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa” (art. 4.17), con lo cual la ley dominicana opta por darle carácter optativo de los recursos administrativos, que son el recurso de reconsideración y el recurso jerárquico. Por ello, el artículo 51 de la ley precisa que las personas, a su opción, pueden interponer los recursos administrativos o acudir directamente a la vía contenciosa administrativa. En caso de que se acuda a la vía judicial, ello hace perder la posibilidad de acudir a la vía administrativa. En caso de que se acuda a la vía administrativa, el interesado puede siempre desistir del mismo en cualquier estado a fin de promover la vía contenciosa, y además, siempre puede acudir a la vía judicial, mediante la interposición del recurso contencioso administrativo una vez que sea resuelto el recurso administrativo, o cuando haya transcurrido el plazo para decidir (art. 51).

V. EL RÉGIMEN GARANTISTA DEL DERECHO A LA DEBIDA RESOLUCIÓN DE LAS PETICIONES

El procedimiento administrativo, como lo dispone expresamente el artículo 15.I de la Ley, tiene por finalidad esencial “garantizar el acierto de la decisión administrativa, al tiempo que se asegura la protección de los derechos e intereses de las personas,” de lo que deriva el derecho de los administrados “a una resolución justa de las actuaciones administrativas (art. 4.4), con el correlativo deber de la Administración de “resolver con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado” (art. 6.5).

De ello deriva que los procedimientos deben necesariamente deben terminar, tanto los iniciados de oficio como los iniciados a petición de parte, en este caso, como garantía al derecho a la debida y oportuna respuesta que está declarado formalmente en

el artículo 4.6 al disponer que los administrados tienen el “derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas” con el correlativo deber de la Administración de “responder eficazmente a las solicitudes de las personas” (art. 6.7).

Por ello, e independientemente de las otras formas de terminación del procedimiento administrativo reguladas en la Ley (desistimiento del solicitante, renuncia al derecho, imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, declaración de caducidad, celebración de un convenio, acuerdo o pacto), la forma normal y a la cual tiene derecho primario el administrado, sobre todo cuando es solicitante o peticionario, es la finalización del procedimiento administrativo mediante “la resolución, que debe dar respuesta congruente y razonada a todas las cuestiones planteadas en el mismo” (art. 28.a).

La resolución debe adoptarse, conforme lo indica el artículo 3.19 de la Ley en “plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en el órgano correspondiente, salvo que la legislación sectorial indique un plazo mayor.” Por ello, el artículo 4.3 de la Ley consagra como derecho de los administrados el “derecho a una resolución administrativa en plazo razonable,” siendo el correlativo, la obligación de la Administración de “resolver los procedimientos en plazo razonable (art. 6.3). La consecuencia de ello, es que si la Administración no decide expresamente el procedimiento iniciado, en los mismos, incurre “en una inactividad administrativa contraria a derecho,” como lo declara el artículo 28.II de la Ley. En esos casos, el funcionario público que omitiere dar respuesta oportuna al procedimiento previamente iniciado compromete su responsabilidad personal, sin perjuicio del derecho de los interesados a la tutela judicial efectiva frente a la inactividad de la Administración. Y dicha inactividad, en todo caso, no exime en forma alguna a la Administración de resolver expresamente el procedimiento iniciado (art. 28.II). La Ley No. 107-13 no estableció directamente los efectos del silencio como acto tácito positivo o negativo, y remitió a la ley la determinación de que la inactividad de la Administración en resolver el procedimiento dentro del lapso establecido en la ley, deba ser considerada como aceptación de la previa petición formulada por el interesado, es decir, el llamado silencio positivo. Cuando se regule tal supuesto en leyes especiales, “la Administración deberá emitir, dentro de los cinco días siguientes, una constancia que indique tal circunstancia, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva frente a la inactividad de la Administración. En estos casos la Administración sólo podrá resolver la previa petición en sentido desfavorable, previo procedimiento administrativo” (art. 28.II).

Una de las regulaciones más importantes respecto de la resolución en los procedimientos y quizás una de las manifestaciones más importantes del derecho a la defensa, es la consagración del derecho de los administrados “a la motivación de las actuaciones administrativas” (art. 4.2), con la obligación correlativa de la Administración de “motivar adecuadamente las resoluciones administrativas” (art. 6.2). La motivación de los actos administrativos, así, se considera “un requisito de validez de todos aquellos actos administrativos que se pronuncien sobre derechos, tengan un contenido discrecional o generen gasto público, sin perjuicio del principio de racionalidad” (art. 9.II), el cual, como hemos señalado, conforme al artículo 3.4 de la Ley, “se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa.”

Sobre el contenido de las decisiones administrativas que ponen fin al procedimiento, además de su coherencia y racionalidad, la ley exige que las mismas sean proporcionales. Es decir, las resoluciones o decisiones administrativas “cuando resulten restrictivas de derechos o supongan un efecto negativo para las personas,” deben 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 de 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” (art. 3.9).

Otros principios que rigen la actuación de la Administración, en particular, en relación con las decisiones administrativas, son los principios de la seguridad jurídica y de la confianza legítima. Sobre el primero, como lo indica el artículo 3.8 al referirse al “principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa,” el mismo exige que “la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas y criterios administrativos”; y en cuanto al segundo, regulado en el artículo 3.15 como “principio de confianza legítima” implica que la actuación administrativa debe ser siempre “respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.”

Debe mencionarse, por último, en relación con la resolución del procedimiento administrativo, en particular, del procedimiento de revisión cuando se ejerza un recurso administrativo, sea el de reconsideración o el jerárquico, que el órgano competente para decidir un recurso administrativo puede confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios de procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la Administración para convalidar los actos anulables. Sin embargo, está prohibida en la Ley la reformato in pejus, en el sentido de que en ningún caso puede la Administración, al resolver el recurso administrativo, agravar la condición jurídica del interesado que interpuso el recurso (art. 52).

V

SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Conferencia dictada en el *Seminario Nuevas tendencias, transformación y actualización del derecho público y privado, I Jornada Jurídica, Postgrado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, 18 de junio de 2016.*

Si algo caracteriza al derecho administrativo contemporáneo en la República Dominicana, después de la sanción de la Constitución de 2010, es su proceso de constitucionalización, con lo cual la misma dejó de ser el clásico texto con solo contenido orgánico/dogmático que se limitaba a regular la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales; pasando a incorporar en su texto, en cambio, como consecuencia de la estructuración del Estado como Estado de derecho (art. 7), un conjunto de principios básicos y de regulaciones propios del derecho administrativo¹ que antes no tenía, referidos particularmente a la organización y funcionamiento de la Administración Pública, a la actividad administrativa que desarrollan los diversos órganos del Estado y a las relaciones jurídicas que se establecen con ocasión de la misma con los ciudadanos.

Entre esos principios está, por sobre todo, el principio de legalidad o de sometimiento al derecho por parte de todos los órganos del Estado y en particular, de los que conforman la Administración Pública o que realizan la función administrativa, conformándose dicho derecho no sólo por las normas de la Constitución, de las leyes y de los tratados internacionales, sino por todos los actos normativos o reglamentarios dictados por las autoridades competentes.

¹ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Los principios fundamentales del derecho público*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José Costa Rica, 2012; y Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Bases constitucionales del derecho administrativo y el proceso contencioso administrativo en República Dominicana*, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Colección Estudios de Derecho Administrativo Vol. I, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo-New York, 2014 .

A tal efecto, a la Constitución se la concibió como la “norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado” (art. 6), carácter que se ha extendido a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, a los cuales el texto fundamental le da “jerarquía constitucional,” siendo los mismos al igual que todas las disposiciones constitucionales,” de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado,” y por lo tanto, de aplicación directa a los ciudadanos.

Dicha supremacía implica que “todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas,” están sometidas a la Constitución y a los tratados, teniendo todos el deber de “acatar y cumplir la Constitución y las leyes, y de respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas” (art. 75.1).

La consecuencia directa del principio de la supremacía, es la consagración en la misma Constitución de otro principio que es el de la “garantía objetiva de la Constitución” que resulta de declarar como “nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

Y otra de las consecuencias directas del mismo principio de legalidad en materia administrativa es el principio de la competencia conforme a cuál la actuación de todos los órganos del Estado cuando ejercen los poderes públicos, sólo puede realizarse conforme a las atribuciones “determinadas” en la Constitución y en las leyes (art 4), es decir, en ejecución de normas expresas atributivas de competencia. Ello se expresa específicamente, por ejemplo, respecto de los órganos del Poder Judicial, al disponer que los “tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes; (art. 149.II); y respecto de la Administración Pública, al precisar el texto fundamental que los órganos de la misma deben actuar “con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado” (art. 138).

De todo ello resulta el principio de que toda actuación de los órganos públicos tiene que tener una base constitucional y legal, y de que toda actuación de los mismos contraria a la Constitución, a la ley o a alguna de las otras fuente del derecho vicia la actuación de inconstitucionalidad o ilegalidad,² lo que la hace susceptible de ser impugnada ante los tribunales de las Jurisdicciones competentes que ejercen el control de constitucionalidad (art. 185) o de conformidad con el derecho de los actos estatales (art. 165.2).

Esta es la esencia del significado del principio de la “legalidad” que condiciona la actuación de los diversos actos de los órganos del Estado, cuyo ámbito varía según la jerarquía que guarden en relación con la Constitución en el proceso de formación del derecho por grados y según la posición que tengan en la organización general del Estado conforme al principio de la separación de poderes, lo que también contribuye a determinar la relación de la actuación de dichos órganos, con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

² Por ejemplo, como lo indica la Constitución específicamente al proteger la función pública, declarando que “La separación de servidores públicos que pertenezcan a la Carrera Administrativa en violación al régimen de la Función Pública, será considerada como un acto contrario a la Constitución y a la ley” (art. 145).

De estas premisas que resultan del principio de la legalidad, derivan otros principios del derecho administrativo que también han sido constitucionalizados, a los cuales quiero referirme sumariamente a continuación.

I. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

Ante todo, está el principio de la formación del derecho por grados, que permite distinguir, partiendo de las normas que integran la Constitución en sí misma, como derecho positivo superior, una serie de órganos del Estado cuyas actuaciones se realizan en ejecución directa de la propia Constitución, en el sentido de que se dictan ejerciendo poderes establecidos directamente de la misma. Uno de dichos órganos, por ejemplo, es el Congreso Nacional cuando sanciona la legislación; y en el mismo rango, están otros órganos del Estado cuando actúan en ejercicio de atribuciones basándose solo en la Constitución.

Otros órganos del Estado en cambio, que son la mayoría, realizan sus actividades no en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sino de la legislación, y por supuesto en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Ello implica que desde el punto de vista normativo, hay siempre diversos niveles de ejecución de la Constitución que terminan conformando el ordenamiento jurídico en forma jerárquica, prevaleciendo siempre los superiores sobre los inferiores, formándose así sucesivamente el derecho por grados de ejecución.³

Por ello se puede establecer respecto de cualquier acto estatal, una distinción basada en el hecho de si el mismo se dicta en ejecución directa e inmediata de la Constitución, o en ejecución de poderes y competencias establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución, es decir, de la legislación, y que entonces solo ejecutarían la Constitución de manera indirecta y mediata.

La distinción es importante, porque en definitiva, de la misma va a depender no sólo la determinación del ámbito del derecho que rige los diversos actos estatales, sino el órgano jurisdiccional al cual le corresponde el control del sometimiento de los mismos al derecho, sea la Jurisdicción Constitucional es decir, al Tribunal Constitucional (Arts. 184, 185) o la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 165, 214), o la Jurisdicción ordinaria.

Conforme a esa distinción puede entonces decirse que de acuerdo con la Constitución los actos dictados en ejecución directa de la Constitución sujetos al control de la Jurisdicción Constitucional (art. 185.1), son en *primer lugar*, las “leyes” sancionadas por el Congreso Nacional (art. 93.1). En *segundo lugar*, los actos parlamentarios sin “forma de ley” que se dictan en ejecución directa de la Constitución, como son, por ejemplo, los *interna corporis*, dictados en ejercicio de sus atribuciones privativas tanto por el Senado (art. 80) como por la Cámara de Diputados (art. 83), y muchos actos dictados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales vinculados con la función de legislar (por ejemplo, art. 93.1, literales: e, f, ñ, p, k) o en “materia de fiscalización y

³ Véase Hans Kelsen, Teoría pura del Derecho, Buenos Aires 1981, p. 135.

control” (art. 93.2). En *tercer lugar*, como actos de ejecución directa de la Constitución también están los emanados del Presidente de la República dictados en ejercicio directo de atribuciones constitucionales,⁴ como son los “actos de gobierno,” que en relación con la misma tienen el mismo rango de las leyes, como son por ejemplo, los actos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de algunas de sus atribuciones como Jefe de Estado (por ejemplo, art. 128.1, literales c, g, h, l). Y en *cuarto lugar*, están los actos dictados por los “órganos constitucionales” previstos en la Constitución (art. 275), cuando también actúan en cumplimiento de atribuciones asignadas directamente en la Constitución como sucede, por ejemplo, con los actos del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 179) de designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior Electoral, siguiendo incluso “criterios para la escogencia” directamente previstas en la Constitución (art. 180); o cuando decide separar a un juez de la Suprema Corte de Justicia, luego de una evaluación de desempeño, (art. 181). Siendo todos estos actos dictados en ejecución directa de la Constitución, están todos sometidos a control por parte de la Jurisdicción Constitucional.

Aparte de estos actos estatales, todos los otros decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas que pueden dictar los órganos del Estado, que son la mayoría, son siempre dictados en ejecución directa de la legislación (no de la Constitución), es decir son de carácter sub legal, y por ello, sólo ejecutan en forma indirecta de la Constitución, como son todas las demás decisiones, o como las identifica la Constitución, los “actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas” (art. 165.2) que por tanto son siempre de carácter sub-legal, y en general emanan de órganos dispuestos conforme al principio de la jerarquía administrativa propia de la Administración Pública (art. 138, 170); todos los cuales están sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 214).

En esta última categoría se incluyen, por supuesto, todos los actos administrativos dictados por todos los órganos del Estado, incluso por los que puedan tener rango de órganos constitucionales, como por ejemplo serían los actos del propio Congreso en materia de administración de su personal (función pública).

De lo anterior resulta por tanto que en un Estado de derecho, como en la República Dominicana, el grado de sumisión de la Administración Pública al principio de la legalidad siempre es de ámbito mayor que el que pueda condicionar la sumisión a las normas de derecho por parte de los órganos constitucionales del Estado. El Congreso y el Jefe de Estado y de Gobierno, por ejemplo, cuando dictan las leyes o los actos de gobierno, están sometidos solo a la Constitución; mientras que los órganos y las autoridades administrativas en la emisión de actos administrativos están sujetos a un ámbito de legalidad de mayor cobertura puesto que además de estar siempre sujetos a la Constitución, están sometidos a la “legislación,” y a las otras normas como los reglamentos de inferior jerarquía en relación con las mismas. Por ello fue que el principio de legalidad se desarrolló inicialmente en el Estado de derecho para asegurar ante todo el sometimiento de la

⁴ Véase Allan R. Brewer Carías, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

Administración Pública, y en particular de la actividad administrativa de los órganos del Estado a la Constitución y a la ley.

II. EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL O TERRITORIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES TERRITORIALES

Otros principios del derecho administrativo que han sido constitucionalizados y que contribuyen a conformar el ámbito de la legalidad aplicable a la actuación de los entes públicos, son los que derivan del sistema de organización del Estado que adopta la Constitución, de acuerdo con el principio de la separación de poderes. Este, en efecto, es otro de los principios condicionan el derecho administrativo, pues permite identificar en su implementación constitucional no sólo el sistema de personas jurídicas estatales (sujetos de derecho) que actúan por el Estado en sus relaciones con los particulares, sino en definitiva, el régimen de organización y funcionamiento de la Administración Pública o de las Administración Pública que deriven de dicha forma de la organización del Estado, en particular derivadas del grado de descentralización política que se establece en la Constitución.

En el caso de la República Dominicana bien sabemos que el Estado se organiza en la Constitución como una “República Unitaria” (art. 7) o “Estado Unitario” (art. 193), montado sobre una “organización territorial” establecida “conforme a los principios de unidad, identidad, racionalidad política, administrativa, social y económica.” A tal efecto, la Constitución regula una “división político administrativa” del territorio nacional, estableciendo que “para el gobierno y la administración del Estado,” el mismo “se divide políticamente en un Distrito Nacional y en las regiones, provincias y municipios que las leyes determinen” (art. 12) de lo que sin duda deriva un principio de descentralización política hacia la denominada Administración Local.

En este marco, puede decirse entonces que en materia de organización territorial, la Constitución ha establecido, en primer lugar, respecto de la Administración del Estado nacional, unas unidades territoriales denominadas regiones y provincias (art. 12), que aparecen como instancias dependientes del Poder Ejecutivo nacional, que por supuesto no son parte de proceso de descentralización política alguno, pues no tienen autoridades electas, sino más bien sirven de base para la actuación desconcentrada del Estado nacional en el territorio (arts. 196-198).

En segundo lugar, sin embargo, en relación con la denominada Administración Local (art. 199), en mi criterio puede decirse que la Constitución sí adoptó un principio de la descentralización política o de distribución vertical del poder público hacia la misma, conformándola básicamente por los municipios, los distritos municipales y el Distrito Nacional, que es la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, capital de la República y el asiento del gobierno nacional (art. 13).

En relación a esta Administración Local, la Constitución declara a los entes que la componen “constituyen la base del sistema político administrativo local,” concebidos como “personas jurídicas de Derecho Público, responsables de sus actuaciones,” que “gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, con potestad normativa,

administrativa y de uso de suelo, fijadas de manera expresa por la ley y sujetas al poder de fiscalización del Estado y al control social de la ciudadanía, en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes” (art. 199).

Se trata, por tanto, sin duda, de entes descentralizados políticamente, lo que deriva del hecho de que tienen su propio gobierno local electo democráticamente (art. 201), y por tanto autónomo, que está a cargo de un ayuntamiento (Concejo de Regidores y la Alcaldía) en el Distrito Nacional y los municipios,⁵ y de una Junta de Distrito en los distritos municipales. Por ello, además, la Constitución garantiza la autonomía de las administraciones locales, en particular, la autonomía presupuestaria, asignándoles la potestad normativa y administrativa.⁶

En este marco de descentralización, tanto el Estado nacional (art. 3) como los entes descentralizados política y territorialmente en el marco del Estado Unitario (el Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales a nivel local (art. 199) son por supuesto, personas jurídicas territoriales de derecho público, diferenciadas de la que resulta de la expresión “Estado”⁷, que se utiliza en la Constitución y que tiene dos significados: en unos casos la expresión se utiliza para referirse a la totalidad de esos sujetos de derecho que conforman la organización política estatal, como Estado Unitario;⁸ y en otros casos, en algunas normas se utiliza para referirse específicamente sólo a la persona jurídica de

⁵ La Constitución establece, además, los principios generales de la organización del poder público local o municipal particularmente en el Distrito Nacional y los Municipios, distinguiéndose conforme al principio de separación orgánica de poderes, la existencia de dos poderes públicos: el Poder Legislativo local y el Poder Ejecutivo local. Así, al disponer que el gobierno del Distrito Nacional y el de los municipios debe estar a cargo del Ayuntamiento, el artículo 201 precisa que éste debe estar constituido por “dos órganos complementarios entre sí,” que son el Concejo de Regidores y la Alcaldía. El Concejo de Regidores es un órgano “exclusivamente normativo, reglamentario y de fiscalización integrado por regidores,” y la Alcaldía “es el órgano ejecutivo” encabezado por un alcalde, cuyo suplente se denomina vice alcalde.

⁶ Es precisamente porque se trata de instancias políticas descentralizadas que forman el “sistema político administrativo local,” que la Constitución, por ejemplo, les atribuye directamente competencias tributarias (art. 200), previendo además, la posibilidad de transferencia de competencias del Estado hacia los municipios. En tal sentido, el artículo 204 dispone que el Estado debe propiciar “la transferencia de competencias y recursos hacia los gobiernos locales, de conformidad con esta Constitución y la ley” debiendo implementarse dichas transferencias mediante políticas de desarrollo institucional, capacitación y profesionalización de los recursos humanos

⁷ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer Carías, “Sobre los conceptos de Estado, República y Nación en la Constitución de 1999,” en Libro Homenaje a Alfredo Arismendi, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2012.

⁸ En este sentido de la utilización de la expresión Estado para referirse a la República Dominicana en su globalidad como persona en el ámbito de la comunidad internacional, se destacan los artículos 1, 3, 26 y 74.3. Por otra parte, para referirse a la totalidad de personas y órganos estatales en el ámbito interno, la Constitución también utiliza la misma expresión “Estado,” como sucede en relación con las normas sobre las obligaciones y deberes que se asignan a todos los órganos estatales para asegurar y garantizar los derechos constitucionales, como sucede en los artículos 38, 39, 42, 45, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67 y 75 todos relativos a derechos fundamentales. Igualmente, la expresión Estado se utiliza en las normas que regula el universo de los órganos y personas estatales de cualquier nivel, por ejemplo en las normas relativas a la concepción del Estado como democrático y social de derecho (art. 7), a la división territorial del Estado (art. 12); al jefe del Estado (art. 122); a la Administración del Estado (art. 165, 166), a la función pública (arts. 142, 144, 146), y a los servicios públicos (art. 147); al régimen de la economía (art. 218, 219, 222), de la contabilidad pública (art. 245, 248) y del gasto público (art. 75.6); a la seguridad del Estado (art. 128, 261, 264); y a la competencia del Congreso (art. 93.1.q), o del Tribunal Constitucional (art. 184). La típica norma en la que se utiliza la expresión Estado en el ámbito interno, para englobar la totalidad de las personas estatales y los órganos de los poderes públicos es, por ejemplo, la del artículo 8, destinada a definir la “función esencial del Estado” que es “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

derecho público del nivel “nacional”⁹ diferenciada de las otras. Dichas personas estatales, en todo caso, son los sujetos de derecho que van a expresar la voluntad del Estado frente a los particulares.

Este sistema de organización del Estado, por otra parte, condiciona de manera esencial el desarrollo del derecho administrativo, pues permite identificar los órganos de esas personas jurídicas de derecho público que conforman la Administración Pública, o mejor, la Administración Pública nacional y la Administración Pública local, o los que desarrollan actividades administrativas; pues esos sujetos de derecho y sus órganos son los que constituyen objeto de regulación de nuestra disciplina, ya que es a través de los mismos que se establecen las relaciones jurídico-administrativas con los otros sujetos de derecho y los administrados.

III. EL PRINCIPIO DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL ADMINISTRATIVA Y LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES NO TERRITORIALES

Pero esos sujetos de derecho que en la organización del Estado conforman la Administración Pública no solo están condicionados por el principio de la descentralización política adoptado en la Constitución, sino también por otro principio del derecho administrativo que es el de la descentralización funcional que también se ha constitucionalizado y que permite identificar otro conjunto de sujetos de derecho que conforman al Estado en el ámbito interno, y que son las personas jurídicas estatales de derecho público no territoriales.¹⁰

En efecto, en la Constitución (art. 141), además de las regulaciones referidas al Estado, también se regulan los denominados “organismos autónomos y descentralizados,” previniéndose que los mismos deben ser creados mediante ley, deben estar dotados de “autonomía administrativa, financiera y técnica;” debiendo estar siempre “adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia del ministro titular del sector.” Entre esos entes, la Constitución regula directamente algunos como personas de derecho

derechos de todos y todas.” Esta función, por supuesto, no sólo corresponde a los órganos constitucionales y los poderes públicos nacionales sino también a los que conforman la Administración Pública local.

⁹ En este sentido, más restrictivo, diversas normas constitucionales utilizan la expresión “Estado” pero para identificar solo a la persona jurídica territorial de ámbito “nacional,” diferenciándola de las otras personas jurídicas de derecho público territoriales, por ejemplo, del ámbito local. Es el caso de los artículos relativos, por ejemplo, a los Ministros del Estado (art. 134), al Ministerio Público (art. 169) y a la defensa Pública (art. 177); a los bienes públicos o del Estado (art. 15, 49.5, 64.4; 128); a las finanzas públicas y el régimen monetario (art. 196, 228, 230, 233, 237, 238); a los organismos descentralizados y autónomos del nivel nacional (art. 93.2.c; 95; 128.b; 141; 159.3); a los cuerpos de seguridad del Estado (128). En especial, en el artículo 200, se usa la palabra Estado en relación con los contratos públicos, y en los artículos 194, 204 y 207 la expresión Estado se utiliza para referirse a la persona estatal nacional en relación con las personas territoriales locales.

¹⁰ Véase sobre las clasificaciones de las personas jurídicas en el derecho administrativo, en Allan R. Brewer Carías, “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho,” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, N° 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública, Editorial Jurídica Venezolana*, Caracas, 1980, pp. 223 a 248. Igualmente Allan R. Brewer Carías, “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela*, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

público no territoriales, como es el caso del Banco Central de la República (art. 222), y además, de la Junta Central Electoral (art. 212) y de la Cámara de Cuentas (art. 248).

Además de estas personas de derecho público no territoriales que conforman la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la Constitución también estableció el principio para la creación de otras personas jurídicas estatales no territoriales, pero no de derecho público sino de derecho privado, como las empresas del Estado, las cuales, por tanto, están reguladas básicamente por el derecho privado, y particularmente por el establecido en la legislación civil o comercial. Ello, en mi criterio, tiene su fundamento en la declaración general contenida en el artículo 219 de la Constitución al disponer que el Estado, “por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional.”¹¹.

IV. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA (HORIZONTAL) DE LOS PODERES PÚBLICOS Y EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Pero aparte de la incidencia en el derecho administrativo del principio de la separación vertical del Poder Público, del principio de la descentralización vertical del poder que se establezca, y del principio de la descentralización funcional que se adopte, también tiene importancia, por supuesto, el principio básico de la separación orgánica o división horizontal de los poderes públicos, que origina órganos constitucionales independientes y autónomos entre sí, y que ejercen no sólo las clásicas ramas del poder público, es decir la legislativa, la ejecutiva y la judicial,¹² sino otras potestades públicas constitucionales,¹³ todo lo cual también condiciona la estructuración de la Administración Pública.

¹¹ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *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.

¹² La Constitución dominicana de 2010, a tal efecto, estableció el principio de que el gobierno de la Nación “se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial” considerándolos como “tres poderes independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones,” lo que da origen a tres grupos de órganos constitucionales diferenciados, y otros órganos constitucionales; y en el nivel de la Administración local, como se dijo, a dos órganos diferenciados. Ahora bien, en cuanto al ámbito del Estado nacional, en relación con el Poder Legislativo, el mismo se dispone que está a cargo del Congreso Nacional, conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados, (art. 76) con la función esencial de legislar (art. 93.1) y de control político y de fiscalización (art. 93.2). En cuanto al Poder Judicial, la Constitución lo pone a cargo de la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por la Constitución y por las leyes, (art. 152), con la función esencial de “administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado;” y además, del Consejo del Poder Judicial, que es el “órgano permanente de administración y disciplina” del mismo (art. 156). Y en cuanto al Poder Ejecutivo, que es el que tiene particular importancia para el derecho administrativo, la Constitución lo regula a cargo de los siguientes órganos: del Presidente de la República, como Jefe de Estado y de Gobierno (art. 122); del Vicepresidente de la República (art. 125); los Ministros de Estado encargados del despacho de los asuntos de gobierno (art. 134); del órgano de coordinación de los asuntos generales de gobierno y tiene como finalidad organizar y agilizar el despacho de los aspectos de la Administración Pública, que es el Consejo de Ministros (art. 137); y de la Contraloría General de la República, para el control interno de la Administración Pública a cargo de “la fiscalización interna y la evaluación del debido recaudo, manejo, uso e inversión de los recursos públicos y autoriza las órdenes de pago, previa comprobación del cumplimiento de los trámites legales y administrativos, de las instituciones bajo su ámbito, de conformidad con la ley” (art. 247).

¹³ Además de los órganos de los clásicos Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, la Constitución también reguló otros órganos constitucionales que forman parte de los “poderes del Estado” (art. 19) o de los “poderes públicos”

Ese marco constitucional implica que los órganos que en definitiva conforman la Administración Pública, sin bien están básicamente integrados en el Poder Ejecutivo, exigiendo la Constitución respecto de la misma que la ley establezca el estatuto de los funcionarios públicos,¹⁴ la misma como complejo orgánico no se agota en el mismo, sino que por su carácter inter-orgánico también, se integra en el universo de todos los otros órganos constitucionales que conforman los poderes públicos.¹⁵

Es decir, desde el punto de vista orgánico, la Administración Pública no se agota en la que conforma el Poder Ejecutivo o la Administración local, pues los otros órganos

(arts. 3; 9; 15; 19; 22.4; 26.1; 38; 55.6; 62; 67.5; 68; 73; 73.4; 110; 112; 184; 185.3), que no dependen de los primeros tres grupos de órganos del Estado, y que tienen autonomía e independencia respecto de los mismos. En este campo se identifican, en primer lugar, los órganos integrados al sistema de justicia que no tienen dependencia respecto de la Suprema Corte de Justicia, que son: primero, el Ministerio Público (art. 169), el cual si bien su titular (Procurador General de la República) lo designa el Presidente de la República (art. 171), tampoco depende del Poder Ejecutivo sino que “goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria” y ejerce sus funciones “conforme a los principios de legalidad, objetividad, unidad de actuaciones, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad” (art. 170); y segundo, el servicio de Defensa Pública concebido también como “un órgano del sistema de justicia dotado de autonomía administrativa y funcional, que tiene por finalidad garantizar la tutela efectiva del derecho fundamental a la defensa en las distintas áreas de su competencia” (art. 176). En segundo lugar, están otros órganos constitucionales, configurados igualmente con total independencia y autonomía respecto de los tres clásicos poderes del Estado, que son: Primero, el Consejo Nacional de la Magistratura, integrado por los altos titulares de los órganos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y del Ministerio Público (art. 178) con la competencia exclusiva para designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Superior Electoral y de evaluar el desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia (art. 179). Segundo, el Tribunal Constitucional, establecido como órgano constitucional para “garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales,” con poderes para dictar sentencias definitivas e irrevocables que “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.” En el ejercicio de sus funciones también goza “de autonomía administrativa y presupuestaria” (art. 184). Tercero, el Defensor del Pueblo, el cual es un órgano constitucional que conforme al artículo 190 de la Constitución, a pesar de que su titular sea designado por el Senado de una terna que le presente la Cámara de Diputados (art. 193), no depende del Poder legislativo, sino que es “una autoridad independiente en sus funciones y con autonomía administrativa y presupuestaria, para “contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos” establecidos en la Constitución y las leyes, en caso de que sean violados por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos” (art. 191). Cuarto, la Junta Central Electoral que tienen a su cargo organizar, dirigir y supervisar las elecciones y garantizar “la libertad, transparencia, equidad y objetividad” de las mismas (art. 211), a cuyo efecto la Constitución la concibe como un órgano constitucional no sólo autónomo, sino en este caso, “con personalidad jurídica e independencia técnica, administrativa, presupuestaria y financiera,” al cual además, la Constitución lo ha dotado de “facultad reglamentaria” (art. 212). Quinto, el Tribunal Superior Electoral, creado como órgano constitucional para “juzgar y decidir con carácter definitivo sobre los asuntos contencioso electorales y estatuir sobre los diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos.” (art. 214). Al mismo se le atribuyó potestad reglamentaria, que debe ejercer de conformidad con la ley, “respecto de los procedimientos de su competencia y todo lo relativo a su organización y funcionamiento administrativo y financiero” (art. 214). Sus titulares son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura (art. 215). Y sexto, la Cámara de Cuentas creado como órgano constitucional superior externo, de carácter técnico, de control fiscal de los recursos públicos, de los procesos administrativos y del patrimonio del Estado. La Constitución lo creó con personalidad jurídica y carácter técnico. A pesar de que sus miembros los designa el Senado de ternas que le presenta la Cámara de Diputados, y que deba presentar informe ante el Congreso (art. 115), no depende del Poder Legislativo, sino que y goza de autonomía administrativa, operativa y presupuestaria” (art. 249).

¹⁴ Incluyendo el régimen de 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 (arts. 138.1 7 142, 143, 144).

¹⁵ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer Carías, “La Administración Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI*. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez, Colección de Estudios Jurídicos de la Universidad Monteávila, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas 2006, pp. 47-73.

constitucionales que ejercen los diversos poderes públicos del Estado también tienen su propia “organización administrativa,” para el cumplimiento de actividades netamente administrativas.¹⁶

Por tanto, la organización administrativa del Estado no se agota, en nivel nacional, en el ámbito de la “Administración Pública” del Poder Ejecutivo, o de la Administración Local, pues existen órganos administrativos que derivan de la conformación en la Constitución de los poderes públicos y de órganos constitucionales que gozan de autonomía administrativa y disciplinaria, y que no encuadran en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Legislativo, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercen el Poder Judicial, y que sin embargo, forman parte de la organización administrativa de la Administración del Estado.

Lo anterior se confirma por ejemplo en la propia Constitución, cuando en su articulado (arts. 40.17, 94, 137, 141, 143, 165.2, 165.3, 166, 199) emplea la expresión Administración Pública o Administración del Estado, en sentido orgánico, como referida a un conjunto de órganos de las personas jurídicas que conforman el Estado.

Pero bien sabemos, además, que la Administración Pública como noción básica del derecho administrativo, también tiene una connotación material referida a la actividad administrativa del Estado, que también se ha constitucionalizado cuando la Constitución (arts. 93.2.c, 138 y 139) hace referencia a la actividad o a los actos de los órganos del Estado (arts. 6, 69.10, 91, 93.2.c, 115, 138, 139, 145, 165.2.), destacándose en forma más precisa el uso de expresiones como “actos del Poder Ejecutivo” (art. 115) y de “acto administrativo” (arts. 72 y 138.2).

De todas las normas constitucionales sobre el tema, por tanto, resulta la constitucionalización del concepto de Administración Pública como complejo orgánico integrada por unos órganos que conforman la Administración Pública del Estado y la Administración Pública Local, generalmente ubicada dentro de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo; y además, la constitucionalización de la Administración Pública como una actividad de los órganos del Estado, e incluso de los que no integran orgánicamente a la Administración Pública, que se califica como actividad administrativa, de carácter sub-legal y sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 165.2).

¹⁶ Por tanto, hay una Administración del Senado y de la Cámara de Diputados que por ejemplo se ocupa de la función pública en las mismas (art. 90.2) y de aplicación de sanciones conforme a su servicio interior el cual puede reglamentar (art. 90.3); hay una Administración para el Poder Judicial integrada en el Consejo del Poder Judicial que es el órgano permanente de administración y disciplina del Poder Judicial (art. 156); hay una Administración del Ministerio Público para la actualización de su autonomía administrativa, estando sus funciones sujetas a los “principios de legalidad, objetividad, unidad de actuaciones, jerarquía, indivisibilidad y responsabilidad” (art. 170); hay una Administración de la Defensoría Pública para la actualización de su autonomía administrativa (art. 176); hay una Administración del Tribunal Constitucional para la actualización de su autonomía administrativa (art. 184); hay una Administración del Defensor del Pueblo, también para la actualización de su autonomía administrativa (art. 190); hay una Administración Electoral, organizada en torno a la Junta Central Electoral, igualmente para la actualización de su autonomía administrativa (art. 212); hay una Administración del Tribunal Superior Electoral, el cual además tiene potestad para reglamentar su organización y funcionamiento administrativo (art. 214); y hay una Administración de la Cámara de Cuentas, también para la actualización de su autonomía administrativa (art. 284).

Esto último deriva en particular de dos normas constitucionales: primero, del artículo 139, relativo al “control de legalidad de la Administración Pública” que asigna a los tribunales competencia para controlar “la legalidad de la actuación de la Administración Pública;” y segundo, del artículo 165.2 que asigna específicamente a los tribunales contencioso administrativos competencia para 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”.

De la organización de los órganos de los poderes públicos en la Constitución de la República Dominicana resulta, por tanto que la actividad administrativa o la emisión de actos administrativos por los mismos, si bien es el emanación regular de los órganos que conforman a la Administración Pública como complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo del Estado o de la Administración Pública local, los mismos no sólo emanan de dichos órganos, sino que pueden emanar de otros órganos constitucionales del Estado, cuando actúan por ejemplo en función administrativa. Ello es lo que confirma en mi criterio, que el acto administrativo, tiene en la Constitución dominicana, una connotación inter orgánica, en el sentido de que no es monopolio de unos órganos determinados, sino que pueden emanar de todos los órganos constitucionales, además de los que conforman la Administración Pública del Poder Ejecutivo o de la administración local.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO, EN PARTICULAR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La conclusión entonces es que el acto administrativo no solo no es emanación de determinados órganos del Estado, sino que tampoco es el resultado del ejercicio de alguna específica función del mismo como sería la función administrativa. Al contrario, los actos administrativos pueden emanar del conjunto de órganos del Estado que se establecen como resultado de la aplicación del principio de distribución vertical del Poder o de descentralización política que prevé la Constitución; del principio de descentralización funcional previsto en la misma; del principio de la separación orgánica de poderes que se regula; y además, pueden resultar del ejercicio de todas funciones estatales, las cuales no son ni exclusivas y excluyentes de determinados órganos del Estado.¹⁷

Ello nos lleva a adentrarnos en otra noción clave en el derecho público y administrativo como es la de “función” estatal, entendiéndola por ella, como la acción que desarrollan los órganos estatales como tarea que les es inherente, que sólo pueden cumplirse en ejercicio del Poder Público. Estas funciones, como manifestación de la actividad estatal que no pueden ser ejercidas por los particulares sino solo por el Estado, son, como bien sabemos, la función normativa, la función política, la función administrativa, la función jurisdiccional y la función de control, a las cuales pueden reconducirse todas las actividades del Estado.

¹⁷ Véase Jaime Vidal Perdomo, Eduardo Ortíz Ortíz, Agustín Gordillo, Allan R. Brewer Carías, La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América latina, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014..

En cuanto a la función normativa es la que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas de validez general, que si bien se atribuye como función propia a los órganos que ejercen el Poder Legislativo, manifestándose mediante la sanción de leyes,¹⁸ o de actos parlamentarios sin forma de ley, como son los reglamentos internos de las cámaras (art. 88),¹⁹ ello no significa que la misma sea exclusiva del mismo, ya que puede realizarse también por otros órganos del Estado a los cuales se asigna la potestad de dictar actos normativos, como por ejemplo los reglamentos (arts. 6; 185.1). Es el caso en especial de la función normativa que ejerce el Presidente de la República cuando dicta los reglamentos que son actos administrativos de efectos generales (arts. 128,1.b; 258); y de la que ejercen los otros órganos del Estado al desarrollar la potestad reglamentaria, como sucede con la Cámara de Cuentas,²⁰ la Junta Central Electoral,²¹ el Tribunal Superior Electoral,²² el Tribunal Constitucional en su orden interno, la Suprema Corte de Justicia y el Consejo del Poder Judicial.²³

En segundo lugar, la otra función exclusiva del Estado es la de gobierno o función política, es decir, la conducción política de la sociedad que se atribuye como función propia al Presidente de la República como Jefe del Estado, y como Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno (art. 128. 1, y 3), en ejercicio de la cual adopta decisiones también en ejercicio de atribuciones que le son conferidas directamente por la Constitución, en general sin condicionamiento legal,²⁴ en el sentido de que el Legislador, salvo por lo que se refiere a los estados de excepción dada la autorización constitucional (Art. 338), no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado²⁵. Pero en este caso también si bien la función política es una “función propia” del Presidente de la República, ella tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que por ejemplo el Congreso Nacional en

¹⁸ Como es el caso, en el nivel nacional, del Congreso Nacional, al sancionar las leyes (art. 93.1.q: “legislar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro poder del Estado y que no sea contraria a la Constitución”), y en el nivel local, a los Consejos de Regidores, que son “órganos exclusivamente normativos” (arts. 201, 203), con “potestad normativa” y “funciones normativas” (art. 199) y art. 203: “normativa municipal”) (Esta función normativa cumplida por el Poder Legislativo es la única que podría denominarse “función legislativa”).

¹⁹ En ellos se debe regular, entre otros aspectos, asuntos de la inmunidad parlamentaria (art. 87); los reglamentos para el servicio interior y el despacho de los asuntos que le son peculiares a cada cámara, con la posibilidad incluso en ellos de que para el ejercicio de sus facultades disciplinarias, se establezcan las sanciones que procedan (art. 90.3); y el reglamento de organización y funcionamiento de la reunión conjunta de ambas cámaras (art. 199).

²⁰ Está autorizada para “emitir normas con carácter obligatorio para la coordinación interinstitucional de los órganos y organismos responsables del control y auditoría de los recursos públicos” (art. 250.4).

²¹ Tiene “facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia” (art. 212) y en especial, tiene “facultad para reglamentar los tiempos y límites en los gastos de campaña, así como el acceso equitativo a los medios de comunicación (art. 212.IV).

²² Tiene potestad constitucional para reglamentar “de conformidad con la ley, los procedimientos de su competencia y todo lo relativo a su organización y funcionamiento administrativo y financiero” (214).

²³ Dicha función normativa, por tanto, si bien es una “función propia” del Congreso Nacional no es una función privativa y exclusiva del mismo, siendo lo único privativo y exclusivo el ejercicio de la función normativa en una forma determinada, como cuerpo legislador y mediante la emisión de los actos estatales que se denominan leyes (respecto de la cual se podría denominar como “función legislativa” que es la función normativa cuando es ejercida por el Poder Legislativo), dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Los otros actos normativos dictados por los otros Poderes del Estado, como los reglamentos, en cambio son actos de ejecución directa e inmediata de la legislación y de rango sublegal.

²⁴ Ello ocurre por ejemplo, cuando dirige las relaciones exteriores (art. 128.1.d; 128.3.b); cuando decreta los estados de excepción (art. 128.1.g), y adopta medidas en materia de policía y seguridad (art. 128.1.h).

²⁵ El Legislador, por ejemplo, no podría limitar las atribuciones del Presidente en la dirección de las relaciones exteriores.

ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley²⁶, sea mediante leyes²⁷.

En tercer lugar, además de la función normativa y de la función política, como función exclusiva de los órganos estatales estos también realizan la función jurisdiccional, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones, es decir, controversias en las cuales una parte esgrime pretensiones frente a otra. El ejercicio de la función jurisdiccional se ha atribuido como función propia a la Suprema Corte de Justicia, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Superior Electoral y a los tribunales de la República (en cuyo caso puede hablarse de “función judicial,”), pero ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional. Es el caso, por ejemplo, cuando los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo que forman la Administración Pública, realizan funciones jurisdiccionales como resultado de procedimientos administrativos, con el respeto del debido proceso, al decidir controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia.²⁸

En cuarto lugar, además de la función normativa, de la función política y de la función jurisdiccional, también corresponde exclusivamente a los órganos del Estado ejercer la función de control, cuando vigilan, fiscalizan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares. Esta función está atribuida como función propia, a los órganos constitucionales de control, como por ejemplo, la Cámara de Cuentas, la Junta Central Electoral, o el Defensor del Pueblo, pero en este caso, ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, los otros órganos estatales pueden ejercer la función contralora. Es decir, el Congreso Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo, ejerce la función de fiscalización y control sobre el gobierno y la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos (Art. 93.2); el Presidente de la República como Jefe del Ejecutivo Nacional ejerce las funciones de control jerárquico en relación con los órganos de la Administración Pública y los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo controlan las actividades de los particulares, de acuerdo a la regulación legal de las mismas; la Junta Central Electoral ejerce el control de las actividades relativas a las elecciones, y partidos políticos; y el Tribunal Constitucional ejerce la función de control de constitucionalidad de los actos del Estado.

Por último, y en quinto lugar, aparte de todas las funciones anteriormente mencionadas de creación de normas jurídicas de efectos generales (función normativa), de conducción y ordenación política del Estado (función de conducción del gobierno), de resolución de controversias entre partes declarando el derecho aplicable en casos concretos (función jurisdiccional) y de vigilancia o fiscalización de actividades estatales

²⁶ Por ejemplo, cuando autoriza al Presidente de la República para decretar los estados de excepción, Art. 93.1.e.

²⁷ La ley que concede amnistía por causas políticas, por ejemplo. Art. 93.1.p de la Constitución.

²⁸ Sin embargo, lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional a través de un proceso (Art. 257) en una forma determinada: con fuerza de verdad legal, mediante actos denominados sentencias (“función judicial” o función jurisdiccional ejercida por los tribunales) (art. 150.I). Los demás órganos del Estado que realizan funciones jurisdiccionales lo hacen a través de actos administrativos condicionados por la legislación.

y de los particulares (función de control), los órganos del Estado ejercen la función administrativa, que es precisamente a través de la cual el Estado entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público.²⁹ De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa). En las dos primeras, el Estado es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; pero en la última, en cambio, el Estado es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares, como sujeto de Derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado, precisamente se concrete en el orden interno cuando sus órganos ejercen la función administrativa.

Al igual que lo que sucede con las otras funciones del Estado (las funciones normativa, política, jurisdiccional y de control), en el caso de la función administrativa tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Poder Público, de manera que si bien puede considerarse como “función propia” de los órganos ejecutivos, específicamente de la Administración Pública, concretizada básicamente a través de actos administrativos, ello no significa que la ejerzan con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen la función administrativa, como por ejemplo el Congreso Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos, y los órganos que ejercen el Poder Judicial o los órganos constitucionales de control al dictar actos concernientes a la administración del personal o de los servicios de los órganos, o al imponer sanciones.

El acto administrativo, por tanto, como concreción típica pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, en ejercicio de todas las funciones del Estado, teniendo en todo caso carácter sub-legal. Es decir, pueden emanar del Congreso Nacional, actuando en función administrativa y en función de control; de los tribunales, actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo (Administración Pública) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos constitucionales de control o electorales actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa.

Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, con los actos parlamentarios sin forma de ley, con los actos de gobierno y con las

²⁹ Si el Estado legisla, tal como lo señala Santi Romano, “no entra en relaciones de las cuales él, como legislador, sea parte: las relaciones que la ley establece o de cualquier modo contempla se desenvuelven después entre sujetos diversos del Estado o bien con el mismo Estado, pero no en su aspecto de legislador sino en otros aspectos mediante órganos diversos de los del Poder Legislativo.” Véase el “Prime Pagine di un Manuale de Diritto Amministrativo,” en Scritti Minori, Milano 1950, p. 363, cit., por J.M. Boquera Oliver, Derecho Administrativo, Vol. I, Madrid, 1972, p. 59. “Cuando el Estado juzga señala J. González Pérez, no es parte interesada en una relación jurídica; no es sujeto de derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo al Derecho... cuando el Estado juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al ordenamiento jurídico”. Véase en Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1966, Tomo II, p. 37.

sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos y no sólo en ejercicio de la función administrativa.

Para dichos efectos, la Constitución establece algunos principios generales de interés para nuestra disciplina que se han constitucionalizado, como por ejemplo, el de la necesidad de que se siga un debido procedimiento administrativo para dictar los actos administrativos, al exigirse un “procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas” (art. 138.2); regulándose además en su artículo 138, los llamados “principios de la Administración Pública,” o más propiamente, los principios a los cuales la Administración Pública debe sujetar su actuación, que son: los de “eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación,” y además, como se ha dicho, el principio de legalidad, es decir, que la actuación de la Administración se realice “con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado;” principios que en el derecho comparado en general se han enumerado vinculados al procedimiento administrativo.

La constitucionalización de principios del derecho administrativo en la Constitución de 2010, también se produjo respecto de la actividad administrativa de contratación pública, a cuyo efecto el artículo 220 utilizó la expresión general de “contratos del Estado,” identificándose particularmente entre los mismos, en materia de explotación de recursos naturales no renovables, a las “concesiones,” respecto de las cuales incluso se ha previsto la inclusión de cláusulas obligatorias de carácter ambiental” (Art. 67.4). Sobre los contratos del Estado, la Constitución también dispuso sobre su aprobación por el Congreso a propuesta del Presidente de la República (arts. 93.1.k y 128.1.d; 244); y sobre la autorización por el propio Presidente respecto de los contratos de los ayuntamientos en los cuales se vendan inmuebles o se constituyan en garantías inmuebles o rentas municipales (art. 128.3.d).³⁰

En la Constitución, además, en adición a la constitucionalización de principios sobre el procedimiento administrativo y los contratos públicos, ello también se produjo respecto de la actividad administrativa de servicio público, definiéndose incluso a los servicios públicos en sentido propio como aquellos “destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo” que así sean declarados por ley (art. 147), que es la que por tanto los reserva al Estado, y la que debe disponer cómo debe cumplirla, previéndose incluso que la ley puede regularlos como un monopolio (art. 50.1), como los servicios de la defensa nacional y policía (arts. 252, 255 Constitución) excluyendo su prestación por los particulares; y en otros casos, admitiendo que puedan prestarse por estos mediante una concesión (art. 53.3).

La Constitución, además, en esta materia, estableció las modalidades de prestación de los servicios públicos al disponer que los mismos pueden ser prestados, “directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con

³⁰ La Constitución además establece el principio de la sujeción a la jurisdicción nacional de su actuación, con particular referencia a los “contratos del Estado y de las personas de derecho público” suscritos por personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, aún con la posibilidad de que la solución de controversias en esos casos se puedan someter a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley (art. 220).

esta Constitución y la ley” (art. 147.1); disponiendo además los principios básicos de su prestación en el sentido de que “deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria” (art. 147.2).

Por último, otro de los principios del derecho administrativo que fueron constitucionalizados en relación con todos los entes o personas jurídicas de derecho público, es el de la responsabilidad administrativa al establecerse la responsabilidad civil y solidaria entre los entes públicos y sus funcionarios o agentes, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica (Art. 148).

VI. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Y el último pero más importante de los principios de derecho administrativo que fue constitucionalizado en el texto de la Constitución de 2010, además de los de la supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad, es el que se configura como la garantía de todos ellos, y ese es el principio de la universalidad del control respecto de todos los actos estatales, lo que implica que conforme al ordenamiento jurídico dominicano, no hay ni puede haber actos estatales excluidos de control jurisdiccional, estando al contrario todos sometidos al control que se realiza por la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La primera, que ejerce el Tribunal Constitucional con poderes anulatorios y efectos *erga omnes* (art. 184), tiene a su cargo el control concentrado de constitucionalidad de los actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución, y que hay que identificar como tales en la equívoca enumeración que hace la Constitución al mencionar como objeto de dicho control a “leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” (art. 185.2).

De esa enumeración, aparte de las leyes que siempre son dictadas en ejecución directa de la Constitución, solo los reglamentos, resoluciones y ordenanzas que tengan tal carácter (de actos dictados en ejecución directa de la Constitución) caen bajo el control del Tribunal Constitucional.

Es decir, la competencia es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” (art. 185,2), sólo se refiere a aquellos actos que sean dictados por los órganos del Estado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En consecuencia, no puede ser de todos los “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” donde se incluyen actos administrativos, pues ello dejaría sin buena parte de su competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e implicaría reducir “contrariedad al derecho” a lo contrario a la ley o a la legalidad, lo que no se ajustaría a la Constitución.

Por ello, de resto, la Constitución ha establecido en paralelo a la Jurisdicción Constitucional, precisamente para asegurar la sumisión y conformidad al derecho de los

reglamentos y demás actos administrativos, conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de Derecho, asignándole la competencia para controlar, igualmente con poderes anulatorios, y efectos *erga omnes*, “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares” (art. 165.2).

Estando ambas Jurisdicciones establecidas en paralelo en la Constitución para controlar la conformidad con el derecho de todos los actos estatales, ello exige e impone ante todo la necesidad de establecer con precisión la distinción entre las mismas en particular en cuanto a los actos que pueden ser objeto de impugnación, porque obviamente, en la Constitución de 2010 la distinción no se estableció en relación con los motivos de impugnación. Es decir, conforme a la Constitución no se puede decir que la Jurisdicción Constitucional no es la única que controla la constitucionalidad de los actos estatales pues la Jurisdicción Contencioso Administrativa también controla la constitucionalidad de los actos administrativos, con poder para anularlos por “contrariedad al derecho,” es decir, tanto por vicios de inconstitucionalidad como por vicios de legalidad.

El control de la conformidad al derecho por la Jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, se refiere a todos actos administrativos, cualquiera que sea su contenido, sus efectos (de carácter reglamentario o de efectos individuales), y cualquiera que sea su “forma” jurídica que revistan y el órgano estatal que los dicte, o la función estatal ejercida para emanarlos, incluidos en ellos decretos, reglamentos y resoluciones, siempre que sean de carácter sub-legal.

Todo ello es precisamente lo que ambas Jurisdicciones han venido delineando en su jurisprudencia, determinando conforme a la enumeración constitucional cuáles son los “decretos, reglamentos, resoluciones” que son actos administrativos (de carácter sub legal) y por tanto sujetos al control de constitucionalidad y legalidad que ejerce la Jurisdicción Contencioso administrativa; y cuáles otros “decretos, reglamentos, resoluciones” no son actos administrativos y por tanto, como actos de ejecución directa de la Constitución están sujetos al control por la Jurisdicción constitucional.

Y por supuesto, la clave para la distinción no es otra que la que resulta de la interpretación del ordenamiento jurídico conforme al principio de la formación del derecho por grados antes comentado, de manera que llámense como se llamen los actos estatales (decretos, reglamentos, resoluciones), los que están sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, son siempre los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las leyes y los actos de gobierno, por ejemplo.

De resto, los otros actos estatales, llámense igualmente como sea: “decretos, reglamentos o resoluciones,” si son actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación (e indirecta de la Constitución) y no son sentencias judiciales, serán actos administrativos y por tanto, sometidos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo en los mismos, por supuesto, los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública, así como los actos administrativos dictados por entidades de derecho privado

o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa.

Los anteriores son, en mi criterio, algunos de los principios constitucionales establecidos en la Constitución dominicana de 2010, que reflejan el antes mencionado proceso de constitucionalización del derecho administrativo en el país, lo cual junto con las previsiones de la Ley 107-13 de 6 de agosto del año 2013 sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, sin duda contribuirán aún más al desarrollo sostenido de nuestra disciplina. Para ello, además, el país cuenta con la guía de los especialistas que se han venido formando, particularmente de la mano de profesores de la talla de Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huertas, a quienes si me lo permiten, en nombre de todos quiero agradecer el esfuerzo académico que han venido realizando por la consolidación de las bases del derecho público en la República Dominicana.

Santo Domingo, 18 de junio de 2016

VI

LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA LA POSIBILIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Conferencia magistral en el *Congreso Internacional sobre El Control de la Función Administrativa del Estado,*” celebrado con ocasión del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 5 de octubre de 2017.

Quiero comenzar mi exposición afirmando, como afirmo, que el control jurisdiccional de la Administración Pública solo es posible en un Estado de derecho, es decir, en un Estado regido por una Constitución, que como pacto político debe haber sido adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; en un proceso en el cual sus representantes electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, gobiernan y ejercen el poder público, sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes; y todo, en un marco en el cual la primacía de la dignidad humana está garantizada, y los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos.³¹

Eso, palabras, más palabras menos, es un Estado de derecho; y con base en ello, si nos atenemos a los enunciados insertos en la Constitución de Venezuela de 1999, nadie podría dudar de que, en mi país, estarían dadas todas las condiciones para el funcionamiento de un control jurisdiccional de la función Administrativa. En efecto, recordemos, el artículo 2 de la Constitución de 1999 dispone:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Americas, Editorial Jurídica Venezolana International. Miami-Caracas, 2016.

jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

Y además, el artículo 259 de la misma Constitución, que es un importante ejemplo del proceso de constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestros países, dispone lo siguiente:

Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Si nos atuviésemos solo a estos dos enunciados constitucionales, ¿quién en realidad podría tener motivos para dudar de la existencia de un control judicial de la Administración Pública en Venezuela? Creo que nadie.

Sin embargo, cuando se analizan estas declaraciones constitucionales confrontándolas con la realidad del país, lo que resulta es a algo similar lo que observó Piero Calamandrei en un libro póstumo publicado hace pocos años, titulado *Il fascismo, come regime della menzogna*,³² al apreciar que en esos regímenes totalitarios:

“las instituciones se entienden no por aquello que está escrito en las leyes, sino por lo que se lee entre líneas dentro de éstas: Las palabras ya no tienen más el significado registrado en el vocabulario, sino un significado diverso y de ordinario opuesto al vocabulario común, inteligible solamente para los “iniciados” [del régimen].”

Y de lo anterior concluyó Calamandrei, expresando con razón, que lo que caracterizó al fascismo, como es lo que caracteriza al régimen en Venezuela, es la utilización “de la mentira, de la falsedad, y del doblez para todas las actuaciones del Estado,” resultado – decía –:

“de la combinación de dos ordenamientos, uno dentro del otro: Hay un ordenamiento oficial, que se expresa en las leyes, y otro oficioso, que se concreta en la práctica política sistemáticamente contraria a las leyes.”

Y lamentablemente esa es la situación de la materia contencioso administrativa en Venezuela, que deriva de unos enunciados oficiales inmejorables insertos en la Constitución y en las leyes; y de su inexistencia en la práctica política desarrollada en forma completamente contraria a lo que dice la Constitución y las leyes.

Y es que, en efecto, de la afirmación inicial que formulé como premisa de esta exposición, que el control jurisdiccional de la Administración Pública solo es posible en un Estado de derecho, lo que resulta es que no bastan los enunciados constitucionales para

³² Laterza, 2014

poder saber si un Estado es o no realmente un Estado de derecho, siendo indispensable confrontarlo en su funcionamiento con los principios esenciales que lo caracterizan.

El *primero* de dichos principios es que en la organización estatal tiene que haber una Constitución concebida como una carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos.

Esta idea de la Constitución como norma suprema conlleva al desarrollo de otros principios que son también inherentes a la misma y que son, por una parte, la existencia de un sistema jerárquico de normas que conforman el ordenamiento jurídico y que están ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez, establecidos normalmente en relación con la ley suprema, que es la Constitución; y por otra, la previsión de la primacía de la legislación que regula todas las actividades del Estado, en particular las ejecutiva y judicial, entendiéndose por legislación básicamente la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas o parlamento.

Además, la idea de la Constitución, como ley de leyes, ha impuesto el principio de legalidad, que es otro de los principios globales que caracterizan al Estado de derecho, que implica la subordinación de todos los órganos del Estado a la misma y a las leyes, entendidas éstas últimas no sólo como específicos actos formales emanados del cuerpo representativo, sino englobando a todas las otras fuentes de ordenamiento jurídico. Esto implica, por consiguiente, que todos los órganos del Estado están sujetos a las leyes dictadas por sus propios órganos, y particularmente, las emanadas del órgano legislativo; y que por tanto, todos los actos de los órganos del Estado deben estar sometidos a control.

El *segundo* de los principios de un Estado de derecho, es el relativo al régimen político, en el sentido de que la Constitución tiene que ser emanación de la soberanía asumida intransferiblemente por el pueblo, lo que implica que el poder constituyente originario siempre está en sus manos. De ello deriva que la titularidad y el poder de los poderes constituidos siempre son emanación del pueblo, estando integrados por sus representantes electos mediante elección popular, y sometidos, todos, a la Constitución.

De la idea de la soberanía popular, además, deriva el principio democrático, o de la democracia representativa como régimen político, de la esencia del Estado de derecho, que da origen a un régimen político que debe estar basado en la elección popular de los representantes por parte del pueblo soberano mediante el sufragio; y en el establecimiento de los sistemas de gobierno de acuerdo con la forma de la separación de poderes adoptada. Ello es lo que ha dado origen a los sistemas presidenciales y parlamentarios, según que exista separación entre el gobierno y el legislador, o que el gobierno emane de la mayoría parlamentaria.

El *tercer* principio de la esencia del Estado de derecho es que su organización debe estar dispuesta, entre otros propósitos, para reconocer, declarar y garantizar la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional, y por tanto, que deben ser respetados por todos los órganos del Estado; siendo dichos derechos el freno más efectivo respecto de las actuaciones del Estado y a sus poderes.

Y el *cuarto* principio es el de la necesaria e indispensable limitación del Poder Público para garantizar la libertad de los ciudadanos, que tiene que estar basado en el principio de la separación de poderes como garantía de libertad, que da siempre origen a un sistema de separación, división o distribución horizontal del poder, al menos entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, para evitar además, los posibles abusos de una rama del poder en relación con los otros. Y como consecuencia de dicha separación, la consagración de la autonomía necesaria de cada Poder, en particular del Poder Judicial, incluso para controlar la sujeción de todos los órganos del Estado a la Constitución y ley.

La separación de poderes, además, en el Estado de derecho siempre conlleva la organización de un sistema de distribución territorial del poder que es el que origina de cualquier sistema de descentralización política, base para que haya efectiva participación democrática.

Y es precisamente este marco de la separación de poderes, en el cual se manifiesta en toda su extensión el principio del control recíproco entre los poderes del Estado, y en particular, el control judicial, no solo para asegurar el sometimiento de la actuación de los órganos constitucionales del Estado a la Constitución mediante la actuación de una Jurisdicción Constitucional, sino específicamente del sometimiento de los órganos de la Administración Pública a la Constitución y a la ley, es decir, al principio de legalidad, mediante la actuación de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³³

De todo lo anterior resulta claro, entonces, como hemos dicho, que para que exista un control judicial de la función administrativa, o de la Administración Pública, el Estado de derecho tiene que existir conforme a todos esos principios, no bastando las solas declaraciones constitucionales; de lo que resulta que dichas declaraciones no pasan de ser una gran mentira - la *menzogna* – de la que nos habló Calamandrei – si la realidad del funcionamiento del Estado no responde a los enunciados constitucionales.

Tengo que recordar que yo participé como constituyente independiente en la redacción de la Constitución venezolana de 1999, y en particular de las mencionadas normas que hablan del “Estado Democrático y Social de derecho y de Justicia, con forma federal y descentralizada.”³⁴ Por ello es que transcurridos ya más de tres lustros desde que la misma se aprobó mediante referendo, yo también puedo afirmar que nada de lo que se prometió en su texto se ha cumplido, ninguno de los derechos básicos respecto de la Constitución se ha respetado, pudiendo considerársela hoy en día como la muestra

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, Estado de derecho y control judicial (Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Amparo en Venezuela), (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987

³⁴ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano, 2 tomos, Caracas 2004; Véase todas las propuestas formuladas en la Asamblea nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), 3 tomos, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

más vívida en el constitucionalismo contemporáneo, de una Constitución que ha sido violada y vulnerada desde antes incluso de que fuera publicada.³⁵

Y lo primero que se incumplió desde el inicio de la vigencia de esa Constitución de 1999, fue precisamente la idea fundamental misma que la informa, de la configuración del Estado como un Estado democrático de derecho, con un gobierno que además de representativo y alternativo, debía a ser participativo (art. 6). A pesar de que en la Constitución se estableció un sistema de división del Poder Público no solo entre los tres Poderes públicos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sino entre cinco poderes, agregándose a los anteriores, el Poder Electoral, con la autoridad electoral, y un Poder Ciudadano, los mecanismos de elección en segundo grado que se previeron para los tres últimos fueron abandonados desde el inicio, habiéndose eliminado totalmente el principio de independencia y autonomía entre los poderes públicos. Lo que se desarrolló, en cambio, fue un proceso de colusión inaceptable entre el Poder Legislativo controlado por el Poder Ejecutivo, y éste último, los cuales por esa vía terminaron controlando al Poder Judicial, al Poder Ciudadano y al Poder Electoral.³⁶

De ello derivó, en forma contraria a la Constitución, un sistema de concentración total del poder que sin embargo en Venezuela creímos que existió hasta enero de 2016, cuando la oposición pasó a controlar el Poder Legislativo. Pero dicho triunfo democrático, en lugar de significar el restablecimiento de la separación de poderes que se había perdido, lo que provocó fue que en la práctica, el Poder Judicial mismo, controlado por el Ejecutivo, fuera el que aniquilara a la Asamblea Nacional, consolidándose entonces en el último año y medio lo que he llamado una dictadura o tiranía judicial.³⁷ En Venezuela, en efecto, ha sido el Juez Constitucional en que progresivamente, durante 2016 y la primera mitad de este año, ha privado a la Asamblea Nacional de sus competencias más elementales como son la de legislar o controlar al Gobierno y la Administración.³⁸

Es por tanto una gran mentira hablar en Venezuela de separación de poderes,³⁹ constituyendo la flamante declaración constitucional del Estado como “Estado democrático de derecho y de Justicia,” nada más que una burda máscara para el establecimiento, en su lugar, de un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder,⁴⁰

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Constitución venezolana de 1999 como promesa incumplida (17 años de desprecio a una Constitución que nunca se ha aplicó).” Conferencia dictada en el Seminario sobre “Constitucionalismo Transformador en América Latina,” Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, programa *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Heidelberg, 8 de junio de 2017. Véase en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/1190.-conf.-Brewer.-Venezuela.-Const.-Promesa-incumplida.-17-a-%C3%B1os-de-desprecio.-Heidelberg-1.pdf>

³⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias*. Venezuela 2015, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

³⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *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.

³⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *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 Internacional. Caracas / New York, 2017.

³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado*, Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2015.

⁴⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley*. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica

donde no hay forma ni posibilidad alguna de control del poder,⁴¹ ni existe ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia tal como se definen en la Carta Democrática Interamericana de 2001.

En todo caso, ese marco de traición a la Constitución y de abandono de toda idea de establecer un Estado democrático sometido a control, el instrumento más devastador contra las instituciones, fue haber logrado que el Poder Ejecutivo hubiera controlado políticamente al Poder Judicial, con lo cual se negó no solo la separación de poderes, sino la noción misma de Estado de derecho.⁴²

Y ello ocurrió en Venezuela, no por las acciones de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente electa a mitades de este año y que ha sido tan publicitadas, sino desde el mismo momento en que se reunió la otra Asamblea Nacional Constituyente, la de 1999, la cual fue la que estableció, en un régimen transitorio inconstitucional, una composición del Tribunal Supremo de Justicia para asegurar su control por parte del Poder Ejecutivo; y con ello, la total politización de toda la Judicatura, al haberse atribuido constitucionalmente a dicho Tribunal el gobierno y administración de la Justicia.

Las promesas constitucionales sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, por tanto, todas fueron violadas, de manera que durante los pasados diecisiete años no se respetaron las condiciones para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo; ni se respetó la mayoría calificada de votos en la Asamblea Nacional que se requería para ello; ni se respetó el derecho a la participación ciudadana requerida en la nominación de candidatos. Jamás en Venezuela se celebraron los concursos públicos de oposición para la elección de los jueces que prevé la Constitución para el ingreso a la carrera judicial, la cual materialmente no existe.⁴³

Además, como en 1999 la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Poder Judicial,⁴⁴ lo que luego ratificó con el régimen transitorio emitido sin aprobación po-

Venezolana, 2014.

⁴¹ Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, “División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material” en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

⁴² Véase Allan R. Brewer-Carías, *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.

⁴³ Como lo destacó la Comisión Internacional de Juristas, en un Informe de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se había denunciado en la materia, al dar “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela,” se destaca que “el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista.” Véase en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

⁴⁴ Véase nuestro voto salvado al proceso de intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8

pular y que aún no concluye,⁴⁵ los jueces todos fueron y son destituidos a mansalva y masivamente, sin garantía alguna del debido proceso. La consecuencia inevitable fue que la Judicatura se llenó de jueces temporales y provisionales,⁴⁶ sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del mismo Tribunal.⁴⁷

Por ello, como lo observó el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, ya en mayo de 2016, en Venezuela —dijo - “no existe una clara separación e independencia de los poderes públicos, donde se registra uno de los casos más claros de cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo.”⁴⁸

Con todo esto, la promesa constitucional de la separación de poderes y sobre todo de la autonomía e independencia del Poder Judicial quedó incumplida, siendo por tanto las previsiones constitucionales un gran disfraz, habiendo el Poder Judicial abandonado su función fundamental de servir de instrumento de control y de balance respecto de las actividades de los otros órganos del Estado y para asegurar su sometimiento a la Constitución y a la ley; y a la vez, habiendo materialmente desaparecido el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva para controlar el poder.

Lo que se ha producido en definitiva, ha sido una desjusticiabilidad del Estado, siendo imposible en la práctica que el Poder Judicial en Venezuela hoy pueda llegar a decidir y enjuiciar la conducta de los funcionarios de la Administración y frente a ella, garantizar los derechos ciudadanos.

En esa situación de ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial, en consecuencia, todo el excelso sistema de declaraciones constitucionales y legales sobre el control judicial de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, no son sino una gran mentira, tal como lo observó Calamandrei al hablar del régimen fascista.

agosto–8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

⁴⁵ Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

⁴⁶ Por ejemplo, en el Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003, OEA, p. 161.

⁴⁷ Como lo observó la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra en 2014: “Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, [...] el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.”- Véase en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>.

⁴⁸ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 125. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf. Véase también en el libro: *La crisis de la democracia en Venezuela*, la OEA y la Carta Democrática Interamericana. Documentos de Luis Almagro (2015-2017), Segunda edición, Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana International, 2017, p. 73

Recordemos además que dicha Jurisdicción, en Venezuela, fue regulada en una de las leyes más recientes dictadas en la materia en América Latina, como es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 15 de diciembre de 2009.⁴⁹

En la misma, además, se recogieron todos los principios que en materia de control jurisdiccional de la Administración Pública que se desarrollaron efectivamente en el país durante el régimen democrático desde 1958 hasta 1999, con la ayuda de la doctrina,⁵⁰ y de la jurisprudencia;⁵¹ en cuya conformación tuvimos el privilegio de participar activamente toda una generación de administrativistas. Dicha Jurisdicción, además, como he dicho anteriormente, fue constitucionalizada conforme a la tradición que fue recogida en Constitución de 1961 (art. 206), en la bellísima una norma que leí al inicio y en cuya redacción, además, contribuyó el profesor Enrique Sayagués Laso cuando visitó nuestra Universidad de Caracas en 1960.⁵² Para entonces yo ya era auxiliar de investigación en el

⁴⁹ La Ley Orgánica fue sancionada por la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2009, y publicada en Gaceta Oficial N° 39.447 de 16 de junio de 2010, y luego reimpressa por “error material” en Gaceta Oficial N° 39.451 de 22 de junio de 2010. Véase sobre la Ley: Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos No. 47, Caracas 2010.

⁵⁰ Véase Luis Torrealba Narváez, “Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y Algunas Relaciones de éste con el de la Jurisdicción Judicial Civil”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1951; Hildegard Rondón de Sansó, *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa. Instituciones, Procedimiento y Jurisprudencia*, Ediciones Magón, Caracas, 1974. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, pp.281 y ss; José Araujo Juárez, *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII: *Justicia Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997; Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica Tomo VI, La Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Civitas Thomson Reuters, Madrid 2013; Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Carlos L. Carrillo Artilles, *El recurso jurisdiccional contra las abstracciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996; Víctor Hernández-Mendible, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1998; Daniela Urosa Maggi, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003; M. A. Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Caracas, 2006. Véase además, las siguientes obras colectivas: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993; *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1997; 8ª Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” (Enero 1983), *Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, *Tip. Pregón*, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo*, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Funeda, Caracas, 1995; XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela, 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

⁵¹ En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; Luis Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995. La jurisprudencia del Alto Tribunal y de las Cortes de lo Contencioso Administrativo a partir de 1980 ha sido publicada regularmente, ordenada sistemáticamente, en la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana.

⁵² Sobre esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, llegó a afirmar que dicha Jurisdicción: “ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad

Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, y por ello quizás yo sea el único es todo este auditorio que lo conoció personalmente.

En todo caso, de acuerdo con esas normas y principios establecidos para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva que también se regula en la Constitución (art. 26), y para asegurar el sometimiento de la Administración Pública a la legalidad - también es bueno recordarlo -, se reguló un extenso elenco de *recursos y acciones* que se pusieron a disposición de los particulares para acceder a la justicia administrativa, que bien podrían ser la envidia de cualquier país;⁵³ y además, se le asignaron al juez contencioso-administrativo, *amplísimos* poderes de control, no sólo de la legalidad de los actos administrativos, sino para asegurar la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los administrados, incluyendo los derechos e intereses colectivos y difusos.

Todo ello, sin embargo, en la práctica, como he dicho, lo que muestra son recursos y acciones cuyo ejercicio ha caído en desuso.

Pensemos, por ejemplo, en las demandas de nulidad de los actos administrativos, que fueron reguladas *in extenso* en la Ley en el marco del proceso contencioso administrativo de anulación de los mismos, sean éstos individuales o generales, por vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad, incluyendo la desviación de poder. En estos procesos, que incluso se pueden intentar en defensa de intereses colectivos y difusos, además de las pretensiones de anulación, éstas se pueden acompañar de pretensiones de contenido patrimonial para el resarcimiento de daños infringidos; e incluso de pretensiones de amparo constitucional para el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas por el acto impugnado. Pero nada de esto tiene efectividad, habiendo mostrado los estudios de campo realizados en el país, por ejemplo por el profesor Antonio Canovas, que no más del diez por ciento de los juicios de nulidad interpuestos en los últimos lustros han resultado exitosos, y los que han terminado en una anulación han sido particularmente aquellos en los cuales los entes públicos son los que han tenido interés.

Nada habría que hablar, por otra parte, de las demandas de contenido patrimonial contra los entes públicos, que podrían dar lugar al proceso contencioso administrativo de la responsabilidad administrativa, tanto contractual y extracontractual. Éstos han desaparecido de los anales de los procesos judiciales, con la única excepción quizás, de reclamos vinculados con el ejercicio de funciones públicas.

Las famosas demandas contra las conductas omisivas de la Administración, que tanto desarrollo tuvieron otrora en el país, que originaron el desarrollo del proceso contencioso administrativo contra las conductas omisivas y las abstenciones de la Administración en decidir los asuntos que están bajo su conocimiento, puede decirse que en la práctica han desaparecido en los últimos años. En un régimen autoritario es difícil concebir y por supuesto es riesgoso, que un juez obligue a un funcionario a actuar

administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional. Véase la sentencia N° 290 de 23 de abril de 2010. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>.

⁵³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1986, p. 6 y ss.

o que lo condene por no decidir. No olvidemos que incluso, decidir en forma tal que no le guste al Jefe político de turno, es motivo de encarcelamiento inmediato, como tantas veces ocurrió en el país.

Ello mismo se plantea con las demandas en relación con la prestación de servicios públicos, las cuales teóricamente podrían dar lugar a procesos contencioso administrativos por reclamos por la prestación deficiente de los mismos. Sin embargo, no es fácil concebir que en este tipo de regímenes se pueda reclamar judicialmente y con éxito contra la prestación deficiente de los servicios públicos, particularmente cuando se constata que la Administración dejó de estar efectivamente al servicio de los ciudadanos o administrados, y pasó a estar al servicio de la propia burocracia.

Y ni qué decir, de las demandas para la solución de las controversias administrativas que puedan suscitarse entre las Administraciones de la República, de algún Estado, de un Municipio u de otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades. Ello pudo haber existido en tiempos en los cuales existía autonomía de las entidades públicas; pero que en tiempos de concentración total del poder y de centralismo de Estado, es inconcebible que puedan ser dirimidas por una autoridad judicial. Sólo órdenes superiores son las que imponen las soluciones.

En todo caso, desde el punto de vista teórico, es ciertamente difícil encontrar en el derecho comparado, en una sola ley, una regulación con un electo tan variado de acciones y recursos judiciales que originen una gama tan diversa de procesos dispuestos para asegurar la tutela judicial efectiva de los particulares frente a la Administración, y el completo sometimiento de ésta al principio de la legalidad.

Sin embargo, como hemos dicho, desde el punto de vista práctico, todas esas regulaciones no resultan ser sino la gran mentira que he referido; es decir, un cascarón vacío lleno de previsiones constitucionales y legales que simplemente no se cumplen, ni tienen efectividad, por no existir en el país un Estado de derecho, ni tener los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa garantía alguna de independencia y autonomía, estando al contrario, sometidos al poder.⁵⁴

Y todo esto, hoy, y lo digo con gran nostalgia, en contraste con el espectacular desarrollo que tuvo la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela durante las cuatro décadas de democracia que vivió el país a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, hasta 1999.

Fue precisamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, llena declaraciones principistas, cuando la situación comenzó a variar radicalmente, una vez que el régimen el régimen totalitario se apoderó del Estado hizo añicos la independencia

⁵⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006),” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en Sophie Turenne (Editor.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Vol 7, Springer 2015, pp. 205-231.

y autonomía de los jueces. Con ello, durante los últimos tres lustros, el control efectivo de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública, quedó totalmente pospuesto, tal y como lo muestra la experiencia mencionada del funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los últimos años.⁵⁵

Y en ese proceso, no puedo dejar de destacar un hecho particular que fue el detonante del deterioro y apoderamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por parte del Poder Ejecutivo, y que fue la brutal intervención abierta de la Jurisdicción ordenada en 2003, cuando el Poder Ejecutivo, utilizando al Tribunal Supremo de Justicia, hizo cerrar a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que era la Corte de más alto rango por debajo del propio Tribunal Supremo, secuestrando su competencia, destituyendo a sus Magistrados, y allanando policialmente sus instalaciones.

Ocurrió entonces que los magistrados de dicha Corte, creyeron que efectivamente podían ejercer normalmente sus funciones de control de la actividad administrativa y que ello lo podían hacer con independencia y autonomía. Con base en ello no se les ocurrió otra cosa que dictar una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo de nulidad y amparo que había intentado la Federación Médica Venezolana contra los actos administrativos mediante los cuales se había autorizado la contratación de médicos cubanos que no tenían licencia para ejercer la profesión médica en Venezuela, para trabajar en servicios locales de salud en algunos barrios de Caracas. Al iniciarse el proceso los Jueces suspendieron temporalmente los actos impugnados que autorizaban dichas contrataciones, alentando a la Administración para contratar médicos con licencia.

Grave error!!! La decisión, tocó directamente intereses políticos del gobierno del entonces presidente Hugo Chávez, derivados de uno de los tantos Convenios suscritos con Cuba, y que han hecho dependiente a Venezuela del gobierno de dicho país; y fue Chávez personalmente quién ordenó por televisión la destitución de los magistrados⁵⁶ que habían “osado” cuestionar su política gubernamental, calificándolos públicamente como unos “bandidos,” habiendo quedado clausurada la Corte por más de diez meses.⁵⁷ No es difícil imaginar cuál fue el efecto devastador, de demostración, que aquello tuvo, significando que a partir de entonces, nunca más un juez contencioso administrativo en Venezuela osó cuestionar, así fuera mediante medidas cautelares, las acciones de la

⁵⁵ Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

⁵⁶ Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela). Véase en <http://www.corteidh.or.cr/> Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Gustavo Álvarez Arias y otros), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-15 72.html>

⁵⁷ Véase sobre este caso los comentarios de Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

Administración, pues a la fuerza comenzaron a saber que de lo contrario serían destituidos *in limine*.

Y fue precisamente a partir de entonces cuando se consolidó la trágica situación en la cual se ha colocado a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos tribunales a pesar de todas las excelsas declaraciones constitucionales y legales, en la práctica se han negado a aplicar el derecho administrativo, a controlar a la Administración Pública y a proteger a los ciudadanos frente a la misma.

No es de extrañar, por tanto, que en ese marco, las observaciones de Calamandrei me hayan impactado tanto, expresadas en el libro al cual hice mención sobre *Il fascismo, come regime della menzogna*.⁵⁸ Al referirse al régimen fascista italiano, indicó, como sucede hoy en Venezuela, que el mismo se basó siempre también – decía – “en algo más profundo y complicado que una oscura ilegalidad” o en una “simulación de la ilegalidad,” o en un “fraude a la legalidad, legalmente organizado,” concluyendo con la afirmación de que en esos regímenes totalitarios, “a la tradicional clasificación de las formas de gobierno cabía agregar ahora una palabra que lograrse darle significado a este nuevo y distinto régimen,” definiéndolo como:

“El gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, o del fraude constitucional.”

Eso, queridos amigos, en lo que lamentablemente ocurre hoy en Venezuela, donde a pesar de las declaraciones constitucionales no hay control jurisdiccional de la Administración Pública, pues simplemente, no hay Estado de derecho, y lo que hay es al contrario y lamentablemente, un gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada y del fraude constitucional.

Santo Domingo, 5 de octubre de 2017

⁵⁸ Laterza, 2014

VII

SOBRE LA “*PUBLICATIO*” EN EL DERECHO PÚBLICO Y LAS NOCIONES DE “RESERVA AL ESTADO,” “UTILIDAD PÚBLICA,” “INTERÉS SOCIAL,” “SERVICIO PÚBLICO,” “DOMINIO PÚBLICO” Y “ORDEN PÚBLICO”

Texto para la exposición en el *XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 3 de octubre de 2017. Publicado en Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Carlos E. Delpiazzo Rodríguez, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaños Guzmán y María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Editores), *Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 1 y 3 de octubre de 2017*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo, pp. 873-890.

I. SOBRE LA “*PUBLICATIO*” EN EL DERECHO PÚBLICO

Conforme al principio de la libertad económica que existe en los países democráticos occidentales, como por ejemplo lo garantiza el artículo 112 de la Constitución venezolana, todas las personas tienen el derecho de dedicarse libremente al ejercicio de la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. Ello implica que si bien el principio general es el de la libertad económica, la misma siempre puede ser limitada o restringida por el Estado, pero sólo mediante leyes, es decir, mediante actos sancionados por la Asamblea Nacional actuando como legislador (reserva legal).

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad que tiene el Estado de reservarse determinadas actividades económicas, servicios, industrias o bienes para su exclusivo desarrollo, en cuyo caso se produce lo que se ha llamado una “*publicatio*,” en el sentido de que la actividad reservada se excluye del ámbito de las actividades que los particulares puedan ejercer libremente, pudiendo solo desarrollarlas cuando específicamente se les otorga el derecho de hacerlo, por ejemplo, mediante una concesión administrativa, que es uno de los contratos públicos (contrato administrativo) por excelencia.

En este contexto de actividades *reservadas al Estado* es, por tanto, donde puede decirse que se ha producido una “*publicatio*,” término que conforme lo reseñó José Ignacio Hernández respecto de la doctrina española, fue “acuñado inicialmente por Villar Palasí, y tiene su origen en el derecho romano, y que identificaba el acto por el cual se sustraía a un bien del tráfico jurídico entre los particulares. La *publicatio* de actividades económicas equivale, entonces, en consecuencia a su reserva al Estado.”¹

Por ello, conforme lo destacó el mismo José Ignacio Hernández:

“las actividades económicas responden, en una **summa divisio**, a una distinción dual: hay actividades económicas que han sido reservadas al Estado; junto a ellas, hay también actividades que no han sido reservadas, pero cuya ordenación y limitación asume la Administración. No existen categorías intermedias: o una actividad está reservada al Estado o no lo está. Reserva entendida, en última instancia, como la técnica más drástica de intervención del Estado, a través de la cual éste asume, para sí, la **titularidad** de determinada actividad económica, excluyendo a los particulares (Martín-Retortillo Baquer; Brewer-Carías). En las actividades reservadas, los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho ha de ser **concedido** por la Administración, cuando así haya sido admitido en el marco de la Ley concreta de reserva.”²

Para apreciar el sentido y efectos de la distinción, a la cual nos hemos referido en otras ocasiones,³ puede acudirse por ejemplo al régimen legal de las actividades mineras que en Venezuela están reguladas en la Ley de Minas,⁴ y en la cual se pueden distinguir dos tipos de actividades: en *primer lugar*, las actividades que el Estado se ha

¹ Véase José Ignacio Hernández, “Disciplina jurídico Administrativa de la Libertad Económica. La diatriba actual entre libertad económica y Estado Social,” en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer Carías. E principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica, FUNEDA, Tomo I, Caracas 2004, p. 200. p. 201

² El mismo autor comenta que: “En las actividades reservadas al Estado, como puede anticiparse, hay una significativa atenuación de esa cobertura legal, pues la intervención opera en áreas del quehacer económico que han sido excluidas de la libre iniciativa privada. La jurisprudencia venezolana (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 26 de marzo de 1993, caso RCTV y de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso Venevisión) insistió sobre este punto, al sostener que la reserva destruye los derechos de los particulares, permitiendo a la Administración desplegar “potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano.” Idem, p. 200.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela” en Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1.139-1.246; e “Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela”, en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. III, 1972/1979, Tomo I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1981, pp. 23-44.

⁴ Véase en Gaceta Oficial No. 5.382 Extra. de 8 de septiembre de 1999.

reservado y que se realizan directamente sobre bienes que han sido declarados como del dominio público, como es el caso de los yacimientos o minas, y que son las actividades de exploración y explotación mineras. Éstas, por estar reservadas al Estado no pueden ser realizadas por los particulares libremente, los cuales sólo pueden desarrollarlas mediante la obtención de una concesión administrativa por parte del Estado. Es respecto de esas actividades que puede afirmarse que se ha operado una *publicatio*.

En *segundo lugar*, en materia minera hay otras actividades conexas o auxiliares con la minería, que el Estado no se ha reservado, y que aun cuando están sometidas a un régimen de derecho público regulado en la Ley de Minas, para su realización sin embargo no se requiere concesión administrativa alguna que deba ser otorgada por el Estado, sino que se realizan solamente bajo el control y vigilancia del mismo.

En este caso, están las actividades de beneficio, almacenamiento, tenencia, circulación, transporte y comercialización, interna o externa, de las sustancias extraídas de los yacimientos (art. 1, Ley de Minas) o, en otras palabras, las actividades de “almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales” (art. 86, Ley de Minas). Estas son actividades calificadas en la Ley como “conexas o auxiliares” de la minería, que solo están sujetas “a la vigilancia e inspección por parte del Ejecutivo Nacional y a la reglamentación” por el mismo, previendo la Ley, sin embargo, que las mismas, precisamente por no estar reservadas al Estado, “cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto” cualquiera de dichas actividades conexas o auxiliares con respecto a determinados minerales.

Si dicha reserva al Estado se produce, como sucedió en Venezuela, por ejemplo, en materia de la industria del hierro⁵ y del oro.⁶ Puede decirse entonces que respecto de las mismas se produjo una “*publicatio*.” De lo contrario, no estando reservadas al Estado, los particulares, incluidos los concesionarios mineros, pueden realizarlas en ejercicio de su libertad económica, por supuesto, sujetos a la vigilancia del Estado.

II. EL SIGNIFICADO DE LA DECLARATORIA LEGAL DE DETERMINADAS ACTIVIDADES COMO DE “UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL”

En contraste con la reserva de actividades al Estado, que originan la *publicatio* del régimen aplicable a las actividades o bienes reservados, con frecuencia se encuentran en las leyes una declaratoria de determinadas actividades o la materia que regulan como de “utilidad pública” o de “interés social,” en cuyo caso no puede hablarse de que se haya producido una *publicatio*. El único propósito del legislador con tales declaratorias en esos casos, es facilitar y agilizar la eventual posibilidad de que el Estado pueda proceder a expropiar bienes de propiedad privada que sean necesarios para la realización de dichas actividades reguladas en las leyes respectivas.

⁵ Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana, Decreto Ley N° 6.058, de 30 de abril de 2008, en Gaceta Oficial N° 38.928, de 12 de mayo de 2008.

⁶ Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro así como conexas y auxiliares a esta, Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011, en Gaceta Oficial N° 39.759, de 16 de septiembre de 2011,

Es decir, la declaratoria de actividades como de “utilidad pública” o de “interés social,” no tiene ningún efecto general de *publicatio* del régimen de las mismas, sino solo de responder a la garantía constitucional de la propiedad privada, que conforme al artículo 115 de la Constitución venezolana le impone al Estado la condición de previa de que para poder decretar la expropiación de cualquier clase de bienes de propiedad privada, la actividad específica que motive dicha expropiación, debe haber sido declarada previa y formalmente en una ley como de utilidad pública o interés social.⁷

Así lo dispone expresamente, como se dijo, el artículo 115 de la Constitución venezolana al exigir que para que el Poder Ejecutivo pueda decretar la expropiación de bienes de propiedad privada, ello sólo puede hacerlo por “causa de utilidad pública y social”⁸ que debe haber sido declarada previamente en una ley, que es lo que puede motivar y justificar la expropiación. Lo mismo, conforme a la Constitución, se ha exigido tradicionalmente la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Arts. 7.1 y 13),⁹ como condición previa para poder decretarse la expropiación.

Por ello, la propia Ley de Expropiación, para facilitar la expropiación de bienes, incluye en su artículo 14, una declaratoria general de una serie de actividades consideradas de antemano como de utilidad pública o interés social, a los efectos de exceptuarlas “de la formalidad de declaratoria previa de utilidad pública,” que incluyen:

“la construcciones de ferrocarriles, carreteras, autopistas, sistemas de transporte subterráneo o superficial, caminos, edificaciones educativas o deportivas, urbanizaciones obreras, cuarteles, hospitales, cementerios, aeropuertos, helipuertos, los terrenos necesarios para institutos de enseñanza agrícola y pecuaria, las construcciones o ensanche de estaciones inalámbricas o conductores telegráficos; así como los sitios para el establecimiento de los postes, torres y demás accesorios de las líneas conductoras de energía eléctrica; acueductos, canales y puertos; los sistemas de irrigación y conservación de bosques, aguas y cualquiera otra relativa al saneamiento, ensanche o reforma interior de las poblaciones; la colonización de terrenos incultos y la repoblación de yermos y montes.”

Respecto de otras actividades no comprendidas en esta enumeración, el requisito de que por ley se las declare como de utilidad pública y social para que pueda decretarse la expropiación de bienes, la condición es la que se cumple a través de múltiples leyes especiales, de manera que sin necesidad de otra ulterior declaratoria de “interés social o

⁷ Sobre la evolución histórica del régimen de la propiedad privada y de la libertad económica, véase Allan R. Brewer-Carías, “El Derecho de Propiedad y la Libertad Económica. Evolución y situación actual en Venezuela,” en Estudios sobre la Constitución (Libro-homenaje a R. Caldera), Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1140 ss.

⁸ Artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “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 condiciones, 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.”

⁹ Véase la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o interés social, en Gaceta Oficial N° 37.475 de 01-07-2002. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general “Introducción General al régimen de la expropiación,” en el libro: Allan R. Brewer-Carías, Gustavo Linares Benzo, Dolores Aguerreverre Valero y Caterina Balasso Tejera, Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social, Colección Textos Legislativos, N° 26, 1ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 7-100.

utilidad pública” en relación con las actividades que regulan, se pueda proceder a iniciar el procedimiento expropiatorio.

Sólo para citar unos ejemplos, la declaratoria de “utilidad pública o interés social” se puede encontrar por ejemplo, en leyes de larga tradición como la Ley de Aguas¹⁰ (art. 7), la Ley de Bosques¹¹ (arts. 4), la Ley de Minas¹² (art. 3), la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario¹³ (art. 68), la Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional¹⁴ (art. 2), y la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹⁵ (art. 4). Más recientemente, en otras leyes relativas a actividades más específicas, algunas incluso ya derogadas, igualmente se encuentra la declaratoria de utilidad pública a efectos expropiatorios, como es el caso de la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, en la cual se declararon como de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad;¹⁶ la Ley de Salud Agrícola Integral en la cual se declaran de utilidad pública, interés nacional e interés social, los bienes y servicios propios de las actividades de salud agrícola integral, por lo que cuando medien motivos de seguridad, podrá sin mediar otra formalidad, decretarse la adquisición forzosa de la totalidad de un bien o de varios bienes necesarios para la ejecución de obras o el desarrollo de actividades de salud agrícola integral;¹⁷ la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), en la cual se declara de utilidad pública la construcción de viviendas de interés social cuya ejecución directa o indirecta corresponda al Instituto Nacional de la Vivienda¹⁸; y la Ley Orgánica de seguridad y soberanía agroalimentaria, en la cual se declaran de utilidad pública e interés social los bienes que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos, así como las infraestructuras necesarias.¹⁹

En estos casos, así como en todos las demás leyes en las cuales se declaran ciertas actividades como de utilidad pública o interés social, tal declaratoria simplemente tiene el propósito de permitir y agilizar los procedimientos expropiatorios, no implicando que todo lo que corresponda ser realizado en el marco de su regulación esté sometido necesariamente un régimen de derecho público, y que esa sola declaratoria pueda transformar todo el régimen jurídico de una actividad, sometiéndola al derecho público.

Es decir, la declaratoria de una actividad como de utilidad pública o interés social a los efectos de permitir y aligerar los procesos de expropiación de bienes de propiedad privada, en el derecho venezolano no implica en forma alguna una *publicatio* de su régimen jurídico que excluya la actividad del ámbito de la libertad económica, pues con

¹⁰ Véase en Gaceta Oficial N° 35.595, de 2 de enero de 2007

¹¹ Véase en Gaceta Oficial N° 40.222, de 6 de agosto de 2013

¹² Véase en Gaceta Oficial N° 40.222, de 6 de agosto de 2013

¹³ Véase en Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, de 29 de julio de 2010

¹⁴ Véase Decreto Ley N° 6.069 de 14-05-2008, en Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario, de 31 de julio de 2008

¹⁵ Véase Reforma Parcial del Decreto Ley Orgánica N° 1.510 de 02-11-2001, en Gaceta Oficial N° 38.493, de 4 de Agosto de 2006.

¹⁶ Véase Decreto Ley N° 6.092 de 27-05-2008)

¹⁷ Véase Decreto Ley N° 6.129 de 03-06-2008),

¹⁸ Véase Decreto Ley N° 6.267 de 30-07-2008 en Gaceta Oficial N° 5.892 de-07-2008

¹⁹ Véase Decreto Ley N° 6.071 de 14-05-2008, Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinaria de 31-07-2008).

ello nada se reserva al Estado. Por ello, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado por ejemplo que “para que haya servicio público, incluso, la ley debe haber reservado al Estado la actividad económica, de manera que exista *“publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales).”²⁰

En consecuencia, el hecho por ejemplo, la misma la Ley de Minas, que es una ley que sin duda establece un régimen legal de derecho público, en su artículo 3 disponga que “Se declara de utilidad pública la materia regida por esta Ley,” no significa que todas las actividades que regula y todos los bienes relativos a las mismas sean reservadas al Estado, y que respecto de todos y todas se haya producido alguna *“publicatio.”*

La *publicatio*, en realidad, en el derecho venezolano relativo a la minería sólo se produce respecto de bienes o actividades que el Estado se haya reservado, es decir, que haya excluido de las actividades que pueden realizar los particulares en ejercicio de su libertad económica, y ello no ocurre por la sola declaración de “utilidad pública” o de “interés social” de la materia que regula de la Ley, sino como se ha dicho de otras expresas previsiones que en materia minera están en la propia Ley, como son la consideración de los las minas o yacimientos de cualquier clase existentes en el territorio nacional como *bienes del dominio público*, que pertenecen a la República, y que son inalienables e imprescriptibles (art. 2); o la *reserva al Estado de las actividades de exploración y explotación* de las sustancias minerales, en particular de las ubicadas en las minas o yacimientos, las cuales solo pueden realizar los particulares mediante concesión administrativa otorgada por el Estado, que “otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional” (art. 24).

III. SOBRE LA NOCIÓN DE “SERVICIO PÚBLICO” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Una de las actividades en relación con las cuales se puede producir la *publicatio* son las que el Estado se reserva igualmente mediante ley, con el carácter de “servicios públicos,” con la explícita voluntad de retirarla del área del quehacer económico de la libertad de empresa.

Esta noción de “servicio público,” en efecto, en el derecho venezolano se refiere solo a las actividades *destinadas a para satisfacer necesidades colectivas*, conforme a declaración y regulación expresa en una ley,²¹ como sucede por ejemplo con la actividad de transporte ferroviario regulado como de servicio público en la Ley del Sistema de Transporte

²⁰ Véase la sentencia No 825 de la Sala Constitucional de 06-05-2004 (Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras), en Revista de Derecho Público, No. 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 273-274. Ratificada por sentencia de la Sala Constitucional No. 266 de 16-03-2005 (Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal), en Revista de Derecho Público, No. 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 156.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Administrative Law in Venezuela, EJV International, 2015, pp. 209-212.

Ferrovionario Nacional,²² o por ejemplo, en los artículos 4 y 60 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos,²³ o en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos.²⁴

En el ámbito de estas dos últimas leyes, en las cuales se declara, en general, a las actividades que regulan como de utilidad pública o interés social,²⁵ por ejemplo, solo se declaran como “servicio público” las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos *para el consumo colectivo interno, por estar destinadas a satisfacer necesidades colectivas*, es decir, del público en general, a la colectividad en su conjunto, y que por tanto, requieren, por ello, de continuidad.²⁶ Como textualmente lo indica el artículo 60 de la Ley de Hidrocarburos: “*constituyen un servicio público* las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional (conforme al artículo 59), destinados al consumo colectivo interno.”

Esa declaración legal implica, por ejemplo, que conforme al artículo Art. 61 de la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos, los precios de dichos productos deben ser fijados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Dichos precios pueden fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas. Además, el Ministerio debe adoptar medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción. Además, por tratarse de servicios públicos, las personas naturales o jurídicas que deseen ejercerlas deben obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas, y su cesión o traspaso requiere la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas.

Disposiciones similares se encuentran incorporadas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de 1999, en la cual se declara, entre todas las actividades que regula, que sólo constituyen un “servicio público” aquellas relacionadas, directa o indirectamente, con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al *consumo colectivo*. Por ello, también, la misma Ley establece que los almacenadores, transportistas y distribuidores de hidrocarburos gaseosos tienen la obligación de prestar el servicio en forma. Tratándose de servicios públicos, el artículo 12 de la LOHG también autoriza al Ministerio de Energía y Minas para determinar los precios de los hidrocarburos gaseosos desde los centros de producción y procesamiento, atendiendo principios de equidad. Además, los Ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, deben fijar las tarifas que se aplicarán a los consumidores finales y a los servicios que se presten de conformidad con la Ley.

²² Véase Gaceta Oficial N° 37.313 de 30 de octubre de 2001

²³ Véase Gaceta Oficial N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001

²⁴ Véase Gaceta Oficial N° 36.793 de 23 de septiembre de 1999

²⁵ El artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos establecen, con el mismo texto, que: “Las actividades a las cuales se refiere esta Ley, así como las obras que su realización requiera, se declaran de utilidad pública y de interés social.”

²⁶ Esto lo ha confirmado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia No. 255 de 09-02-2006 (caso Estación San Luis Del Este II, C.A vs. Shell Venezuela Productos), en Revista de Derecho Público, No. 105, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005, p. 178.

De lo anterior resulta, por tanto, conforme a esos ejemplos regulatorios, que por voluntad expresa del legislador, en las leyes respectivas el Estado se reserva determinadas actividades destinadas a *satisfacer necesidades colectivas* de la población en general, que además, las asume como obligación prestacional, y que por tanto, los particulares no pueden realizar sino en virtud de una concesión o permiso del propio Estado. Esas son las actividades que pueden ser consideradas como “servicio público,” lo que, por tanto, siempre requiere de un texto legal expreso que las califique, estableciendo además, el sentido de la reserva al Estado de las mismas.

Es decir, “servicio público” en el derecho venezolano son las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, *tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal* y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a que no pueden desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena.²⁷ Por ello, cuando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha buscado definir un contrato como “contrato administrativo”), exige que “el objeto del contrato esté vinculado a la *prestación de un servicio público que tiende a la satisfacción de un interés general, como lo es la educación,*”²⁸ en el sentido de *necesidad colectiva, que interesa a toda la colectividad.*

De esta definición sobre lo que en Venezuela es un “servicio público,” resulta entonces lo siguiente: en *primer lugar*, que siempre se trata de una actividad, consistente en *dar o hacer algo a favor de otros*, colectivamente, en suma, de prestar. Se trata, por tanto, de una actividad prestacional; pero no de cualquier tipo de prestación sino de una que es de *interés público colectivo*, de toda la población, es decir, de la colectividad en general, por lo que los sujetos a los cuales se destina son todos, al público en general, como sería por ejemplo, el *servicio ferroviario de transporte, el servicio de correos, el servicio de protección a la salud, los servicios de transporte colectivo terrestre, los servicios de educación o el servicio de distribución de productos* derivados del petróleo o gas. Como lo ha dicho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al referirse al servicio de agua potable y de saneamiento, los mismos “constituyen verdaderos servicios públicos, y como tales se encuentran dirigidos *a satisfacer necesidades de interés general o colectivo.*”²⁹

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias,” en *Revista de Derecho Público*, N° 6, EJV, Caracas, 1981, pp. 65-71; “El régimen constitucional de los servicios públicos,” en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas 2002; y en *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 528 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *Administrative Law in Venezuela*, EJV International, 2015, pp. 209-212. Véase también, José Ramón Parada, “Los servicios públicos en España”, en *El derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, pp. 1845-1869.

²⁸ Véase la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo No. 592 de 07-05-2009 (Caso: Universidad de Carabobo vs. Ministerio de Salud), en *Revista de Derecho Público*, No. 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, p. 291.

²⁹ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa No. 224 de 07-02-2007 (Caso: Armando Casal Casal; Interpretación del Art. 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.568 de fecha 31-12-2001. Véase además, en *Revista de Derecho Público*, No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 135 ss. En esta sentencia, la Sala agregó que “Estos servicios públicos, pueden ser de dos tipos: i) “uti universi” o ii) “uti singuli”. En el primer caso, los gastos de organización y funcionamiento son cubiertos, en principio, mediante impuesto (vgr. servicios de seguridad y defensa de la nación,

En *segundo lugar*, esa actividad prestacional para ser considerada como “servicio público” por su vinculación al interés general, corresponde cumplirla *obligatoriamente* al Estado, es decir, a los entes públicos, por estar así establecido como *obligación en la Constitución o en las leyes*,³⁰ como la establecida en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Por tanto, no toda actividad prestacional de interés público que realicen los entes públicos puede considerarse como un “servicio público,” pues hay prestaciones que no se imponen obligatoriamente al Estado, sino sólo aquellas que éstos asumen porque cumplen una obligación constitucional o legal. Por ello, precisamente es que los servicios públicos no pueden ser prestados libremente por los particulares, sino mediante concesión, licencia, permiso o autorización, como por ejemplo sucede con los servicios públicos domiciliarios y los servicios de policía, o los servicios de suministro de productos derivados en la industria petrolera, todos para satisfacer necesidades colectivas. Por ello, en las leyes que los regulan, como lo ha constatado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, se declara expresamente que tales servicios constituyen “servicios públicos” atribuyéndose al Estado su prestación.³¹

En *tercer lugar*, tratándose de una actividad prestacional que corresponde como obligación al Estado, de acuerdo con el principio de alteridad, los usuarios, es decir, la colectividad o el público en general, tienen un correlativo derecho constitucional o legal a recibir la prestación, como sucede por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud, que las personas incluso, pueden reclamar judicialmente. Por ello, el artículo 259 de la Constitución de 1999 le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para resolver los “reclamos por la prestación de los servicios públicos” (Art. 259), lo que se regula en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al considerar como sujetos a control “las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional” (Arts. 7.5; 9.5) estableciendo el procedimiento para conocer de “los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos” (Art. 65.1). Estos servicios públicos, por supuesto, no son cualquier prestación o actividad de interés general, sino las actividades prestacionales obligatorias impuestas al Estado respecto de las cuales los ciudadanos tienen derecho de percibirlos en forma regular y continua, teniendo el derecho además para reclamarlos judicialmente.

En *cuarto lugar*, desde el momento en el cual una actividad se configura legalmente como un servicio público a cargo de los entes públicos, la misma queda sustraída de las que pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, en el sentido que esencialmente

policía de seguridad, etc), pues dichos servicios se encuentran directamente vinculados a la vida misma del Estado, siendo la comunidad el verdadero beneficiario. En el segundo de los casos, servicios “uti singuli”, excepcionalmente, dichos gastos son pagados a través del impuesto. Por lo general, son pagados por el usuario en su totalidad (gas, teléfono, agua, transporte, etc.) o en parte (correos y telégrafos); pues, de lo contrario tales gastos, mediante el impuesto, recaerían sobre la totalidad de los habitantes en perjuicio de quienes no utilizan dichos servicios. (Ver. Miguel Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.)” Idem p. 138.

³⁰ Por ello, en relación con la noción de servicio público, algunos autores han concluido que solo las actividades expresamente calificadas como tales en las leyes pueden ser consideradas como servicios públicos. Véase José Peña Solís, Manual de Derecho Administrativo, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

³¹ Véase en relación con el servicio público de electricidad, por ejemplo, la sentencia No. 846 de 31-05-2007 (Caso: C.A. La Electricidad de Caracas vs. Ministro de Producción y el Comercio (Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y el Comercio), en Revista de Derecho Público, No. 110, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 159-161.

y conforme se establezca en las leyes (reserva legal), el Estado puede limitarlas y restringirlas, exigiendo por ejemplo, para que los particulares puedan desarrollarlos, una concesión, una autorización, un permiso, un registro o cualquier tipo de autorización o habilitación,³² sometiéndose entonces la actividad a un régimen de derecho público.

En todo caso, la idea clave a los efectos de la conceptualización jurídica del servicio público, es la existencia de una obligación constitucional o legal a cargo del Estado para la realización de la actividad prestacional. Ello contribuye a deslindar los servicios públicos de las actividades prestacionales que el Estado asume y realiza como mero empresario pero que no se ejecutan en virtud del cumplimiento de una obligación constitucional o legal alguna, y respecto de las cuales también existe el derecho de los particulares a desarrollarlas libremente. Por ello, el servicio público así entendido, como obligación prestacional a cargo del Estado, sólo puede tener su origen directamente en la Constitución o en la ley,³³ como es el caso de las previsiones mencionadas, por ejemplo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, pues sólo en los textos legales, conforme al principio de reserva legal previsto en la propia Constitución (Art. 112), es que puede limitarse o restringirse la libertad económica.³⁴

Esta noción de servicio público en su sentido propio, como la actividad prestacional obligatoria del Estado destinada a satisfacer necesidades colectivas, es la que se sigue en el derecho venezolano, tanto en la doctrina de derecho administrativo³⁵ como en la jurisprudencia,³⁶ y también en el derecho administrativo comparado, donde a pesar

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en Revista de Derecho Público, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 68 ss.

³³ Véase José Peña Solís, Manual de Derecho Administrativo, Vol. 3, Caracas 2003, pp. 336 ss.

³⁴ Precisamente por ello, la Ley Orgánica de Hidrocarburos reserva la calificación como “servicio público” única y exclusivamente a las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos que señale el Ejecutivo Nacional, destinados al consumo colectivo interno (Arts. 59, 60); y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos también reserva la calificación como “servicio público” única y exclusivamente a las actividades relacionadas, directa o indirectamente, con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo (Art.5). En ambos casos, el elemento esencial es la actividad prestacional para la satisfacción de una necesidad colectiva o de consumo colectivo.

³⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en Revista de Derecho Público, N° 6, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 65-71; “El régimen constitucional de los servicios públicos” 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), Caracas 2002, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas 2003, pp. 19-49; José Araujo Juárez, Derecho Administrativo General. Servicio Público, Ediciones Paredes, Caracas 2010, 58-79; José Araujo Juárez, “Régimen Jurídico de los servicios económicos de interés general,” en El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1.969-1.978; Eloy Lares Martínez, Manual de Derecho Administrativo, 12ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, pp. 203-209; José Peña Solís, Manual de Derecho Administrativo, Vol. 3, Col. Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 325-345; José Ignacio Hernández G., “Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el derecho venezolano,” en Revista de Derecho Público, N° 89-92, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2002, pp. 47-75.

³⁶ Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1811 de 10-12-2011 (Caso: Tadeo-Anzoátegui, C.A. vs. Municipio Turístico El Morro “Licenciado Diego Bautista Urbaneja” Del Estado Anzoátegui), al considerar el servicio público de aseo consideró que en el mismo “priva el interés general de la comunidad sobre el particular de la contratista, tratándose de una necesidad básica de la población que comporta la protección de derechos humanos fundamentales, tales como: el derecho a la salud, a la vida digna de la sociedad y a la preservación del medio ambiente, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

de las sucesivas crisis de la noción,³⁷ la misma no llega a ser identificada con cualquier actividad desarrollada por el Estado, pues carecería de todo sentido.

Al contrario se la vincula con una actividad prestacional para satisfacer necesidades colectivas que debe ser asegurada o asumida por el Estado; y este ha sido el sentido tradicional del término “*service publique*” en la doctrina francesa general de derecho administrativo,³⁸ incluso la más reciente influenciada por las exigencias del derecho comunitario europeo.³⁹ Igualmente ha sido el sentido tradicional en América Latina, por ejemplo, en la doctrina argentina.⁴⁰ Igual sucede con la doctrina del derecho administrativo anglosajón, donde la expresión “servicio público” tiene precisamente el particular significado relativo a “*public utility*,”⁴¹ expresión que identifica a los servicios *prestados al público en general* por entidades o corporaciones públicas o mediante concesión de estas. En consecuencia, también en el derecho anglosajón, no toda actividad de interés público puede ser considerada como servicio público, sino sólo aquellas que consisten en una actividad de prestación de interés público destinada a satisfacer las necesidades

en virtud de lo cual las autoridades deben actuar de manera celer y eficiente para garantizar la debida prestación del servicio.” En Revista de Derecho Público, No. 120, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009 pp. 137-139.

³⁷ Véase entre los más recientes ensayos en la materia: Jaime Orlando Santofimio, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso” en El derecho Público a comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 1882-1956; Diego Zegarra Valdivia, El servicio Público. Fundamentos, Palestra, Lima 2005.

³⁸ Véase en general Guy Braibant y Bernard Stirn, Le droit administratif français, 5e éd., Col. Amphithéâtre, Presses de Sciences-Po – Dalloz, Paris 1999, pp. 139-143; René Chapus, Droit administratif général, T. I, 9e éd., Col. Domat Droit Public, Montchrestien, Paris, 1995, pp. 513-525; Pierre Delvolvé, Le droit administratif, 3e éd., Coll. Connaissance su droit, Dalloz, Paris 2002, pp. 42-47; Jacques Moreau, Droit administratif, Coll. Droit fondamental – Droit administratif, PUF, Paris, pp. 311-316; Jean Waline, Précis de Droit administratif, 22e éd., Coll. Droit public – Science politique, Dalloz, Paris 2008, pp. 339-359.

³⁹ Véase en general, Stéphane Braconnier, Droit des services publics, 2e éd., Col. Thémis droit, PUF, Paris, 2007, pp. 157-184; Claudie Boiteau, «Vers une définition du service public (À propos de l’arrêt du Conseil d’État, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés – APREI),» en Revue française de droit administratif, 2007, N° 4, pp. 803-811; Sabine Boussard, «L’éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature », en Revue française de droit administratif, 2008, N° 1, pp. 43-49; Laetitia Janicot, « L’identification du service public géré para une personne privée, » en Revue française de droit administratif, 2008, N° 1, pp. 67-79; Michaël Karpenschif, «Vers une définition communautaire du service public, » en Revue française de droit administratif, 2008, N° 1, pp. 58-66; Christophe Le Berre, «La logique économique dans la définition du service public, » en Revue française de droit administratif, 2008, N° 1, pp. 50-57; Marceau Long. «Service public et réalités économiques du XIX siècle au droit communautaire, » en Revue française de droit administratif, 2001, N° 6, pp. 1161-1168; François Séners, « L’identification des organismes privés chargés d’une mission de service public, » Concl. Sur CE, Sect., 6/4/2007, Ville d’Ais-en Provence, » en Revue française de droit administratif, 2007, N° 4, pp. 812-820. Note Jean-Claude Nouence, pp. 821-827.

⁴⁰ Véase por ejemplo, Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2 La Defensa del Usuario y del Administrado, 4ta Edición, Buenos Aires 2000, pp. VI-33 ss.; Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986, pp. 509 ss.; Benjamín Villegas Basavilvaso, Derecho Administrativo, Vol. III (Primera Parte General, Instituciones Fundamentales), Buenos Aires, 1951. pp. 4 ss.

⁴¹ Véase por ejemplo Peter L Strauss et al., Administrative Law. Cases and Comments, University Casebooks Series, New York, 1995, pp. 339 ss. Cf. José Peña Solís, Manual de Derecho Administrativo, Vol. 3, Caracas 2003, p. 381. Conforme al Black’s Law Dictionary, el término “public service” se aplica a las actividades o entidades “que especialmente satisfacen las necesidades del público en general o que conducen al confort y conveniencia de la comunidad entera, como las compañías de ferrocarriles, de gas, de agua o de luz eléctrica; y compañías que suministran transporte público.” Si el servicio público es prestado por una empresa privada debe tener “una apropiada concesión del Estado para satisfacer la necesidad o conveniencia del público general, incapaz de ser satisfecha mediante a través de empresas privadas en competencia.” Véase Allan R. Brewer-Carías, Administrative Law in Venezuela, EJV International, 2015, p. 210.

colectivas o del público en general o de confort y conveniencia de la comunidad entendida como globalidad, como por ejemplo son los servicios de ferrocarriles, de transporte, de teléfonos, de gas, de electricidad, de agua, pueden considerarse como “servicios públicos.”

En consecuencia, por ejemplo, una actividad prestacional de un servicio de transporte por parte de una empresa privada a una empresa del Estado, para garantizarle el transporte a su personal mediante aviones ejecutivos, no se puede nunca calificar como un “servicio público,” pues es una actividad prestacional, de carácter comercial, si, ciertamente, de un “servicio,” pero no “público” sino en beneficio solo y exclusivamente de una empresa del Estado para la realización de sus actividades cualquiera que ellas sean.

El criterio anteriormente expuesto y la definición de “servicio público”, es la misma que la establecida por la Sala Político Administrativa de la anterior Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 5 de agosto de 2004 (caso DHL Fletes Aéreos C.A.), según lo indicado a continuación:

“El servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y por tanto, sometido a un régimen de Derecho público. (José Peña Solís. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7, Caracas 2002. Pág. 433).

Los servicios públicos contienen una serie de elementos que los caracterizan, entre los que están la actividad prestacional, la satisfacción de necesidades colectivas (o la vinculación al principio de la universalidad del servicio), la regularidad y continuidad del servicio, la calificación por ley de la actividad como servicio público (*publicatio*), la gestión directa o indirecta de la Administración Pública, y su consecuencial régimen de Derecho público.”⁴²

En otra sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo No. 825 de 6 de abril de 2004 (Caso: *Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*) al considerar que efectivamente la actividad de intermediación financiera que realizan los bancos está “vinculada con la preservación de un interés general,” sin embargo, dijo la Sala, “no constituye una actividad de prestación de servicio público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe *publicatio* de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales).”⁴³

⁴² Véase sentencia No. 1002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 05-08-2004 (Caso: DHL Fletes Aéreos C.A. y otros), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01002-050804-1995-11546.htm>

⁴³ Véase sentencia No 825 de la Sala Constitucional de 06-05-2004 (Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras), en *Revista de Derecho Público*, No. 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 273-274; ratificada por sentencia de la Sala Constitucional No. 266 de 16-03-2005 (Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal), en *Revista de Derecho Público*, No. 101, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 156.

En el caso de la Ley de Minas, por ejemplo, en la misma no se ha declarado a actividad minera alguna como “servicio público, como en cambio sí ocurrió por ejemplo, como se ha mencionado, en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos para actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas (servicio de gas por ejemplo). La Ley de Minas, en cambio, lo que estableció fue que para el caso de que alguna de las actividades conexas a la actividad minera (como por ejemplo podría ser el transporte o almacenamiento), lo preste un particular “a terceros como actividad lucrativa,” la ley estableció no que dicha actividad sea un servicio público, sino que “revisten el carácter de servicio público” a los efectos de la fijación de tarifas por el Estado, es decir, que por considerarse que “revisten el carácter de servicio público [...] en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas” (art. 87)

Es decir, en materia minera la *publicatio* sólo se ha operado respecto de las actividades de exploración y explotación mineras, y no respecto de las actividades auxiliares o conexas, las cuales además de no estar reservadas al Estado, tampoco han sido declaradas como servicio público reservado al Estado, lo cual, por lo demás, en ningún caso podría derivarse de lo que se establece en el artículo 87 de la Ley cuando dispone que cuando algunas de las actividades auxiliares o conexas (almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio de los minerales):

“sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, *revisten el carácter de servicio público* y, en consecuencia, estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Energía y Minas.”

Esta previsión no declara a todas las actividades conexas o auxiliares a la minería como servicio público, sino sólo prevé que cuando alguna de ellas se realice por un particular, concesionario o no, “como actividad lucrativa,” la misma “reviste el carácter de servicio público” a los efectos de que estén “sujetas al pago de las tarifas” que establezca el Ministerio de Energía y Minas.

Ello, por supuesto, tiene un alcance limitado en el marco de las regulaciones económicas, que es el de considerar que ciertas actividades auxiliares o conexas que realicen los particulares (concesionarios o no) como actividad lucrativa “revisten el carácter de servicio público” a los efectos de sujetar su pago a una tarifa fijada por el Estado; lo que en ningún puede llevar a considerar que se trata de declaratoria general de todas las actividades conexas o auxiliares como “servicio público”, pues ello implicaría la reserva de las mismas al Estado, lo que no está previsto en la ley.

IV. SOBRE LA “*PUBLICATIO*” EN MATERIA DE BIENES Y LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

Así como en materia de servicios públicos se produce una *publicatio* cuando el Estado se una actividad prestacional determinada; igualmente en materia de bienes, también se produce una *publicatio* cuando el Estado se reserva la propiedad o titularidad de dichos bienes al declararlos como del dominio público.

El Código Civil, en efecto, clasifica los bienes según las personas a quienes pertenecen, indicando que “pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares” (art. 538).

Todos esos bienes, en general, de acuerdo con el Código Civil, se rigen por el régimen regulado en el mismo Código respecto de la propiedad privada, que incluso se aplica a los bienes del “dominio privado” del Estado (art. 544: “Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los bienes del dominio privado, en cuanto no se opongan a las leyes especiales respectivas”), quedando exceptuados sin embargo, aquellos bienes pertenecientes a las entidades públicas, respecto de los cuales se haya producido una “*publicatio*” al haber sido reservados al Estado, al declaráseles como del dominio público, lo que implica que los mismos son inalienables e imprescriptibles (art. 543 CC.), encontrándose en consecuencia sometidos a un régimen de derecho público.

La enumeración clásica de bienes del dominio público en el Código Civil establecida desde finales del siglo XIX, que se refiere a “los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes” (art. 539), se complementó durante el transcurso del siglo XX con nuevas regulaciones en leyes especiales, como la Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2012, reformada en 2014⁴⁴ y con las previsiones constitucionales incorporadas en la Constitución de 1999, respecto de los yacimientos mineros que se los declara expresamente como bienes del dominio público. En esa misma línea, la Ley de Minas de 1999 estableció que “las *minas o yacimientos* minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles.”

Todos los bienes del dominio público, por tanto están reservados al Estado, y los mismos se clasifican en el Código Civil, como de uso público o de uso privado de los entes públicos del Estado (art. 540). Los primeros abarcan aquellos bienes de uso común a los que el público en general puede acceder aun cuando existan regulaciones estatales para su ejercicio, por ejemplo, el poder circular en las vías públicas o navegar en las aguas.

Los bienes del dominio público de uso privado del Estado, por otra parte, son aquellos respecto de los cuales el Estado se ha reservado su uso y explotación, no teniendo las personas derecho de uso de los mismos, como es el caso, por ejemplo, del uso y explotación de los yacimientos mineros, salvo cuando el Estado le concede a los particulares el ejercicio exclusivo de esas actividades que se ha reservado, mediante el otorgamiento de una concesión, *creando* en cabeza del concesionario a través de esta figura jurídica el derecho que se le concede y que antes no tenía.

V. SOBRE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Por último, otra noción fundamental en el cambio del derecho público o privado, particularmente relacionado también con la contratación pública, es la noción de “orden público” que en el ordenamiento jurídico venezolano se refiere a la condición que tienen

⁴⁴ Véase en Gaceta Oficial N° 6155, de 19 de noviembre de 2014. Véase sobre esta Ley: también Allan R. Brewer-Carías, Código de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013 páginas 115 ss.

determinadas previsiones legales que por su contenido y significación para el orden jurídico, son de aplicación inmediata, de carácter mandatorio e imperativo, incluso para contratos existentes, y que no pueden en forma alguna relajarse o modificarse por convenios entre particulares. De allí la previsión del artículo 6 del Código Civil, que dispone que “no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.”

Este concepto de normas de orden público se aplica por tanto a disposiciones legales que conciernen al orden legal general e indispensable para la existencia de la propia comunidad, o que conforman la estructura básica de la sociedad, o que establecen limitaciones a la libertad económica como la propia libertad de contratar (lo que sólo puede hacerse mediante ley formal), como por ejemplo, en materia de derecho público general, son las que establecen competencias o atribuciones de los entes y órganos del Estado, entre ellas las competencias de los jueces, aquellas que conciernen, por ejemplo, a los poderes tributarios de las entidades públicas, al debido proceso de garantías legales o las que se refieren a la inalienabilidad de bienes del Estado, como son los del dominio público, todas las cuales son de aplicación obligatoria y ninguna de las cuales puede relajarse por convenios entre particulares⁴⁵. En el campo del derecho privado, por otra parte, que fue donde se originó el concepto, se consideran como normas en las que está interesado el orden público, todas las relativas al estado de las personas, como por ejemplo, las relativas al matrimonio, la *patria potestad*, el divorcio o la adopción.⁴⁶

Como lo explicó Joaquín Sánchez-Covisa:

“Las *normas de orden público* son aquellas normas que encarnan en un momento dado el concepto objetivo de justicia que rige en una colectividad humana. Al establecer una norma de orden público, el Estado determina el “deber ser” forzoso e imperativo que exige en ese momento la conciencia jurídica colectiva. Es por eso que tales normas no pueden ser renunciadas ni relajadas por convenios entre particulares. En tal sentido, el deber de fidelidad entre los cónyuges, la indemnización de los accidentes profesionales o el pago de impuestos no pueden ser relajados por la voluntad de los particulares. Son normas de orden público y, en cuanto tales, representan la idea de lo objetivamente justo en una comunidad jurídica de nuestros días.”⁴⁷

⁴⁵ Por ejemplo, en la Decisión No. 276 de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia del 31 de Mayo de 2007, se considera como norma de orden público no es cualquiera, sino las de orden público constitucional en relación con la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa que son las que con razón se consideran en la sentencia como de orden público, y respecto de las cuales en la misma se afirma que: “el concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuándo se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público” (Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC-0276-310502-00959.HTM>).

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, en Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos. Contratos Públicos. Contratos del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 316-323.

⁴⁷ Véase Joaquín Sánchez-Covisa, *La vigencia temporal de la Ley en el ordenamiento jurídico venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2007, p.179. En este mismo sentido, Francisco López Herrera, citando a Henri Lepge (*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruilant, Bruxelles, 1941-1949, Vol. I, o. 101), “declaró que “las disposiciones y leyes de orden público son las que se refieren a los intereses esenciales del Estado que afectan a la colectividad, o que fijan en el derecho privado el fundamento jurídico fundamental basado en el orden económico

Conforme a este concepto, el mismo Sánchez-Covisa argumentó que “la puesta en vigor de una norma de orden público significa que un nuevo concepto objetivo de justicia es exigencia imperiosa de la colectividad en un determinado sector de la vida social, o sea, que es un concepto definido del interés colectivo rige en las materias afectadas por la norma en cuestión.”⁴⁸

Dentro de estas disposiciones de orden público se mencionan, por ejemplo, las que “regulan la duración de la jornada de trabajo, la tarifa de transporte o la participación del empleado en las utilidades de la empresa,”⁴⁹ siendo así la “naturaleza de la provisión” el único aspecto que permite calificar una disposición como de “orden público” y por lo tanto de aplicación obligatoria.⁵⁰ Entre esas normas de orden público, en el ámbito del derecho público, están, como antes se ha indicado, las disposiciones de las leyes en las cuales se atribuyen competencias a los órganos o entes de la Administración Pública, por lo que por ejemplo, el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,⁵¹ al regular el principio de la competencia dispone que:

“Artículo 26. Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y *no podrá ser relajada por convención alguna*, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativo”.

Ahora bien, aplicando estos conceptos al ámbito de los contratos, incluyendo los contratos públicos, los mismos entonces se rigen fundamentalmente por lo acordado por las partes en sus cláusulas, siéndoles aplicable las normas del Código Civil y de las demás leyes que rigen por ejemplo determinados sectores de actividad, o en general a los contratos públicos, en forma supletoria, salvo que contengan disposiciones de orden público en cuyo caso las mismas son de aplicación obligatoria en los contratos sin que las partes puedan relajarlas mediante convención. Por ello, es obligación de las partes en los contratos, identificar las normas de orden público que puedan estar establecidas en los textos de las leyes que puedan ser aplicables a la relación contractual, y que no pueden comprometerse mediante cláusulas contractuales, siendo absolutamente excepcional el que la totalidad de las disposiciones de una Ley sean declaradas expresa y globalmente como de orden público.

Una excepción en Venezuela fue por ejemplo, la Ley de Precios Justos se 2014⁵², en cuyo artículo 2 se dispuso que “Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciables por las partes;” y de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos de 2009 en cuyo

y moral de una sociedad determinada. Para determinar que una provisión como de orden público, es necesario analizar en cada caso, el espíritu de la institución y examinar qué y por qué tiene relación con las demandas esenciales de la colectividad o la base fundamental del derecho privado.” Véase Francisco López Herrera, La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela, Caracas 1952, p. 96.

⁴⁸ Idem, p. 180.

⁴⁹ Idem, p. 185.

⁵⁰ Idem, p. 206.

⁵¹ Véase en Gaceta Oficial No. 6147 de 17 de noviembre de 2014.

⁵² Gaceta Oficial, N° 40.340 de 23-01-2014

artículo 7 se estableció que “Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y se aplicarán con preferencia a cualquier otra disposición legal vigente en la materia.”⁵³

En el caso del régimen de los contratos públicos, la Ley de Contrataciones Públicas de 2014,⁵⁴ como cuerpo normativo que se aplica a todos los contratos públicos que tienen por objeto la adquisición de bienes, la prestación de servicios y ejecución de obras (art. 1) celebrados por los entes públicos que se enumeran en la misma (art. 3), no contiene alguna declaración similar de carácter general que declare que todas sus disposiciones son de orden público, lo que no excluye por supuesto que la misma contenga algunas disposiciones que pueden considerarse como de orden público, como lo son las relativas a los procesos de selección de contratistas para adjudicación de contratos, o aquellas que por referirse a competencias del poder público atribuidas a los órganos o entes públicos, son de obligatoria aplicación.

Es decir, la Ley de Contrataciones Públicas en su globalidad no es una ley de orden público, ni así ha sido declarada en su texto, ni en el artículo 1º de la misma se ha declarado que todas sus normas sean de “obligatorio cumplimiento.” La última frase del artículo 1º, que declara mandatorio los “procesos” regulados en la Ley, que se agregó en la reforma de la Ley en 2014, debe considerarse sólo como una ratificación de que las disposiciones de la ley que se refieren a los “procesos de adjudicación de contratos o selección de contratistas” que si son obligatorias, y que se refiere al aspecto medular que dio origen a la Ley.

En efecto, desde la promulgación de la Ley de Licitaciones en 1990,⁵⁵ que fue sustituida por la Ley de Contrataciones Públicas dictada en 2008,⁵⁶ el propósito del legislador fue básicamente regular los procesos de selección de contratistas para la adjudicación de los contratos públicos, habiendo la nueva Ley continuado básicamente regulando dichos procesos, casi exclusivamente. Por ello, al comentar dicha Ley de Contrataciones Públicas de 2008, expresamos que:

“a pesar de su nombre, la Ley ni regula todos los contratos estatales, ni regula la actividad de contratación pública en general de los entes públicos ni de las Administraciones Públicas (nacional, *estatal* y municipal). En realidad, sigue siendo, con algunas modificación una Ley de delimitado alcance, destinada básicamente a regular el procedimiento de selección de contratistas (licitación) y respecto de ciertos (no todos) los contratos públicos. Por ello, la única Ley precedente que deroga expresamente esta nueva Ley es la vieja Ley de Licitaciones, por lo que en su parte medular, sigue siendo un cuerpo normativo destinado a regular el régimen de selección de contratistas (art. 36 a 92) en ciertos contratos públicos.”⁵⁷

La reforma de dicha Ley de 2014, como se expresó en la Exposición de Motivos de la misma que la precede en la publicación en la *Gaceta Oficial*, estuvo motivada por la preocupación sobre la persistencia de “algunas deficiencias significativas *en los procesos*,” y

⁵³ Gaceta Oficial N° 39.173 de 7 de mayo de 2009

⁵⁴ Gaceta Oficial N° 6.154 Extra. de 19 de noviembre de 2014

⁵⁵ Gaceta Oficial, N°39.181 del 19 de mayo de 2009

⁵⁶ La última reforma fue publicada en Gaceta Oficial, N° 5.556 Extra. de 13 de noviembre de 2001

⁵⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 11-12.

el propósito de reforzar los procesos de adjudicación de contratos y selección de contratistas de conformidad con la disposiciones de la Ley. Por ello, sin duda, el propósito de la introducción en el texto de la reforma de la Ley en 2014, de la última frase del artículo 1º, era ratificar el carácter de “obligatorio cumplimiento” de “los procesos referidos en la Ley” que no son otros que los destinados a la adjudicación de contratos y selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado, contratación directa, contratación electrónica).

Esos procesos de selección de contratistas, y no la totalidad de los artículos y previsiones de la ley, son los que el legislador quiso reforzar en su imperatividad al ratificar que son de obligatorio cumplimiento. Los mencionados procesos fueron establecidos desde la promulgación de la *Ley de Licitaciones* de 1990 y luego, como se dijo, incorporados en el texto de la Ley de Contrataciones Públicas del 2008, indicando igualmente su carácter de obligatorio cumplimiento. Por lo tanto, la reforma de 2014, con el agregado de la mencionada última frase del artículo 1º, en realidad no innovó en nada, sino que ratificó el carácter de los procesos de selección de contratistas como de cumplimiento obligatorio.

Pero además de las previsiones de la Ley relativas a los procesos de selección de contratistas, en la Ley de Contrataciones Públicas también se han regulado expresamente en dicha Ley diversas potestades de la Administración contratante en relación con todos los contratos públicos, como por ejemplo, las potestades de modificación unilateral de las condiciones de ejecución de las prestaciones objeto del contrato (arts. 130, 131); de sancionar las faltas del contratante (Art. 139); y de rescisión unilateral del contrato (Art. 127; arts. 152 ss.).⁵⁸ Dichas prerrogativas o poderes extraordinarios de la Administración contratante, deben considerarse como previsiones de orden público, independientemente de que puedan ser objeto de regulación en las cláusulas de los contratos públicos, como sucede con frecuencia.

Por último, debe precisarse que como solo en las leyes se pueden establecer previsiones de orden público, por tratarse de disposiciones limitativas a la libertad de contratar, que es manifestación de la libertad económica, las mismas en ningún caso podrían establecerse en reglamentos, como por ejemplo el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, a cuyas normas en ningún caso podría atribuírseles el carácter de orden público.

New York, julio 2017

⁵⁸ Véase Carlos García Soto, “Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la ley de Contrataciones Públicas y su reglamento,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 198 ss.; y José Ignacio Hernández, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana,” en Allan R. Brewer-Carías, et al., *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2012, pp. 184-186.

VIII

EL TRÁNSITO DE UN PROFESOR DE DERECHO PÚBLICO POR LAS ENTRAÑAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL ESTADO

Conferencia en el Acto de apertura en las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público General, Allan Randolph Brewer-Carías” organizadas por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), la Fundación Institucionalidad y Justicia (Funjis), la Asociación Dominicana de Derecho Constitucional y la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y la Pontificia Universidad Madre y Maestra, Santo Domingo, 6 de noviembre de 2018.

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.”

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 – ello 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 oirán 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 momento 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 – equivocadamente 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 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 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 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 pro 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 1° 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 destruce.

Por mi parte, puede 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 Paris, 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 su 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 multigráfica 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 30.000 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 multigrafiado 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 o 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, habiéndoseme 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 Héctor 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, Aristides 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 fu 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 la 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 Contencioso-Administrativa, 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 Administrativo 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 retardadora 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 Balasso; y aquí también están como Conferencistas, tres apreciados y destacados abogados y profesores quienes se formaron en Baumeister & Brewer: Carlos Ayala Corao, José 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 Fernández, 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 secretarías de varias décadas, Arelis Torres y Francis Gil, mis fieles colaboradoras.

1976 Otro acontecimiento fundamental en mi actividad académica, que 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 María 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 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, resaltaron los siguiente 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 incorporar 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 el 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 Urbanísticas.

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 obre 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 consulto , 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, Contencioso-administrativo 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, reincidiendo 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 Modern:

- *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.e

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 Enrique 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 agotarse en la preparación de un proyecto de reforma constitucional, el cual que 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. Impugnó 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!!

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 “órdenes 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 criticué 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 se me han 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 Jornada 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 1000 artículos publicados en revistas especializadas, y más de 1200 conferencias y charlas dictadas, todos dadas en todo 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*** (1024pp.); ***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 año, 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

IX

MODELOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO Y EL SISTEMA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Texto preparado para la conferencia inaugural de la Jornada en homenaje al 75 aniversario de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en República Dominicana, Santo Domingo, 23 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Si hay un signo característico del derecho administrativo contemporáneo, ese es el del progresivo sometimiento de la Administración Pública y de la actividad administrativa del Estado en general a la legalidad, con el consecuente y progresivo establecimiento, con todos los altibajos respectivos en cada país, de mecanismos judiciales de control jurisdiccional de la actividad de la misma.¹

En esa tendencia se buscó enmarcar a la República Dominicana hace setenta y cinco años, al sancionarse la Ley que instituyó la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 30 de julio de 1947,² la cual, como se expresó en el Oficio de remisión del proyecto por el Presidente de la República, Rafael L. Trujillo al Presidente del Senado,³ de fecha 24 de julio del mismo año 1947, es decir, solo cuatro días antes de su sanción, tenía dos propósitos fundamentales:

“[primero] dejar claramente establecida la posibilidad de toda persona de obtener protección jurídica en sus relaciones con la Administración; y [segundo] que los

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Administrativa en América Latina*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid 2019; *Leyes de lo Contencioso Administrativo en América Latina*. Con un estudio preliminar sobre la justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano, Colección Derecho Público Ibero-americano No. 7, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2019.

² Véase la Ley No. 1494 de 30 de julio de 1947, publicada en *Gaceta Oficial* N. 6673 de 9 de agosto de 1947.

³ Oficio No. 20491 de 26 de julio de 1947, firmado cuatro días antes de la sanción de la ley.

recursos puedan ser intentados ante una jurisdicción mediante un procedimiento fácil, expeditivo y poco costoso, sin las dilaciones características del procedimiento judicial ordinario que hasta ahora se podía seguir en esta materia”.

Para ello se dispuso que dicha Jurisdicción Contencioso Administrativa correspondería a un Tribunal Superior Administrativo (art. 3), competencia tanto en materia administrativa, con algunas excepciones (arts. 7 y 56), como en materia tributaria (arts. 1, 3, 5 y 8). Toda esa normativa apuntaba hacia el establecimiento de una jurisdicción en el ámbito judicial, lo cual, sin embargo, se trastocó de entrada, no sólo al preverse que los cinco jueces e, incluso, el Secretario del Tribunal serían designados por el Poder Ejecutivo (arts. 11 y 14), lo que apuntaba a una dependencia de la jurisdicción de dicho Poder; sino porque, incluso, el Tribunal Superior Administrativo nunca fue instalado, pues sus jueces nunca fueron nombrados.

Y así lo que parecía como una disposición Transitoria inserta en el artículo 57, pasó de hecho a tener vigencia permanente, incluso luego de la reforma de la Ley de 1951,⁴ atribuyendo a la Cámara de Cuentas de la República las funciones del Tribunal Superior Administrativo “mientras el Poder Ejecutivo no designe los Jueces, el Procurador General y el Secretario del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.”

Solo sería con motivo de la reforma de la Ley de 1947 mediante la Ley No. 13-07 de 5 de febrero de 2007 “que crea el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo,” que las competencias del nunca creado Tribunal Superior Administrativo que ejercía la Cámara de Cuentas pasarían a ser ejercidas por un órgano judicial (art. 1).

Como se expresó en los “Considerandos” de la Ley de 2007, conforme a la Ley de 1947, la Jurisdicción contencioso administrativa se había ubicado:

“institucionalmente en el ámbito del Poder Ejecutivo ya que sus jueces serian designados por ese Poder del Estado, configurándose así lo que en el Derecho Administrativo se conoce como el sistema de justicia retenida, esto es, que la administración se juzga a sí misma.”

En otro “Considerando” de la Ley de 2007, sin embargo, se precisó que mediante la mencionada Ley No. 2998 de 1951, las competencias del Tribunal “le fueron asignadas a la Cámara de Cuentas, órgano constitucional de control financiero externo del Estado, cuyos miembros son designados por el Senado de una terna presentada por el Poder Ejecutivo.”

La Cámara de Cuentas, por tanto, era un órgano con autonomía funcional, no dependiente del Poder Ejecutivo, con lo cual de hecho, hasta cierto punto, la verdad es que no se podía hablar de un contencioso administrativo que funcionara totalmente como “justicia retenida,” pues dicha Cámara, que ejerció las competencias del Tribunal hasta 2007, no tenía dependencia del Poder Ejecutivo; a lo que se suma, además, como lo destaca otro de los “Considerandos” de la Ley de 2007, el vínculo de la jurisdicción contencioso administrativa con el Poder Judicial, al regularse por Ley No. 3383 de 20 de mayo de 1954 que las decisiones del Tribunal Superior Administrativo podían ser objeto de recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

⁴ Véase la Ley No. 2998 del 8 de julio de 1951, *Gaceta Oficial* No 7307 de 14 de julio de 1951.

II. LOS PRINCIPIOS DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2010

En paralelo al muy completo sistema de justicia constitucional que se consolidó en la Constitución de la República Dominicana de 2010,⁵ para asegurar la sumisión y conformidad al derecho de la actividad administrativa, en particular de los reglamentos y demás actos administrativos, conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de Derecho, también se reguló la garantía judicial específica a cargo de los tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa,⁶ es decir, del conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y la legitimidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla intervenga⁷.

La norma fundamental que constitucionaliza la Jurisdicción Contencioso Administrativa en República Dominicana está en el artículo 164 de la Constitución, ubicado en la Sección de Jurisdicciones Especializadas, relativo a la “Jurisdicción Contencioso Administrativa” que establece lo siguiente:

Artículo 164. La Jurisdicción Contencioso Administrativa estará integrada por tribunales superiores administrativos y tribunales contencioso administrativos de primera instancia. Sus atribuciones, integración, ubicación, competencia territorial y procedimientos serán determinados por la ley. Los tribunales superiores podrán dividirse en salas y sus decisiones son susceptibles de ser recurribles en casación.

Párrafo I.- Las y los jueces de los tribunales superiores administrativos deberán reunir los mismos requisitos exigidos a los jueces de cortes de apelación.

Párrafo II.- Las y los jueces de los tribunales contencioso administrativos deberán reunir los mismos requisitos exigidos a los jueces de primera instancia.

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

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de Justicia Constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales,” en *Estudios Constitucionales*, No. 9, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, pp. 303-338.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías. “Bases constitucionales del derecho administrativo en República Dominicana,” en el libro de Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Bases constitucionales del derecho administrativo y del proceso contencioso administrativo en República Dominicana*, Colección Estudios de derecho Administrativo, Vol I, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 1-88.

⁷ Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.

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.

A esta previsión la Constitución agregó la Disposición Transitoria *Sexta* con el siguiente texto:

Sexta: El Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario existente pasará a ser el Tribunal Superior Administrativo creado por esta Constitución. La Suprema Corte de Justicia dispondrá las medidas administrativas necesarias para su adecuación, hasta tanto sea integrado el Consejo del Poder Judicial.

Con estas previsiones la Constitución optó por la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como una jurisdicción integral.

Además, se destaca la norma contenida en el artículo 165 de la Constitución que atribuye a los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa competencia para:

“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...(..)”

Esta previsión sobre el control por parte de la Jurisdicción contencioso administrativo de las actividades de la Administración por contrariedad al derecho, y no solo por razones de ilegalidad, estableciéndose en paralelo la Jurisdicción Constitucional para el control de constitucionalidad de ciertos actos estatales, confirma que la Constitución, al establecer estas dos Jurisdicciones, lo ha hecho sobre la base de los actos impugnados y no de los motivos de impugnación, lo que implica que el control de constitucionalidad de los actos Estatales se ejerce tanto por la Jurisdicción Constitucional como por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En ambos casos, los tribunales actúan como juez constitucional, y lo que las diferencia es el objeto del control, es decir, los actos sometidos a control en una y otra.

Para ello, resultan fundamentales las previsiones de la Constitución. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los actos administrativos, o como lo dice el artículo 165.2 de la Constitución, de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares;” y por “contrariedad al derecho” ha de entenderse tanto por vicios de inconstitucionalidad como por vicios de legalidad propiamente dicha. Por supuesto, la clave de esta norma está en determinar primero, que los actos administrativos normativos, como los reglamentos, son actos administrativos; y además, segundo, que no hay actos administrativos que estén excluidos del control contencioso administrativo.

El control de la conformidad al derecho por la Jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, se refiere a los actos administrativos, cualquiera que sea la “forma”

jurídica que revistan y el órgano estatal que los dicte, incluidos en ellos los decretos, reglamentos y resoluciones, siempre que sean de carácter sublegal.

En cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la competencia del Tribunal Constitucional es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” tal como lo establece el artículo 185,2 de la Constitución, lo cual, sólo se refiere a aquellos que sean de ejecución directa e inmediata de la Constitución, y por tanto además de las leyes, los otros de rango legal. El objeto del control en este caso, por el Tribunal Constitucional, y por motivos de inconstitucionalidad, no puede ser de todos los “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” aún cuando sean actos administrativos, pues ello dejaría sin buena parte de su competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e implicaría reducir “contrariedad al derecho” a lo contrario a la ley o a la legalidad, lo que no se ajustaría a la Constitución.

Y ha sido en este sentido que la jurisprudencia fundamentalmente del Tribunal Constitucional la que ha venido estableciendo el deslinde jurisprudencial y determinando cuáles son “decretos, reglamentos, resoluciones,” que son actos administrativos y, por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa; y cuáles son los otros “decretos, reglamentos, resoluciones” que no son actos administrativos y, por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción constitucional;⁸ y la clave para ello no es otra que la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados, de manera que llámense como se llamen los actos estatales, estarán sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, las leyes nacionales y las ordenanzas municipales, y todos los demás actos estatales, llámense “decretos, reglamentos o resoluciones,” siempre que los mismos sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. De resto, los otros actos estatales, llámense igualmente “decretos, reglamentos o resoluciones,” serían actos administrativos dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y, por tanto, sometidos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa. Por ello, de entrada, en mi criterio, la norma constitucional derogó tácitamente la norma del artículo 7.a de la Ley 1494 de 1947 que excluía de la competencia del tribunal contencioso administrativo “las cuestiones que versen sobre la constitucionalidad [...] de los reglamentos, decretos o actos.” Al contrario, si se trata de actos administrativos la impugnación de los mismos basada en cuestiones de constitucionalidad que son de contrariedad al derecho, corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa.

En todo caso, y por lo que respecta al artículo 165.2 de la Constitución de la República Dominicana, su efecto inmediato fue la muy importante constitucionalización

⁸ Allan R. Brewer-Carías, “Los actos estatales sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en la República Dominicana, y el necesario deslinde entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa,” en *Anuario 2012. Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, República Dominicana 2013, pp. 185-214.

de la jurisdicción contencioso-administrativa,⁹ caracterizada por los siguientes cuatro aspectos:

En primer lugar, en la universalidad del control que la Constitución regula respecto de los actos administrativos,¹⁰ es decir, de los “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” en el sentido, de que todos, absolutamente todos los actos administrativos (incluyendo los dictados por particulares en ejercicio de la función administrativa), pueden ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones, y “contrarios a derecho” es una enunciación general que precisamente evita enumeraciones que podrían ser peligrosas al dejar fuera de control algunos actos administrativos.

Por tanto, la intención de la norma del artículo 165.2 fue la de que a todos los actos administrativos, por cualquier motivo de impugnación que fuese, por contrariedad al derecho, pueden ser controlados por los Tribunales que conforman la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ello, por supuesto, trae una consecuencia fundamental: cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales.

En segundo lugar y como consecuencia de esta tendencia hacia la universalidad del control, está el elenco de recursos y acciones puestos a disposición de los particulares para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión de amparo constitucional, comprende el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen previsto desde el inicio en la ley No. 1494 de 1947 (art. 2); el conjunto de demandas contra los entes públicos, entre ellas las relativas a los contratos administrativos también previstas desde siempre en la Ley No. 1494 de 1947 (art. 3); y las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en tercer lugar, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 165.2 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La constitucionalización de la Jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela. Formalidades y frustración, en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 288 ss.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer Carías, “La universalidad del control contencioso administrativo” en *Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares*, Caracas 1992, pp. 203-226; y en *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 19 y ss.

frente a la Administración, en el sentido de lo establecido en el artículo 69 de la propia Constitución. En esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucionalmente como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos, como son los enumerados en el artículo 7 de la Ley No. 494 de 1947 que puede considerarse como tácitamente derogado. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en cuarto lugar, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación a la jurisdicción contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. Por ello, el juez contencioso-administrativo tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para resolver “las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles” (art. 165.3); lo que le permite condenar a la Administración o a los funcionarios al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de los mismos, y además, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa, en línea con lo que estableció el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley No 13-07 de 2007 al referirse a la “expansión de competencias” del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

Con estas previsiones en la Constitución, la República Dominicana puede decirse que se incorporó a lo que era ya una tendencia de décadas en América Latina que se inició con la previsión en la Constitución de Uruguay de una norma que asignó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay, competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.), y que luego se siguió en la Constitución de Venezuela de 1961 al asignarle a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa competencia para “declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho e incluso por desviación de poder” (art. 206), lo que se repitió en la Constitución vigente de 1999 (art. 259). Ello también se había regulado antes en Colombia, en 1913 cuando se creó el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y los tribunales seccionales de la contencioso administrativo para conocer de los procesos contra la Administración Pública; que luego se atribuyeron en 1914, al Consejo de Estado, el cual si bien venía funcionando desde 1830 como institución sin competencias jurisdiccionales,¹¹ entonces

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia,” Conferencia en el

comenzó a actuar integrado en el universo del Poder Judicial, como otra de las altas Cortes de Justicia.¹² Así, la Constitución de 1991, al regular la “Rama Judicial” (Título CVII), destina el Capítulo III a la “Jurisdicción Contencioso Administrativa,” con normas relativas al Consejo de Estado y a sus competencias generales (art. 236-238).

Otro país con previsiones constitucionales sobre la Jurisdicción contencioso administrativa es Panamá, donde el artículo 206.2 de la Constitución regula los principios de la justicia administrativa para controlar “los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas,” atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Tercera, la competencia para anular, con audiencia del Procurador de la Administración, “los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.” La norma sin embargo, es limitativa en cuanto a que, contrario a lo previsto en República Dominicana, reduce la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa solo por razones de ilegalidad. Igual ocurre en Costa Rica, donde el artículo 49 de la Constitución incorporado en la reforma de 1963, dispuso que quedaba establecida “la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público,” agregando que “la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos,” debiendo la ley proteger “al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.”

III. EL RETO DE ORGANIZAR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

En todo caso, y volviendo a la República Dominicana, lo que es definitivamente cierto es que el proceso de constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa, después de los antecedentes legislativos iniciales, ya pasados setenta y cinco años desde que se la instituyó en 1947, lo que ahora está clamando a gritos es la necesidad de que se consolide la especialización de la misma, más allá de la existencia de un Tribunal nacional y de las competencias en materia contencioso administrativo municipal atribuidas a los Juzgados de Primera Instancia civiles, para que las decidan aplicando “los

XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Bogotá, 1 de noviembre de 2017

¹² Véase Libardo Rodríguez Rodríguez, “Las características fundamentales de la jurisdicción de contencioso administrativo en Colombia,” Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 529-560; Jaime Orlando Santofimio, *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2017, pp. 843 ss.

principios y normas de Derecho Administrativo” como dice el artículo 3 de la Ley 13-07 de 2007.

Ese es el reto que en mi criterio tienen por delante los administrativistas dominicanos en este aniversario de la Ley de 1947, que no es otro sino preparar un proyecto para sustituirla por una moderna Ley reguladora de una jurisdicción orgánicamente especializada. Quizás por ello fue que el profesor Olivo Rodríguez Huerta me pidió que hablara en esta ocasión de los “modelos de control jurisdiccional de la actividad administrativa del Estado,” particularmente en América latina

Y algo es común entre todos ellos, y es que la regulación del contencioso administrativo en todos nuestros países puede decirse que como cuestión de principio, se aparta del sistema francés el cual, como es bien sabido, nació de una peculiar interpretación del principio de la separación de poderes condicionada por la desconfianza en los jueces que tuvo su origen en los días de la Revolución francesa.¹³ De esta peculiaridad histórica derivó la prohibición para los jueces de poder controlar la Administración y sus actos, todo lo cual condujo al sometimiento de la Administración a unos órganos jurisdiccionales separados del Poder Judicial, en particular del Consejo de Estado, y con ello, al propio desarrollo del derecho administrativo en Francia, que tanto influyó en todos los países latinos; influencia que, sin embargo, no comprendió el sistema jurisdiccional administrativo separado del judicial que se desarrolló en Francia.

En América Latina, en todos los países, incluyendo Colombia a pesar de su específica organización de la jurisdicción contencioso administrativa en torno al antes mencionado Consejo de Estado, impera el principio de la judicialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,¹⁴ quedando claro, como lo han reconocido los propios autores franceses, que una “jurisdicción administrativa” separada de la “jurisdicción judicial,” no es condición necesaria para la existencia misma del derecho administrativo.¹⁵

Puede decirse, por tanto, que la tendencia en la configuración de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se ha caracterizado en América Latina por seguir el proceso universal de creación progresiva de órganos judiciales especializados para conocer de los procesos contra la Administración, dentro del ámbito del Poder Judicial, despojándose así progresivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria de dichas competencias, aun cuando persisten ciertas excepciones en las cuales la justicia administrativa se imparte por los tribunales ordinarios.

¹³ En general, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008.

¹⁴ Véanse las apreciaciones sobre ello de Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 3-32; y en *Revista Juris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia, No. 9, oct. 2005, pp. 91-103. No estamos de acuerdo, por tanto, con la apreciación de Jorge Fernández Ruiz en su “Presentación” al libro de Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, donde indicó en forma general que “la justicia contenciosa administrativa se imparte a través de órganos jurisdiccionales que no dependen del Poder Judicial,” p. 13.

¹⁵ Véase Jean Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, París, 1962, p. 118.

Por supuesto, en ningún caso se pueden considerar en América Latina a los llamados “tribunales administrativos” creados en el seno de la Administración Pública para resolver aspectos específicos en el mundo regulador,¹⁶ como por ejemplo fue el caso, en Venezuela, del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato a comienzos de los años sesenta del siglo pasado,¹⁷ y como es el caso de los “tribunales administrativos” como se han desarrollado por ejemplo en Chile¹⁸ y en Argentina, en este último caso siguiendo incluso el modelo norteamericano,¹⁹ pero que bajo ninguna circunstancia se pueden considerar como formando parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se trata de órganos de la Administración Pública, que, si bien cumplen funciones jurisdiccionales, en definitiva, emiten actos administrativos, los cuales son en definitiva los que son revisables ante los órganos judiciales que imparten la justicia administrativa.

Por ello, hasta cierto punto, el desarrollo contemporáneo de estos llamados “tribunales administrativos,” lo que implica es que se trata de una instancia administrativa que debe agotarse, antes de que las decisiones de la Administración se sometan a control judicial por los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa.²⁰

Ahora, precisamente con base en la experiencia latinoamericana, Las previsiones de la Constitución de la república Dominicana exigen organizar la Jurisdicción contencioso administrativa, en forma integral, apartándose del “modelo” derivado de los antecedentes legislativos que resultaron de la Ley de 1947.

Para captar adecuadamente ese modelo que deriva de la Constitución, nos referiremos a continuación a los diversos “modelos que nos muestra el derecho comparado sobre el control judicial de la Administración y su actividad.

¹⁶ Véase por ejemplo, el trabajo de Pedro José Jorge Coviello, “La jurisdicción primaria (Primary Jurisdiction),” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica* Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 37 ss.

¹⁷ Véase lo que expresé en lo que fue mi primer artículo publicado en materia jurídica: Allan R. Brewer-Carías, “Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres de 1° de agosto de 1960,” en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 113, Año XXIII, Caracas, julioseptiembre 1960, pp. 217-232.

¹⁸ Es el caso de los llamados “tribunales especiales,” no integrados en el Poder Judicial, que toman decisiones que agotan la vía administrativa y son impugnables ante las Cortes de Apelaciones. Véase “Claudio Moraga Klenner, “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, (Coordinadores: Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 482.

¹⁹ Véase por ejemplo, Pedro José Jorge Perrino, “La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativo en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso administrativo,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 60- 82. Véase además, las apreciaciones sobre ello de Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 5, 13, 17 y 29.

²⁰ Véase Juan Carlos Cassagne, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 18

IV. ALGO SOBRE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En efecto, si se analiza el derecho comparado en el mundo latinoamericano contemporáneo, los “modelos” del control judicial de la Administración podrían clasificarse en los siguientes cuatro:

Primer “modelo”: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios;

Segundo “modelo”: La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo;

Tercer “modelo”: La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo; y

Cuarto “modelo”: La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario.

1. *Primer “modelo”: La justicia administrativa atribuida a los tribunales ordinarios*

En primer lugar, se distingue el “modelo” contrario a la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que consiste en la atribución a los tribunales ordinarios, el control de la actividad administrativa, como ocurre en la Argentina y Brasil, que fueron los países que desde el siglo XIX fueron los que mayor influencia recibieron del sistema judicial norteamericano de *judicial review*.

En Brasil rige el sistema judicial de jurisdicción única inspirada en el sistema de los Estados Unidos,²¹ por lo que no se ha desarrollado ninguna especialización jurisdiccional en materia contencioso administrativa.²² En Argentina, también, en principio son los jueces ordinarios los competentes en la materia,²³ como también lo son para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, de manera que como lo han destacado Juan Carlos Cassagne y lo ha destacado Miriam Ivanega:

“Siempre que exista un caso o una causa judicial, todos los jueces, de todos los fueros e instancias (incluyendo integrantes del Poder Judicial Nacional, provinciales y locales), pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, decretos reglamentarios, actos administrativos, en estos casos con efectos *erga omnes*.”²⁴

²¹ Véase Romeu Felipe Bacellar Filho, “A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 90

²² Idem. p. 85

²³ Véase Miriam Mabel Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 16, 17/18.

²⁴ Véase Juan Carlos Cassagne, “El sistema judicialista argentino,” en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Título I, Capítulo Tercero, La Ley, Buenos Aires 2007, p. 49-72; y en “La Justicia

Ello ha llevado incluso a que en la doctrina del derecho administrativo argentino no se estudie el contencioso administrativo con la importancia que existe en todos los demás países latinoamericanos, llegando Agustín Gordillo, por ejemplo, a criticar que se hable de “contencioso administrativo” considerando la materia más bien como “derecho procesal administrativo” fuera del derecho administrativo y en el ámbito del derecho procesal.²⁵

Sin embargo, esa apreciación general puede decirse que ha comenzado a cambiar, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994, al suprimirse la competencia originaria de Suprema Corte de Justicia en materia contencioso administrativa (art. 166 y 215), estableciéndose que los casos originados por la actuación u omisión de las Provincias, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, realizada en ejercicio de funciones administrativas deben ser juzgados por los tribunales competentes de lo contencioso administrativo de acuerdo al procedimiento establecido por ley,²⁶ habiéndose con ello establecido en las Constituciones de las provincias tribunales especializados contencioso administrativos.

Otro país en el cual solo se ha originado un principio de especialización algo confuso, es en Chile, donde son los tribunales ordinarios los competentes en la materia, careciendo el país de una Jurisdicción contencioso administrativa con competencia general.²⁷

Se observa, sin embargo, que desde 1925 la Constitución hizo referencia a que la ley podía crear tribunales administrativos, lo que nunca ocurrió, razón por la cual la Corte Suprema siempre declaró la incompetencia tribunales ordinarios para conocer nulidad de los actos de la Administración. Con posterioridad hubo una evolución jurisprudencial, particularmente a partir de los años setenta²⁸ mediante la cual el tribunal supremo admitió la competencia de los tribunales ordinarios para declarar nulidad actos administrativos; lo cual fue al poco tiempo cambiada en los años ochenta, volviéndose

Administrativa en Iberoamérica,” en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2005, p. 26; y Miriam Ivanega, “Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 17-18

²⁵ Véase Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires 2014, pp. XIII-6 y ss.

²⁶ Véase Pablo Esteban Perrino, “La tutela judicial efectiva y la reforma del régimen de la justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 209

²⁷ Véase Gladys Camacho Céspedes, “La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 321.

²⁸ Véase Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La Justicia Administrativa en el derecho chileno,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 149. 152

a la incompetencia judicial para juzgar sobre los actos de la Administración, como prohibición general.²⁹

A partir de la reforma constitucional de 1989 se eliminó la mencionada referencia que se estableció en 1925 sobre la creación de los tribunales administrativos, y en su lugar lo que se previó en la Constitución (art. 38), fue que “los tribunales que determine la ley” serían los que debían conocer de las reclamaciones presentadas por los particulares contra actos lesivos de la Administración del Estado, “de lo que la doctrina desarrolló la tesis de la asignación de una competencia general y residual a los tribunales ordinarios de justicia para conocer sobre la materia.

Se observa, por otra parte, que mediante ley se han establecido los llamados “tribunales especiales” con competencia para conocer de asuntos específicos, incluso ejerciendo la función jurisdiccional, pero que no son parte del poder judicial. Entre dichos Tribunales especiales que están fuera del Poder Judicial, ese destacan: el Tribunal de Contratación Pública (Ley N° 19886 sobre bases de contratos de suministro) y los Tribunales Tributarios y Aduaneros (Ley N° 20322 que perfecciona la Jurisdicción Tributaria), el Tribunal de Propiedad Industrial (DFL 3/2006 del Ministerio de Economía, que fija texto de la Ley de Propiedad Industrial) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DFL N° 1/2005 del Ministerio de Economía, que fija texto del Decreto Ley N° 211, Ley Antimonopolios).³⁰

Dichos Tribunales, sin embargo, no pueden en general considerarse parte de alguna jurisdicción contencioso administrativa, y más bien son los vehículos para agotar la vía administrativa en las materias específicas, pudiendo sus decisiones ser impugnadas ante las Cortes de Apelaciones.³¹

Por eso, en general, la competencia en materia contencioso administrativa la ejercen los tribunales ordinarios, sea por expresa disposición de la ley, en casos específicos y casuísticos;³² o en los casos en los cuales no hay leyes que determinen cuál es el tribunal

²⁹ Idem, pp. 149, 152, 153

³⁰ Idem, pp. 155, 156; y Gladys Camacho Céspedes, “La resolución de conflictos jurídico-administrativos en Chile: la problemática coexistencia de recursos y jurisdicciones especiales,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 327 ss.

³¹ Véase Claudio Moraga Klenner, “Evolución de la justicia administrativa en Chile,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 482.

³² Por ejemplo, en los procedimientos de reclamación por pérdida de nacionalidad (art. 12 de la Constitución Política de la República), impugnación de sanciones administrativas que imponga el Consejo Nacional de Televisión (art. 34 de la Ley N° 18838), impugnación de de las multas que aplique a un particular la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (art. 19 de la Ley N° 18410), reclamación por acuerdos ilegales de un Gobierno Regional (art. 108 de la Ley N° 19175), impugnación de rechazo a solicitud de inscripción en registro de iglesias y confesiones religiosas (art. 11 de la Ley N° 19638), impugnación de resolución administrativa de Consejo para la Transparencia (art. 24 de la Ley N° 20285), Recurso de Protección (art. 20 de la Constitución Política de la República), Recurso de Amparo Económico (art. único de la Ley N° 18971), impugnación de acto administrativo de suspensión o cancelación de servicio de transporte público de pasajeros (art. 3° de la Ley N° 18696), rechazo a solicitud de inscripción o anotación de vehículo motorizado en el Servicio del Registro Civil (art. 43 de la Ley N° 18290), impugnación del rechazo del reconocimiento de la calidad de indígena (art. 3° de la Ley N° 19253) y

ordinario competente, mediante la denominada “acción de derecho público” ejercida específicamente ante los Jueces de letras civiles.³³

2. Segundo “modelo”: *La Justicia Administrativa atribuida a un solo órgano judicial: la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Contencioso Administrativo*

Dejando aparte la situación de Brasil, Argentina y Chile la primera tendencia hacia la especialización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se observa en América Latina, se ha producido mediante la asignación de la competencia judicial, al más alto tribunal del país, específicamente las Cortes Supremas de Justicia, o a un Tribunal Contencioso Administrativo singular.

En cuanto a la atribución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aun solo tribunal superior, por su antigüedad debe mencionarse el caso de Paraguay, donde la Ley No. 1462 de 1935 le atribuyó al entonces Superior Tribunal de Justicia la competencia en única instancia para conocer del recurso contencioso administrativo (art. 1) contra las resoluciones administrativas (art. 3).

A partir de la reforma constitucional de 1940, dicha competencia fue atribuida igualmente en única instancia al Tribunal de Cuentas, al cual también se le conoce como Tribunal Contencioso Administrativo.³⁴

Igualmente, es el caso mencionado de Panamá donde si bien es cierto que, sin duda, por influencia de Colombia, en 1941 se creó un Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Ley 135 de 1943, luego reformada por la Ley N° 33 de 1946), a partir de la reforma constitucional de 1956 la competencia contencioso administrativa fue asignada a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Ello, por supuesto, en el caso de Panamá, ha originado problemas de acumulación de casos, agravado por el hecho de que la referida Sala no sólo conoce de lo contencioso administrativo sino también de recursos en materia de casación laboral respecto de las resoluciones judiciales dictadas en asuntos obrero patronales del sector privado (art. 97.13 y 99 del Código Judicial, Ley No. 29 de 1984).³⁵ En todo caso, a partir de la reforma de 1956, y con la atribución exclusiva a la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia de la competencia en materia contencioso administrativa, se produjo lo que en general se ha denominado

impugnación de acto administrativo de rechazo de autorización para celebrar espectáculos deportivos, entre muchos otros casos. En todos ellos es el legislador el que dispone expresamente la competencia de los tribunales ordinarios para impugnar el acto administrativo específico, disponiendo al efecto el tribunal ordinario específico competente. Véase Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La justicia administrativa en el derecho chileno,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores) *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Ibero-americano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 169

³³ *Idem.*, p. 163

³⁴ Véase “Tribunal de Cuentas,” en la página de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay (consultada 25/12/2018), en <https://www.pj.gov.py/contenido/137-tribunal-de-cuentas/137>

³⁵ Véase Javier Ernesto Sheffer Tuñón, “Un camino posible en pos de la reforma del contencioso administrativo en Panamá,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 401

“judicialización del contencioso administrativo,”³⁶ pasándose de una jurisdicción contencioso administrativa desconcentrada a una jurisdicción concentrada en la Corte Suprema.

En Guatemala, la competencia en materia Contencioso Administrativa está asignada también a un solo órgano judicial, pero en este caso, un Tribunal Superior de lo Contencioso administrativo, que tiene varias Salas con competencias en materias administrativas y tributarias.³⁷

En Bolivia, Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Procedimiento Administrativo le atribuyeron competencia directamente a la Corte Suprema de Justicia (Tribunal Supremo de Justicia) para ejercer el control judicial de la Administración por la vía contencioso administrativa. Posteriormente, el Tribunal Constitucional mediante sentencia y para asegurar el acceso a la justicia, estableció en una decisión de 2006, que la competencia en los casos de impugnaciones contra actos municipales debía ser ejercida por los Tribunales Departamentales de Justicia; lo que luego fue recogido en la Ley 620 Transitoria de los Procesos Contencioso Administrativos.³⁸

Por último, en Uruguay, la competencia en la materia contencioso administrativa está asignada en la Constitución al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), al cual se le asigna competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 ss.) (competencia de anulación), con posibilidad de que mediante ley se puedan crear “órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa” (art. 320).

En paralelo, sin embargo, en lo que Delpiazzo ha denominado como “*sistema es de competencias diferenciadas*” los tribunales ordinarios del Poder Judicial, ejercen las competencias en “el contencioso de reparación, el contencioso interadministrativo basado en la Constitución, el contencioso represivo y el contencioso de amparo.”³⁹

Históricamente podría decirse que este ha sido el modelo que ha tenido la República Dominicana conforme a la ley de 1947 – que no es el que prevé la Constitución de 2010 -, con base en las previsiones de la mencionada Ley No. 1494, que instituyó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regulando un solo Tribunal Superior Administrativo que nunca se llegó a crear para conocer y decidir, en la primera y última instancia, las cuestiones relativas al contencioso administrativo; lo que fue ratificado en 2007 con la Ley No. 13-07 que dispuso la creación del Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario al cual se traspasaron “las competencias del Tribunal Superior Administrativo atribuidas en la Ley No. 1494, de 1947, y en otras leyes, así como las del Tribunal Contencioso

³⁶ Idem, p. 401.

³⁷ Véase Hugo H. Calderón M., “El proceso contencioso administrativo en Guatemala,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores) *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 265

³⁸ Véase José Mario Serrate Paz, “Contencioso administrativo en Bolivia,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 67 ss.

³⁹ Véase Carlos E. Delpiazzo, “Régimen contencioso administrativo uruguayo, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 441.

Administrativo de lo Monetario y Financiero, serían ejercidas por el Tribunal Contencioso Tributario instituido en la Ley 11-92, de 1992” (art. 1).

La Ley 13-07 de 2007, por otra parte, como antes se dijo, previó que en materia 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, son los tribunales 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. Sin embargo, conforme a lo decidido por el Tribunal Constitucional en sentencia de TC/0598/18 del 10 de diciembre de 2018, dicho Tribunal ha reconocido competencia a estos juzgados para conocer de los recursos contencioso-administrativos *contra todas las administraciones*, y no exclusivamente la municipal, en lo que Eduardo Jorge Prats consideró como la “nacionalización” de jurisdicción contencioso-administrativa.⁴⁰

En nuestro criterio, las normas de la Constitución, y específicamente el artículo 164 de la misma, apartan al sistema constitucional de la República Dominicana del segundo “modelo” mencionado de control judicial de la Administración y, sin duda lo acercan al tercer modelo que es el de la integración orgánica de la jurisdicción.

3. *Tercer “modelo”: La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada por la Corte Suprema de Justicia en la cúspide y otros tribunales inferiores Contencioso Administrativo*

En contraste con los países donde la justicia contencioso administrativa se asigna a los tribunales ordinarios o a un solo órgano judicial, sea el Tribunal Supremo o un Tribunal Contencioso Administrativo, en los otros países hispano americanos se ha desarrollado el concepto de Jurisdicción Constitucional integrando un conjunto de tribunales especializados para ejercer el control de las actividades y omisiones de la Administración Pública, con la Corte Suprema en la cúspide; siempre, por supuesto, en el marco general del Poder Judicial, bajo el principio de la Justicia Administrativa como sistema “judicialista.”

Es el caso de Costa Rica, donde se organizó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda ejercida por los siguientes órganos: a) Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; b) Los tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; c) El Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; y d) La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso de Venezuela, después de haber estado concentrada la Justicia Administrativa, como antes indicamos, en la Corte Suprema de Justicia, desde 1830 (contencioso de los contratos) y luego desde 1925 (contencioso de los actos administrativos); con la constitucionalización del contencioso administrativo a partir de la Constitución

⁴⁰ Véase la referencia en Eduardo Jorge Prats, “El Juzgado de 1ª Instancia contencioso administrativo,” en *HoyDigital*, 22 de febrero de 2019, en <http://hoy.com.do/el-juzgado-de-la-instancia-como-jurisdiccion-contencioso-administrativa/>

de 1961 (art. 206), y la previsión en la norma constitucional de que la ley podía establecer tribunales contencioso administrativos, mediante la sanción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁴¹ se establecieron tres niveles de competencia judicial contencioso administrativa (Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores Contencioso Administrativos), garantizándose en general el principio de la doble instancia.

Ese proceso se completó con la sanción de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010,⁴² en la cual se establecieron cuatro niveles de tribunales contencioso administrativos, según la jerarquía de los actos controlados, siempre garantizándose el principio de la doble instancia, disponiéndose entonces en su artículo 11, los siguientes órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: 1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; 2. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 3. Los Juzgados Superiores Estatales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y 4. Los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁴³

En El Salvador, siguiendo esta misma orientación, mediante el Decreto Legislativo No. 760 de 28 de agosto de 2017 (con vigencia el 31 de enero de 2018) contentivo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se pasó de una Jurisdicción Contencioso Administrativa centralizada, conformada por un solo órgano que era la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia,⁴⁴ a una Jurisdicción Contencioso Administrativa conformada por una pluralidad de órganos, que comprenden, además de la Sala de lo Contencioso Administrativa en la cúspide de la Jurisdicción, a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, y a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, cada nivel con su respectiva competencia (arts. 1, 12 y 13).

En Nicaragua, igualmente conforme a la Ley del Poder Judicial (art. 3) y a la ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (art. 19), se organizan como “órganos jurisdiccionales de lo Contencioso-Administrativo los siguientes: 1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. 2. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo que se crean en los Tribunales de Apelaciones y que estarán integrados por tres miembros propietarios y dos suplentes.”

⁴¹ Véase la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 (LOCSJ) en *Gaceta Oficial* N° 1.893, Extraordinaria del 30-07-76. Véase sobre dicha Ley: Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

⁴² Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.447 de 16 de junio de 2010. Véase los comentarios a la Ley Orgánica en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010

⁴³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El contencioso administrativo en Venezuela,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Ibero-américa*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 466

⁴⁴ Véase Henry Alexander Mejía, “La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 29.

En Honduras, conforme al artículo 7 de la Ley No. 189-87 de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la misma es ejercida por los Juzgados de Letras de lo Contencioso Administrativo, que actuarán como Juzgado de primera o única instancia, y las Cortes de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, que actuarán como tribunal de segunda instancia, todo conforme lo organice la Corte Suprema de Justicia, la cual actuará como tribunal de casación en la materia.⁴⁵

Por último, en Ecuador, conforme al Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial No. 544 de fecha 09 de marzo de 2009), la Jurisdicción Contencioso Administrativa se estructuró, por una parte, en torno a Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia como la Sala de lo Contencioso Tributario, con competencia para conocer de los recursos de casación en materia tributaria incluida la aduanera, y de las acciones de impugnación de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas de carácter general de rango inferior a la Ley (art. 183); y por la otra, al atribuirse competencia en la materia de justicia contencioso administrativa a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, al cual compete fijar el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia (art. 216 ss.).

4. *Cuarto “modelo”: La justicia administrativa asignada a una Jurisdicción Contencioso Administrativa integrada separadamente del orden judicial ordinario*

El ejemplo más destacado y de mayor tradición de la organización de la Justicia Administrativa en un orden judicial separado de la Corte Suprema de Justicia es, como antes se destacó, el caso de Colombia, con la asignación al Consejo de Estado de las competencias contencioso administrativas

Dicho Consejo de Estado fue creado y recreado por Simón Bolívar, primero en Venezuela en 1817, como órgano con ciertas potestades legislativas en la reconstitución del Estado venezolano; y segundo, en Colombia en 1828, como órgano consultivo del Poder Ejecutivo, lo cual se ratificó en 1830.⁴⁶ La institución, si bien desapareció del constitucionalismo colombiano a partir de la Constitución de 1853, ello fue sólo por cuarenta años, habiendo sido recreado en 1886, con el cambio fundamental de haberse atribuido a la institución, además de sus funciones consultivas, algunas funciones jurisdiccionales en materia de justicia administrativa, que lo comenzaron a convertir en la institución singular que es, en el constitucionalismo latinoamericano.

⁴⁵ Véase Edmundo Orellana, “La jurisdicción contenciosa administrativa en Honduras,” en Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, *Derecho procesal contencioso administrativo. Centroamérica y México*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2018, p. 78

⁴⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La creación del Consejo de Estado por Simón Bolívar en 1817, al proceder como Jefe Supremo a la reconstitución del Estado de Venezuela, y su reformulación, por el mismo Bolívar en 1828, al asumir el Poder Supremo en la República de Colombia,” Conferencia en el *XXIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Encuentro Bicentenario*, con ocasión del Bicentenario de la creación del Consejo de Estado, Consejo de Estado, Bogotá, 1 de noviembre de 2017

Después de un breve periodo de desaparición de una década (1905-1914), desde 1914 el Consejo de Estado ha funcionado con todo éxito en Colombia en la conducción de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con el artículo 106 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011), “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos,” concibiendo el artículo 107 al Consejo de Estado como “el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno.”

El Consejo de Estado, en materia contencioso Administrativo, cuenta con la “Sala Plena de lo Contencioso Administrativo” y cinco Secciones que ejercen separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la dicha Sala Plena (art. 110).⁴⁷

También integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Administrativos creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal, en cada distrito judicial administrativo (art. 122); y los juzgados administrativos, que también se deben establecer por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con las necesidades de la administración de justicia, para cumplir las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio (art. 124.)

En el Perú, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, (Decreto Supremo N° 013-2008-JUS) de 2008, se establecen como principio general de la organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que la competencia territorial para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo (art. 12); y en cuanto a la competencia funcional para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, corresponde al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo. En estos casos, “cuando el objeto de la demanda verse sobre una actuación del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, Tribunal Fiscal, Tribunal del INDECOPI, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, Consejo de Minería, Tribunal Registral, Tribunal de Servicio Civil y los denominados Tribunales de Organismos Reguladores,” se le atribuye competencia en primera instancia, a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (Art. 11). En todo caso en los lugares donde no exista Juez o Sala especializada en lo Contencioso

⁴⁷ Véase Augusto Hernández Becerra, “El sistema colombiano de justicia contencioso administrativa,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 450-452.

Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente (reforma por Ley N° 29364, de 2009).⁴⁸

En México, la Jurisdicción Contencioso Administrativa también está configurada a nivel federal por un conjunto de Tribunales establecidos en forma especializada dentro del Poder Judicial, con el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en la cúspide, integrado por la Sala Superior y las Salas regionales, que son “el corazón de la jurisdicción.”⁴⁹

Por otra parte, tratándose de un Estado Federal, la Constitución mexicana dispuso en su artículo 116.IV, que en las Constituciones y leyes de los Estados de la Federación podían instituir tribunales contencioso administrativos con plena autonomía para dirimir las controversias entre la Administración Pública Estadual y los particulares, habiéndose en efecto creado en muchos Estados, como por ejemplo en el Estado de Michoacán, un Tribunal de Justicia Administrativa.

Igualmente, por ejemplo, en el Estado de Guanajuato se estableció un Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En este último Estado, como conforme al artículo 116.V de la Constitución Federal, mediante leyes de los Estados se pueden establecer tribunales contencioso administrativos para conocer de las demandas contra los Municipios, en la Constitución del Estado dispuso en su artículo 117, que la justicia administrativa en los municipios del Estado se imparte por un Juzgado Administrativo regional como órgano jurisdiccional administrativo de control de legalidad.⁵⁰

⁴⁸ Véase Jorge Danós Ordoñez, “El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo como instrumentos de protección de las personas frente a la actuación administrativa en el régimen jurídico peruano,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo II, pp. 856 ss.

⁴⁹ Véase Luis José Béjar Rivera, “La justicia administrativa francesa y mexicana. un análisis comparativo,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Ibero-americano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 302, 312; Gustavo Arturo Esquivel Vázquez, “El derecho contencioso administrativo en México,” en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Marta García Pérez (Coordinadores), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, p. 332; Manuel Luciano Hallivis Pelayo, “Evolución y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 427.

⁵⁰ Véase Jorge Fernández Ruíz, “Actualidad y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 418; José Iván Sánchez Aldana Morales, “El contencioso administrativo en México en el ámbito local,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 589.

REFLEXIÓN FINAL

Después de haberse sancionado a muy importante Ley de Procedimientos Administrativos de 2017, con la cual la República Dominicana entró en las corrientes más modernas del derecho administrativo contemporáneo,⁵¹ y después de haberse consolidado en la Constitución de 2010 la Jurisdicción Constitucional con un completísimo sistema de justicia constitucional de carácter mixto de control difuso y concentrado, y de garantías de los derechos humanos, el tiempo ha llegado para que Ustedes acometan la reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y organicen definitivamente un sistema orgánico de tribunales para asegurar el control judicial de la Administración y de la actividad administrativa, compuesta por Tribunales Superiores Contencioso Administrativos (uno o varios con jurisdicción territorial) que pueden estar integrados por Salas, y tribunales contencioso administrativos de primera instancia diseminados en el territorio de la República, con la Corte Suprema de Justicia en la cúspide de la jurisdicción para oír de los recursos de casación contra las decisiones de los tribunales Superiores, para lo cual tienen una pauta específica en la Constitución, que lo que tienen es que ejecutarla.

Es la pieza que falta en el proceso de apuntalamiento del Estado de Derecho en el cual el país se ha comprometido.

Julio 2022

⁵¹ Véase Jorge Fernández Ruíz, “Actualidad y perspectivas del contencioso administrativo en México,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Ibero-américa, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, p. 418; José Iván Sánchez Aldana Morales, “El contencioso administrativo en México en el ámbito local,” en Jaime Rodríguez Arana, William Vázquez Irizarry, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo (Coordinadores), *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica, XIV FIDA, San Juan Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, San Juan 2015, Tomo I, pp. 589.

Segunda parte

**ESTUDIOS DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

X

LA ADMISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO, EN AUSENCIA DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL O LEGAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo publicado en la Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 29, San José, enero-junio 1999, pp. 95-102; y en la revista Iudicium et vita, Jurisprudencia en Derechos Humanos, N° 7, Edición Especial, Tomo I, San José, 2000, pp. 334-341.

La influencia del derecho internacional de los derechos humanos en los derechos internos de los Estados, es cada vez más importante, particularmente, en materia constitucional.

Un ejemplo de ello es la admisión, por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana en una sentencia del 24-2-99 (Caso Productos Avon, S.A.), de la acción de amparo con fundamento en lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada al derecho interno.

I

En efecto, la Constitución de la República Dominicana no regula expresamente la acción de amparo en tanto que medio judicial breve y sumario para la protección de los ciudadanos frente a violaciones a sus derechos y garantías constitucionales, que pueda ejercerse ante los jueces del país. En esta materia sólo se regula, en la Ley de Hábeas Corpus, un mecanismo procesal de protección respecto de la libertad y seguridad personal, es decir, de la libertad física y corporal de los ciudadanos.

Sin embargo, la Constitución de la República Dominicana en su artículo 3º, párrafo final establece, que:

La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional General y Americano en la medida en que sus poderes públicos las

hayan adoptado, y se pronuncia a favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas.

Por otra parte, mediante Resolución N° 739 de 25-12-77, el Congreso Nacional de la República Dominicana adoptó como Ley la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual fue publicada en la Gaceta Oficial N° 9460 de 11-2-78, entre cuyas normas está el artículo 25, ordinal 1° que estatuye:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

También se destaca el artículo 8° de la Convención, que dispone:

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 obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Conforme a estas normas, por tanto, puede decirse que si bien en la Constitución no se prevé la acción de amparo, esta podía considerarse que formalmente podía utilizarse en el derecho interno de la República Dominicana, en virtud de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que había sido aprobada por el Congreso Nacional.

La acción de amparo, allí prevista, sin embargo, no tenía un procedimiento legalmente prescrito que pudiera viabilizar su ejercicio, por lo que en la práctica no tenía aplicación.

Fue con motivo del ejercicio de una acción de amparo ante la Suprema Corte de Justicia, ejercida por una empresa contra unas sentencias que habían sido dictadas por un Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, que la Suprema Corte, en sentencia del 24-2-99, declaró a la acción de amparo, como una *institución de derecho positivo* dominicano y le estableció, conforme a sus atribuciones legales, el procedimiento judicial necesario para su ejercicio efectivo; todo ello con fundamento en la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II

La empresa accionante contra las sentencias del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, fundamentó la acción intentada contra las sentencias del Juzgado de Trabajo, en la lesión de sus derechos fundamentales al debido proceso, a una actuación apegada a la ley o principio de la legalidad y a ser juzgada por una jurisdicción competente, al argumentar las razones de la lesión solicitó a la Suprema Corte que resolviese:

Primero: Que la Suprema Corte de Justicia declare, en la sentencia a intervenir, que el amparo es una institución del Derecho Positivo Dominicano,

Segundo: Que la Suprema Corte de Justicia trace el procedimiento a seguir en materia de amparo de conformidad con las atribuciones otorgadas a la Suprema Corte de Justicia, por el artículo 29, inciso 2 de la Ley N° 821 de Organización Judicial, que textualmente prescribe: “Determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrientes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario”, reconocido sistemáticamente en jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia.

Además, solicitó el accionante que la Suprema Corte ordenase el sobreseimiento o suspensión de demandas intentadas contra la empresa recurrente, hasta tanto se decidiesen las apelaciones pendientes contra las sentencias objeto de la acción de amparo.

III

La Suprema Corte de Justicia, para decidir, sentó los siguientes criterios:

1. En *primer lugar*, que los textos invocados por la empresa recurrente, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

tienen por objeto la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la misma Convención, contra los actos violatorios de esos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de funciones oficiales o por particulares.

De esta consideración resulta, en primer lugar, el reconocimiento de la acción o recurso de amparo, como medio judicial sencillo y rápido de protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos no sólo en la Constitución, sino en la Convención Americana y en la ley; y en segundo lugar, el reconocimiento de ese medio de protección contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de funciones oficiales o por particulares.

El principio sentado por la Suprema Corte, por tanto, deja clara la procedencia de la acción de amparo no sólo contra actos emanados de las autoridades del Estado, sino contra particulares. Siguió así, la Suprema Corte dominicana, la concepción amplia del amparo en relación a su objeto, que deriva de la Convención Americana; apartándose de los criterios restrictivos que en algunos países ha conducido, indebidamente, a la exclusión de la acción de amparo contra particulares.

2. En *Segundo lugar*, la Suprema Corte, también adoptó el criterio amplio de admitir la acción de amparo contra sentencias y demás actos judiciales, que deriva del texto de la Convención Americana, contrariamente a la tendencia inadecuada que se ha observado en algunos países de América Latina, que excluyen la acción de amparo contra decisiones judiciales. En tal sentido se destaca el caso de Colombia, donde fue la Corte Constitucional la que declaró la nulidad del correspondiente artículo del Estatuto de la acción de tutela que reguló el amparo contra sentencias, acción que, sin embargo, ha venido siendo ejercida indirectamente contra las vías de hecho o arbitrariedades judiciales.

La Suprema Corte de Justicia Dominicana, al contrario en la sentencia comentada sobre esta materia, constató:

que contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales.

Para llegar a esta conclusión, la Suprema Corte señaló que

al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo esta abierto a favor de toda persona contra los actos que violen sus derechos fundamentales, “aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre esas a las funciones judiciales,

Es decir, conforme a la Convención Americana no se puede excluir como objeto de la acción de amparo y de la protección constitucional a los actos adoptados por los jueces. Son tan actos dictados por una autoridad en ejercicio de sus funciones, como los actos administrativos.

3. En *tercer lugar*, la Suprema Corte advirtió que la acción de amparo contra sentencias y demás actos judiciales por violación de derechos fundamentales no puede entenderse como la introducción de una nueva instancia para la revisión de procesos judiciales, llamando la atención sobre el posible abuso de la utilización de este medio de protección.

En tal sentido, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia señaló que si bien la acción de amparo procede contra sentencias:

no es posible, en cambio, que los jueces puedan acoger el amparo para revocar por la vía sumaria de esta acción lo ya resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, sin que se produzca la anarquía y una profunda perturbación en el proceso judicial.

Concluyó la sentencia, en todo caso, señalando que la vía de la acción de amparo

queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos a agentes de la Administración Pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional, del Poder Judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido.

IV

Ahora bien, admitida constitucionalmente la acción de amparo mediante la aplicación de la Convención Americana, el problema consistía en la necesidad de establecer un procedimiento para tramitarla y, además, regular la competencia judicial. Si bien ningún Juez podía negarse a conocer de la acción de amparo, la carencia de regulación legal de la competencia y del procedimiento a seguir, obligaban a la Suprema Corte a resolver pretorianamente el problema.

La Suprema Corte razonó el problema así:

Atendido, a que si bien el artículo 25.1 de la Convención prescribe que el recurso de amparo debe intentarse ante los jueces o tribunales competentes, y si también es cierto que la competencia, para este recurso, no está determinada por nuestro derecho procesal ni por ley especial alguna, como sí ocurre con la Ley de Hábeas Corpus, que atribuye competencia y reglamenta la forma de proceder para proteger la libertad física o corporal del ciudadano, no es menos cierto que como el recurso de amparo constituye el medio o procedimiento sencillo, rápido y efectivo creado para todos los derechos consagrados en la constitución y otras leyes excepto aquellos protegidos por el Hábeas Corpus, ningún juez podría, si a él se recurre por una alegada libertad constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de ley que reglamente la acción ejercida.

La solución para los requerimientos adjetivos del ejercicio de la acción de amparo, la sacó la Suprema Corte de las disposiciones de la Ley N° 821, de Organización Judicial, que la faculta para establecer los procedimientos a seguir en caso de que no exista procedimiento legalmente prescrito. Por ello, dijo la Suprema Corte:

que si es válido que para la protección de los derechos se debe tener un medio, un camino especial que los haga efectivos, la Suprema Corte de Justicia está facultada, empero, para determinarlo cuando por omisión del legislador no se ha establecido el procedimiento adecuado.

Con fundamento en ello, la Suprema Corte, en su sentencia, terminó señalando que:

Atendido, a que además, con el fin de no desnaturalizar la esencia de esta acción conviene se disponga la adopción de reglas mínimas para la instrucción y fallo de la misma y los recursos a que estará sujeta la sentencia que se dicte.

En cuanto a la competencia judicial, la ausencia de ley precisa no impidió a la Suprema Corte interpretar la Convención Americana y de ello concluir que si bien en principio, la competencia para conocer de la acción de amparo correspondería a todo juez, sin embargo, para evitar una competencia “antojadiza y confusa”, la propia Suprema Corte, conforme a la misma norma de la Ley 821 de Organización Judicial, asumió la competencia para establecerlo. El razonamiento de la Suprema Corte fue el siguiente:

que no obstante ser de principio que sólo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que ponga a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir, a tenor del citado artículo 25.1, que cualquier juez o tribunal del orden judicial, podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana, pero como ello traería consigo una competencia antojadiza y confusa, de las consideraciones que anteceden resulta evidente la necesidad de que la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con las atribuciones que le confiere el inciso 2 del artículo 29 de la Ley N° 821, de Organización Judicial, determine la competencia y el procedimiento que deberá observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo.

Para determinar, entonces, la competencia judicial, la Suprema Corte partió de la interpretación jurisprudencial de la misma Suprema Corte, concluyendo que la competencia en la materia debía recaer en los jueces de la Primera Instancia, como sucede en la mayoría de los países de América Latina.

La Suprema Corte, en efecto, señaló lo siguiente:

Atendido a que ha sido interpretado por esta Suprema Corte de Justicia, que los jueces de primera instancia, como jueces de derecho común, tienen plenitud de jurisdicción en todo el distrito judicial en el cual ejercen sus funciones y, por tanto, deben ser considerados como los jueces competentes a los cuales se refiere la ley, cuando lo hace en términos generales, en la extensión de su jurisdicción; que como el artículo 25.1 de la Convención se refiere precisamente en términos generales, a que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante “jueces o tribunales competentes”, obviamente está atribuyendo, en nuestro caso, competencia para conocer en primer grado de la acción de amparo, a nuestros jueces de primera instancia.

V

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Suprema Corte concluyó con una Resolución terminante sobre la materia, resolviendo los siguientes aspectos:

1° En cuanto a la acción de amparo como institución de derecho interno, dispuso:.

Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución N° 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3° de la Constitución.

2° En cuanto a la competencia judicial para conocer de la acción de amparo, la Suprema Corte determinó:

que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión.

3° En cuanto al procedimiento a seguir, la Corte señaló que el

que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la ley 834 de 1978.

Sin embargo, en la sentencia, la Suprema Corte precisó las siguientes normas adjetivas específicas relativas a la acción de amparo:

a. Sobre el recurrente

El impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los 15 días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate.

b. Sobre la audiencia constitucional

La audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente.

c. Sobre la Admisibilidad

Cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en autos y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso.

d. Sobre la sentencia

El juez deberá dictar sentencia dentro de los 5 días que sigan al momento en que el asunto quede en estado.

e. Sobre la Apelación

El recurso de apelación, que conocerá la Corte de Apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los 3 días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido del plazo de que se dispone para dictar sentencia.

f. Sobre las Costas

Los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas.

VI

La decisión antes comentada de la Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana, sin duda, debe celebrarse pues no sólo pone en evidencia el valor del principio de la progresividad en la protección de los derechos humanos, sino al poder creativo de los máximos órganos judiciales, particularmente cuando se trata de proteger los derechos y garantías constitucionales.

Estos constituyen un valor esencial de las sociedades democráticas del mundo contemporáneo, que obligan a una interpretación y aplicación progresiva del ordenamiento jurídico, como se evidencia de esta sentencia que hemos comentado.

XI

LA OPCIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y AUTORITARISMO EL PERFECCIONAMIENTO DE LA DEMOCRACIA PARA HACERLA MÁS REPRESENTATIVA Y MÁS PARTICIPATIVA

Conferencia dictada en la XV Conferencia de la Asociación de Organismos Electorales de Centro América y El Caribe, La Romana, República Dominicana, 27/07/01.

El más importante y esencial de los debates políticos que seguimos teniendo los latinoamericanos en estos comienzos del siglo XXI, no es otro que el de la democracia, es decir, confrontar criterios sobre qué es lo que debemos hacer para perfeccionar y profundizar la democracia y asegurar su efectiva gobernabilidad; pues, sin duda, hay muchos que plantean que hay que sustituirla por un régimen político autoritario, militarista e impositivo, fundamentado en la centralización y la concentración del Poder.

En definitiva, es el debate de siempre, que origina la opción entre democracia y autoritarismo, el cual no puede tener otro resultado que no sea el de diseñar un sistema político que asegure que nuestras democracias, en las próximas décadas, sean más participativas y más representativas.

Y no basta, para que una democracia sea tal, que sólo se cumplan los requisitos que enumera el artículo 3 del Proyecto de Resolución sobre la Carta Democrática Interamericana, adoptado por la Asamblea Nacional de la OEA celebrada en San José de Costa Rica el 5 de junio de 2001, y que dice:

Artículo 3: Son elementos esenciales de la democracia representativa la celebración de elecciones libres y justas como expresión de la soberanía popular, el acceso al poder por medios constitucionales; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

Recientemente, un Embajador de Venezuela, glosando -sin decirlo ni citarlo- esa norma del Proyecto de Carta Democrática Interamericana, en un artículo periodístico publicado dos semanas después de la celebración de la Asamblea General de la OEA, se preguntaba en el título de su trabajo sobre ¿Autoritarismo en Venezuela?, señalando que:

Son fundamentos de la democracia la celebración de elecciones libres y justas; el acceso al poder por medios constitucionales; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y el respeto a los derechos humanos¹.

Con base en ello, dicho Embajador, refiriéndose a la situación de Venezuela, afirmó -lo que evidencia la insuficiencia del texto del Proyecto de Carta Democrática Interamericana-, que supuestamente en mi país (Venezuela) “experimentamos un verdadero proceso democrático que es, en esencia, antiautoritario”.

Aparte de que esto no se lo cree casi nadie, la verdad es que en su análisis al Embajador se le olvidó mencionar o tener en cuenta para identificar un verdadero régimen democrático, como también quedó olvidado en el Proyecto de Carta Democrática Interamericana, lo que consideramos que es lo más importante para que, incluso, los otros factores por él mencionados puedan ser efectivos. Ese factor no es otro que el orden institucional que debe existir, en toda democracia, para controlar y limitar el poder.

Y es que, en efecto, sin control institucional no hay democracia: sólo controlando al Poder es que podría haber elecciones libres y justas; sólo controlando al Poder es que podría haber efectivo respeto a la Constitución; sólo controlando al Poder es que podría haber pluralismo; y sólo controlando al Poder es que podría haber garantía de respeto a los derechos humanos.

Es falso, por tanto, que para que haya democracia basta que existan sólo los factores mencionados por el referido Embajador, pues como hemos dicho, la democracia es, ante todo, un sistema institucional para controlar el ejercicio del poder político; lo que implica, ineludiblemente, su distribución o separación. Por tanto, demasiada concentración del Poder, si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, conduce al autoritarismo y, en definitiva, a la tiranía. No olvidemos que la historia de la humanidad durante el siglo pasado, nos muestra, precisamente, a tiranos que usaron el voto de la mayoría para acceder al poder y desde allí aplicaron el autoritarismo para acabar con la democracia y todos sus elementos, comenzando por los derechos humanos.

I. PROBLEMAS DE LAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS

Me imagino que muchos de Uds. pensarán, como yo, que parece mentira que hoy, cincuenta años después del derrumbe de los sistemas fascistas, basados en concepciones holísticas o totalitarias del poder, nuestras reflexiones tengan que estar marcadas por el mismo dilema y el mismo debate entre democracia y autoritarismo. Pero no hay mas remedio, tenemos que hacerlas, pues en nuestra América Latina se están oyendo demasiados cantos de sirena autoritarios, que cada vez con más fuerza están emanando

¹ Jorge Valero, Embajador ante la OEA, El Nacional, Caracas 16-7-01, p. A-5.

de ciertos neo críticos de la democracia, que pretenden basarse en un supuesto apoyo popular para, precisamente, acabar con la democracia.

Enfrentar este dilema, que es el de siempre, sin embargo, exige ante todo, que estemos conscientes de la crisis de gobernabilidad que presentan buena parte de las democracias en nuestros países, y que están afectando sus cimientos. ¿Qué pasa con nuestras democracias que son menos democratizadas que las de otros países mas desarrollados del mundo universal, a pesar de tener factores aparentemente comunes?.

Una característica general de muchas de nuestras democracias, es que en ellas, los partidos políticos organizados conforme al principio del centralismo democrático, con demasiada frecuencia han asumido y ejercido el monopolio de la participación y de la representatividad políticas, cerrando el espacio para la emergencia de distintos y nuevos liderazgos fuera de los propios partidos. En esa forma, en muchos casos, sólo se ha podido participar a través de los partidos, y éstos solos, han sido los que han obtenido representación en los cuerpos representativos, donde muchas veces se sigue eligiendo a ciegas a los candidatos de los partidos, que han terminado sustituyendo al pueblo. Los sistemas electorales, con gran frecuencia se han diseñado para ello, y no para hacer realidad una auténtica democracia representativa.

Este es un problema que tenemos que superar desesperadamente, para que no se siga tratando de desprestigiar a la misma democracia representativa.

Pero a la democracia de partidos o partidocracia, se ha agregado el centralismo político del Estado y del gobierno, que en muchos casos ha concentrado todo o casi todo el poder en el nivel nacional, vaciando políticamente de poder a las provincias y localidades. Adicionalmente, en muchos casos, el poder se ha concentrado en el órgano ejecutivo del Estado, reforzándose al presidencialismo o a los propios partidos que controlan los demás órganos estatales; y lo cierto es que la mezcla de centralización del Poder del Estado y de los partidos políticos, es lo más antidemocrático que puede existir en los sistemas políticos. Así como no hay ni ha habido jamás autocracias descentralizadas, tampoco una democracia puede funcionar, en el largo plazo, en un sistema de Poder centralizado.

En el corto plazo, sin embargo, sobre todo durante los procesos de transición democrática que hemos tenido en nuestros países, puede decirse que el sistema ha funcionado pues los proyectos políticos que los motivaron se han logrado y los países se democratizaron progresivamente. Pero después, en gran parte, la incomprensión del liderazgo partidista respecto de la propia realización del proyecto democratizador, -que ha comenzado en muchos países a exigir la apertura de la misma democracia, para permitir nuevas formas de participación y de representatividad políticas-, en muchos casos ha conducido al deterioro del sistema y a su crisis.

Todo esto lo hemos presenciado en muchos países durante los últimos lustros, con el consiguiente desprestigio y desmoronamiento de los partidos que todo lo han controlado y monopolizado; y, adicionalmente, el desprestigio de la propia democracia, lo que ha sido aprovechado por los autoritarismos emergentes que, precisamente, pretenden asentarse sobre la crítica al funcionamiento de la democracia. De todo ello ha surgido un vacío de liderazgo, muchas veces copado por pseudo demócratas autoritarios que han

aparecido, y lo mas grave aún, con apoyo popular y militar, como pasó en el Perú en la última década y como está pasando en Venezuela. Todo ello, ciertamente, es para que todos los demócratas nos preocupemos, y mucho.

Lo importante, en todo caso, es no confundir a la democracia como régimen político, con el sistema de centralismo de Estado y de partidos y de concentración del Poder Público, que ha estado conspirando contra la propia democracia. Es ese sistema el que puede estar en crisis, pero no la democracia misma; es el sistema político el que tenemos que buscar cambiar para, precisamente, perfeccionar y profundizar la democracia, pero no para acabar con ella. Y en democracia ello sólo se puede lograr estableciendo un sistema de control institucional del Poder, una de cuyas piezas esenciales es la descentralización y la participación política.

Precisamente por ello, este es el dilema que tenemos por delante. No hay otra alternativa, ni términos medios. No hay regímenes políticos medio democráticos o medio autoritarios; o lo son o no lo son.

Es decir, en este campo, insisto, no hay otra opción: o democracia o autoritarismo. La primera exige controlar el Poder y, en particular, distribuirlo territorialmente para que haya más participación; la segunda, necesariamente conduce a la concentración y centralización del poder, lo que es incompatible con la democracia. Y lamentablemente, a esto último es que ha apuntado el discurso que pretende establecer una supuesta legitimidad para gobernar derivada de la sola relación entre un líder y el pueblo e, incluso, el ejército, basada en la simple popularidad.

Por otra parte, tenemos que estar conscientes de que la crisis de la democracia que nos esta afectando en muchos países latinoamericanos, muchas veces ha tenido su origen en la incomprensión del liderazgo partidista, que todo lo ha controlado, en introducir a tiempo las reformas necesarias para permitir la evolución de la misma, sin traumas, rupturas o quiebras del régimen constitucional. No hay que llegar a la incomprensión que tuvieron los partidos políticos en Venezuela en reformar a tiempo el sistema político, lo que condujo, en definitiva, a la producción de un golpe de Estado por una Asamblea Nacional Constituyente, que si bien fue electa, no tenía poder legítimo alguno para violar la Constitución, como lo hizo.

Por eso, las reformas que muchas veces hay que hacer, deben realizarse precisamente a tiempo, no después, cuando sea demasiado tarde, y para ello, en todo caso, hay que comenzar por identificar el precio que hay que pagar por asegurar la continuidad del régimen constitucional democrático, y que no es otro, invariablemente, que la pérdida de áreas de poder que en general los partidos han controlado férreamente.

II. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA PARA HACER LA DEMOCRACIA MÁS REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA

Por ello, el perfeccionamiento y profundización de la democracia tiene que apuntar al diseño de un sistema político que necesariamente tiene que estar montado sobre la *descentralización del poder del Estado*, para acercarlo al ciudadano, con nuevas formas de representatividad y de participación políticas.

En América Latina no podemos seguir con un sistema centralizado de Estado de Partidos, sólo cambiando unos partidos por otros. No se trata de sustituir partidos políticos tradicionales por nuevos partidos que sigan las mismas tácticas exclusivistas y exclusionistas. Ello es lo que atenta contra la democracia que, al contrario, para sobrevivir, requiere precisamente deslastrarse del férreo control tanto de los viejos como de los nuevos partidos.

Más democracia implica, invariablemente, abandonar la autocracia partidista, que tantos de nuestros países tienen; agravada en muchos casos por la aparición de supuestos nuevos partidos más débiles que los tradicionales, y que a veces ni siquiera tienen ideología y conducción propias, sino que aparecen sujetos a un jefe, obedeciendo ciegamente lo que diga o imponga.

En todo caso, para captar la esencia del régimen democrático no olvidemos que ninguna sociedad democrática occidental consolidada después de la II Guerra Mundial, ha sobrevivido como democracia sin haber descentralizado el Poder como mecanismo institucional para su efectivo control. Por ello, sin duda, puede decirse que la descentralización política es un fenómeno de las democracias, consecuencia de la democratización y condición para su sobrevivencia.

En consecuencia, en nuestro criterio, el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia, tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfeccionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el Poder al ciudadano, y ello sólo puede lograrse descentralizando territorialmente el Poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el Poder en el territorio nacional.

Por supuesto, para asumir esta indispensable tarea democrática, que pueda permitir sustituir el sistema político centralizante de partidos por un sistema político descentralizado y participativo, debe recurrirse a los esquemas de autonomías territoriales más adecuados, conforme a la tradición constitucional de cada uno de nuestros países, descentralizando los viejos Estados Unitarios e, incluso, Federales y, en todo caso, municipalizando los territorios.

De todo ello lo que deriva es que cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del Poder, que son esencialmente antidemocráticos.

La propuesta política que formulamos, por tanto, busca el diseño, en nuestros países, de un nuevo sistema político que la democracia exige, y que sólo puede tener por objeto hacerla más participativa, con gran presencia de la sociedad civil, y más representativa de las comunidades. Ello implica desparramar el poder en todo el territorio, hasta la última de las comunidades, para que el ciudadano y sus sociedades intermedias puedan realmente participar.

Por supuesto, esto no es nada nuevo en la historia del constitucionalismo. La democracia comenzó, efectivamente, con motivo de las Revoluciones Norteamericana (1776) y Francesa (1789), cuando la soberanía, como supremo poder de decisión en una sociedad determinada, dejó de ser el poder absoluto de un Monarca, sin límites, de

la cual era titular por la gracia de Dios, y comenzó a ser el poder del pueblo, ejercido mediante representantes. Por ello, durante más de 200 años, el constitucionalismo moderno ha estado signado por el principio de la democracia representativa, es decir, que residiendo la soberanía en el pueblo, éste la ejerce mediante representantes electos; y es que si el pueblo es el titular de la soberanía, en democracia, éste sólo puede ejercerla directamente o a través de representantes; de allí la distinción que usualmente se hace entre democracia directa y democracia representativa.

La primera, la democracia directa, es aquella en la cual el pueblo supuestamente ejercería directamente su poder en asambleas, sin intermediación de representantes, lo cual es absolutamente imposible en sociedades complejas como las contemporáneas. Incluso, en los propios ejemplos históricos que nos han llegado respecto de su existencia en las ciudades griegas, por ejemplo, lo que hacen es confirmar su imposibilidad, pues incluso en dichas Ciudades-Estado el gobierno se ejercía mediante Magistrados designados *por sorteo* en las asambleas del pueblo.

Además, no puede confundirse la democracia directa con la democracia participativa, y menos aún, con la supuesta democracia de los Comités de Defensa de la Revolución que, como centros de control político vecinal se establecieron en cada barrio o localidad de Cuba, con la tarea, incluso, de influir en los Comités de postulaciones de candidatos electorales. Eso no es participación, es imposición hegemónica y totalitaria. Y no pensemos que se trata de fantasmas del pasado: el Presidente de Venezuela viene de anunciar muy recientemente uno de sus tantos proyectos: la constitución de unos fantasmagóricos Círculos Bolivarianos con los cuales algunos pretenden en cada esquina, barrio o pueblo controlar políticamente a la sociedad.

En todo caso, lo cierto es que la democracia directa ni ha existido ni puede existir en el mundo contemporáneo, y es un engaño pretender formularla como solución alternativa frente a la democracia representativa, la cual, lejos de desaparecer, lo que debemos es corregirla. Este es uno de los tantos cantos de sirena autoritarios que en nombre de una supuesta democracia directa, que se confunde con la participativa concebida como relación líder-pueblo y reducida a consultas o mesas de diálogo, pretende sustituir a la democracia representativa.

No tengo dudas en afirmar que la democracia representativa, en la cual el pueblo ejerce el gobierno indirectamente a través de representantes que elige con toda libertad e igualdad, es la única forma posible de operatividad de la democracia, como gobierno del pueblo. Sus defectos, vicios, problemas o deformaciones, lo que tienen es que provocar su perfeccionamiento y transformación para hacerla más representativa del pueblo, sus comunidades y vecindades, y para permitir que éste pueda participar más y efectivamente en los asuntos públicos. Pretender sustituirla por una supuesta democracia directa, con el nombre de “democracia participativa” simplemente es una ilusión. Lo que tenemos es que hacerla más representativa, y no sólo representativa de los partidos políticos como la hemos conocido en muchos de nuestros países en las últimas décadas; en la cual los partidos políticos han confiscado la representación y participación populares. Es ese sistema el que en muchos de nuestros países está en crisis; pero no la democracia en sí misma, la cual tenemos que perfeccionar.

Una democracia más representativa implica organizar el Poder de manera que estando más cerca de los ciudadanos, éstos directamente o a través de sociedades intermedias, puedan encontrar representación en los cuerpos representativos. Para ello tendrían que diseñarse, por ejemplo, nuevos sistemas electorales, más uninominales y personalizados, pues el sistema de representación proporcional de las minorías que durante tantas décadas hemos aplicado en muchos países, sólo ha conducido a la exclusiva representatividad de los partidos políticos.

Por otra parte, igualmente, más participación democrática sólo es posible acercando el poder al ciudadano, es decir, distribuyendo el Poder Público en el territorio, de manera que en cada comunidad y en cada localidad territorial, exista una forma de gobierno local en la cual se pueda participar políticamente.

III. EL FEDERALISMO, EL REGIONALISMO POLÍTICO Y LA MUNICIPALIZACIÓN

Esta distribución territorial del Poder en el mundo contemporáneo democrático, se ha desarrollado, invariablemente, en dos niveles territoriales: un nivel intermedio, de Estados en las Federaciones, o de Regiones o Departamentos autónomos en los viejos Estados Unitarios; y un nivel territorial inferior, local, de municipalidades autónomas en todo el territorio de los Estados. Por ello, independientemente de la forma del Estado que se haya adoptado históricamente, puede decirse que en el mundo occidental democrático, el Estado contemporáneo es un Estado descentralizado o en vías de descentralización; es decir, un Estado en el cual las fuerzas centrífugas en la distribución territorial del Poder Público, están más activas que las fuerzas centripetas.

La descentralización política, por tanto, implica, por una parte, la municipalización, pero además, la creación de niveles intermedios de gobierno que permitan realmente acercar el Municipio al ciudadano.

Para que el Municipio sea la escuela de la libertad y de la democracia, como lo descubrió Alexis de Tocqueville cuando ilustró a Europa sobre *La Democracia en América*, por sobre todo tiene que estar cerca del ciudadano. Un Municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el Municipio en nuestros países latinoamericanos, materialmente no sirve para nada, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales.

Acaso nos hemos preguntado, ¿por qué, realmente, las democracias consolidadas de Occidente son tales democracias? ¿Cómo es que en ellas la participación del ciudadano en la gestión de los intereses locales forma parte de la cotidianidad de la vida democrática?

Es cierto que todas las democracias tienen ciclos electorales, donde se vota con regularidad y tienen sistemas institucionales que son propios del Estado de Derecho. Pero unos países son efectivamente más democráticos que otros. Y la respuesta del por qué esto es así, está precisamente en la municipalización o, si se quiere, en la efectiva fragmentación de las instituciones locales.

Para darnos cuenta de ello, basta hacer algunas comparaciones. Venezuela, con casi un millón de kilómetros cuadrados de superficie y más de 24 millones de habitantes,

tiene sólo 338 Municipios. Francia, en cambio, con la mitad de dicha superficie y 59 millones de habitantes, tiene 36.559 Municipios o Comunas; es decir, cien veces más. Pero lo importante, ciertamente, no es el número de municipios que tenga un país, sino la relación que tiene que existir entre la autoridad local y el número de habitantes. En tanto que en Venezuela es de 71.715 habitantes por Municipio, en Francia, en cambio es de 1.613 habitantes por Municipio, es decir, cuarenta veces menos.

Cualquier revisión de esta relación que se haga en los países democráticos, da cifras sorprendentes, sobre todo cuando las comparamos con las nuestras en América Latina. España tiene 8.082 Municipios con un promedio de población de 4.825 habitantes; en Austria hay 2.353 Municipios, con un promedio de población de 3.400 habitantes. Los 8.104 Municipios de Italia tienen un promedio de 7.157 habitantes. En Suiza hay 3.000 Municipios con un promedio de población de 2.333 habitantes; y en Alemania hay 16.121 Municipios, con un promedio de población de 5.086 habitantes.

En Europa continental, además, debe destacarse que los Municipios de menos de 2000 habitantes representan un porcentaje elevadísimo en relación con los muy poblados, por ejemplo, el 40% en Italia y el 89% en Francia.

En nuestro Continente Americano, se destaca, además, el caso de los Estados Unidos y Canadá que tienen territorios casi iguales de casi 10 millones de kilómetros cuadrados, pero una población muy disímil: 30 millones en Canadá y más de 250 millones en los Estados Unidos. Pero en Canadá hay 4.507 Municipios, con un promedio de 6.878 habitantes por Municipio; y en los EE.UU., hay 70.500 Municipios, con un promedio de 3.872 habitantes por Municipio.

En definitiva, en el mundo de los países con democracias más desarrolladas, el promedio de habitantes por Municipio varía entre 1.600 y 7.000 habitantes. En contraste, en nuestros países de América Latina el panorama es diferente: en Brasil, por ejemplo, hay 5.581 Municipios pero con un promedio de 30.100 habitantes; en Colombia hay 1.068 Municipios, con un promedio de 39.325 habitantes. En México hay 2.418 Municipios, con un promedio de 40.000 habitantes; en Argentina hay 1.617 Municipios con 22.800 habitantes de promedio, y como dijimos, en Venezuela hay sólo 337 Municipios con 71.715 habitantes por Municipio. Pero en República Dominicana hay 120 Municipios con 75.000 habitantes de promedio; y en Uruguay hay 19 Municipios con un promedio de 157.000 habitantes.

De lo anterior deriva que la clave de la democracia de participación está, precisamente, en acercar el Poder al ciudadano, para que pueda efectivamente participar. Por ello, en nuestros países, mientras la autoridad local esté tan alejada del ciudadano, no llegaremos a ser efectiva y cotidianamente democráticos.

La gran reforma democrática en nuestros países, por tanto, está en la Municipalización, pero sin uniformismo, pues no podemos multiplicar al gran Municipio burocratizado de las áreas urbanas y trasladarlo a las rurales. La diferenciación de regímenes municipales es una de las primeras necesidades de la vida local.

En todo caso, mientras más se municipalice un país, y se transfieran poder y competencias propias de la vida local a las pequeñas organizaciones primarias autogestionadas,

más necesaria entonces será la estructuración de poderes descentralizados a niveles intermedios entre el Poder Central y el Municipio. Por ello, hay una relación directa y paralela entre la descentralización local y la descentralización nacional a niveles intermedios.

Al señalar esto, por supuesto, tampoco estamos descubriendo nada nuevo. Todos los Estados contemporáneos han experimentado la misma crisis derivada de la consolidación de la democracia. Por ello, en Europa, por ejemplo, como consecuencia de la reimplantación y desarrollo de la democracia, para asegurar su sobrevivencia y establecer canales de participación política, durante los últimos cincuenta años ha seguido un proceso de descentralización política. Así sucedió con los viejos Estados Unitarios que sobre la base de estructurar regiones políticas, se han venido organizando territorialmente en forma descentralizada, dando incluso origen, en algunos casos, a una nueva forma de Estado, la del “Estado Regional”, más descentralizado, a veces, que las viejas Federaciones. Así sucedió en España, al surgir como país democrático después del franquismo, con el Estado de Comunidades Autónomas; y con las Regiones Políticas que por ejemplo, se han establecido en Italia, Francia, Bélgica y Portugal. La reforma constitucional en Inglaterra también ha conducido a la creación o reaparición de parlamentos regionales, como en Escocia y Gales, mediante la *devolution* o descentralización política, que ha formado parte importante de la política actual del laborismo.

En cuanto a las viejas Federaciones, estas han sido recompuestas o reforzadas redistribuyéndose el Poder hacia los Estados miembros o cantones, como ha sucedido en Alemania o Suiza. Lo mismo puede decirse del federalismo norteamericano o canadiense y, en general, de las nuevas fórmulas de distribución del Poder Público en las federaciones. De ello resulta, por supuesto, que el proceso de descentralización política no puede identificarse con el solo federalismo. En la actualidad, como indicamos, hay “Estados Unitarios descentralizados” como España y Colombia que, incluso, son relativamente más descentralizados políticamente, que muchas viejas Federaciones, como la de Venezuela.

En todo caso, lo importante a destacar aquí es que este proceso de descentralización que también se está llevando a cabo, en una u otra forma, en todos los países de América Latina, también está condicionado y es producto del proceso de democratización que han experimentado nuestros países, como consecuencia del afianzamiento del régimen democrático y, además, como condición necesaria para que perdure y sobreviva.

IV. LA REAFIRMACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LOS VALORES DE LA DEMOCRACIA

El debate sobre la descentralización en América Latina por ello, en definitiva, es un debate sobre la democracia y sobre el fin de más de un siglo de centralismo, que si bien contribuyó a la consolidación de los Estados Nacionales y a la implantación de la propia democracia por los partidos organizados bajo el esquema del centralismo democrático, hoy es el principal elemento que está conspirando contra la propia democracia y, que, además, impide la efectividad de las tareas del sector público.

En definitiva, no se trata de sustituir la democracia representativa por una supuesta e ilusoria democracia directa, que es de imposible existencia, sino de sustituir el sistema político de centralizando partidos por un sistema descentralizado y participativo, haciendo la democracia más participativa y más representativa, lo que sólo puede lograrse distribuyendo efectivamente el Poder en el territorio, de manera que esté cerca de los ciudadanos, de sus comunidades y organizaciones.

Pero en todo caso, ese Poder en el cual debe participarse, sólo puede ejercerse mediante representación, por funcionarios electos.

Pensar sustituir la democracia representativa, que necesariamente hay que perfeccionar, por esquemas ilusos y autoritarios de asambleas de barrios con votación pública, a mano alzada, controladas por supuestos defensores de una causa política determinada, a la cual se denominaría “democracia directa”, no es más que un salto al vacío que conduce inexorablemente al ahogamiento de la propia democracia y del pluralismo, y a la prohibición del disenso. Una supuesta democracia lineal, uniforme, prescrita por algunos iluminados, es un fraude contra la cual debemos reaccionar todos, pues nos impediría disentir y cuestionar; es decir, nos impediría ejercer las más elementales virtudes de la democracia.

Por todo lo dicho, una de las manifestaciones más perversas de la crisis del sistema político de centralismo de Estado y partidocracia que se han evidenciado en algunos de nuestros países durante las últimas décadas, ha sido la emergencia del discurso antidemocrático que critica a la democracia misma, identificándola sólo con los mecanismos procesales de voto para la conformación del Poder. En esta forma, se pretende reducir la democracia a una democracia formal, como si la elección por partidos realizada cíclicamente la hubiera agotado.

Ante ello, es necesario revalorizar a la democracia como gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, destacándose los valores que conforman este régimen político y que son mucho más que la elección regular de representantes. Cuando estos valores se identifican, queda entonces clara la necesaria condena al discurso antidemocrático. No es superfluo, por tanto, recordarlos en este foro.

El primero de los valores de la democracia es la *igualdad*, lo que políticamente se concreta en la igualdad de voto en los procesos electorales. Todos los votos valen lo mismo y nadie tiene voto preferencial en relación a los otros ciudadanos. Políticamente, por tanto, no hay distinción alguna en el valor de la manifestación de voluntad de cada ciudadano, y nadie puede arrogarse la representación de todo el pueblo, por más popularidad que esgrima.

El segundo de los valores que sólo la democracia representa, es la *libertad*, lo que implica políticamente no sólo el derecho de hacer todo lo que la ley no prohíbe, sino el derecho a escoger pluralmente las alternativas de gobierno; en definitiva, la libertad de autodeterminación, sin uniformismos ni imposiciones. Por ello, el pluralismo político es de la esencia de la democracia, lo que implica el rechazo de todo esquema único con el cual se pretenda organizar el Poder e imponerle a los ciudadanos una particular concepción de la organización social.

La libertad, por otra parte, implica *tolerancia*. Si todos los hombres son libres, el límite a la libertad es el derecho de los demás y el orden público y social, lo que implica el respeto de las opiniones y posiciones de todos. En la democracia, por tanto, deben regir el diálogo, la concertación, los acuerdos, todo basado en tolerar la disidencia, rechazando toda sociedad en la que sólo algunos pretenden tener la verdad oficial.

El tercer valor de la democracia es la *dignidad de la persona humana*, que no puede ser desconocida ni despreciada ni siquiera por las mayorías, por más abrumadoras que sean; ni por quienes se dicen sus representantes. Todo ser humano es igual y tiene derecho a que se respete su dignidad y personalidad, sin más limitaciones que las que deriven del derecho de los demás. En libertad, la persona humana es ciudadano, no es súbdito ni vasallo ni está sujeto a obediencia ciega; sólo está sometido a la Constitución y la ley.

Por ello, el cuarto valor de la democracia es el *sometimiento al derecho*, es decir, la democracia es un régimen de gobierno de la ley, no de los hombres. Estos sólo pueden gobernar conforme a la ley, siendo la legalidad el límite de los gobiernos y la garantía de la igualdad. Sólo la ley y su acatamiento por todos, gobernantes y gobernados, asegura que el hombre digno y ciudadano sea igual. La revalorización de la legalidad, además, hace realidad la noción de Estado de Derecho, es decir, del Poder sometido al derecho, sea quien sea quien lo ejerza. Ninguna mayoría ni popularidad que tenga un gobernante o un órgano de representantes, puede justificar la violación de la Constitución.

Pero el quinto valor de la democracia es el de la necesaria *limitación y control del Poder*, sobre lo que ya he insistido. Ningún Poder puede ser ilimitado; lo tiene que limitar la ley y la organización misma del Poder mediante su distribución y separación. Ello implica que en democracia no puede haber concentración del poder político ni en unas solas manos ni en un grupo de personas. El Poder, en la democracia, esencialmente tiene que estar distribuido y separado de manera que el Poder sea quien frene al Poder. La concentración del Poder y el centralismo, en consecuencia, son esencialmente contrarios a la democracia. Ello, por supuesto, tampoco es nada nuevo en el constitucionalismo. Hace más de dos siglos Carlos Secondat, Barón de Montesquieu, decía:

Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por disposición de las cosas, el poder limite al poder².

Y agregaba:

Los Príncipes que han querido volverse déspotas siempre han comenzado por reunir en su persona todas las Magistraturas³.

De allí la afirmación tajante de John Madison, al construir el sistema constitucional americano:

La acumulación de todos los poderes... en las mismas manos... puede considerarse justamente, como la definición de la tiranía⁴.

² De l'Esprit des lois, (ed. G. Tunc), París 1949, Vol. I, Libro XI, Cap. IV, págs. 162-163

³ Idem, p. 169.

⁴ The Federalist, (ed. B.F. Wright), Cambridge 1961, N° 47, p. 361.

Por todo ello, la democracia tiene que conducir a un esquema de Estado que garantice la libertad, la dignidad, la igualdad, la legalidad, lo que implica el rechazo tanto al centralismo y concentración del Poder como a la penetración del Estado en los campos de la sociedad civil. El intervencionismo de Estado, por tanto, al ser concentrador del poder económico en pocas manos, en definitiva, también es esencialmente antidemocrático.

Teniendo en cuenta estos valores de la democracia, por supuesto, ella, como régimen político, es mucho más que una formalidad de elecciones cíclicas.

Por ello hay que preservarla y revalorizarla, repudiando el discurso autoritario que pretende sustituirla por un régimen político donde no existan los valores mencionados. La crítica, que compartimos, a la exclusiva representatividad de partidos que hemos tenido en muchos de nuestros países y al procedimiento formal de elección regular, no puede transformarse en un rechazo a la democracia en si misma y a sus valores, sino en un esfuerzo por profundizarla.

Por ello, para enfrentar el discurso antidemocrático, hay que machacar una y otra vez los valores de la democracia que sólo en democracia se pueden realizar.

No olvidemos que los esfuerzos por cambiar el sistema electoral y hacerlo más representativo de las comunidades y de la ciudadanía, y no sólo de los partidos, que se han realizado en muchos de nuestros países, no siempre han logrado su objetivo. Por ejemplo, la forma del voto en las elecciones, por más intentos parciales de implantar la uninominalidad que se han hecho, en muchos casos ha sido diseñada para que, en definitiva, prevalezca el voto por partidos y no por individuos. Un gran esfuerzo hay que hacer para sustituir el voto por partidos por un voto uninominal, por personas, elegidas por nombre y apellido y que representen a las comunidades y a los ciudadanos, lo que no excluye, por supuesto, que sean postulados o apoyados por partidos políticos que, en definitiva, son de la esencia de toda democracia.

Por otra parte, debemos insistir en que cuando se habla de democracia directa como contrapuesta a la democracia representativa, debe tenerse claro que un Estado no puede funcionar con base en decisiones adoptadas en Asambleas públicas y populares, como consecuencia de iniciativas populares, o mediante referendos consultivos, aprobatorios, autorizatorios o revocatorios.

Con todos esos instrumentos de participación o de democracia directa, sin duda, se puede perfeccionar el régimen democrático, pues se permite al pueblo reaccionar directamente contra o en relación con las decisiones políticas que adopten los representantes, incluso con resultados contrarios a las mismas, dado que estos con frecuencia tienen intereses, incluso partidistas, distintos a los de los ciudadanos. Los referendos son así, mecanismos de control directo de los ciudadanos en relación con sus representantes políticos; pero en definitiva constituyen un complemento de los gobiernos representativos que caracterizan las democracias modernas, y no su sustitución.

Pero de nuevo debe constatarse que, por ejemplo, para que los referendos puedan efectivamente servir de instrumentos para perfeccionar la democracia, el Poder Público tiene que estar efectivamente descentralizado, es decir, exigen un sistema de distribución

territorial o vertical del Poder Público, con autonomías político-territoriales y competencias propias sobre las cuales se pueda consultar a la ciudadanía.

Por eso decía al inicio, que además de todos los factores clásicos de la democracia, el que asegura su operatividad es el que postula un sistema institucional de control del poder, por su distribución, no sólo horizontal a través del clásico principio de la separación de poderes, sino vertical, en el territorio hasta llegar al Municipio.

Recordemos de nuevo, para terminar, lo que decía Alexis De Tocqueville en 1835:

En el Municipio es donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones locales son a la libertad lo que las escuelas primarias vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo; le hacen paladear su uso pacífico y lo habitúan a servirse de ella⁵.

Y terminaba con esta afirmación tajante: “La vida política ha nacido en el seno mismo de los Municipios”⁶.

Por ello, incluso, la independencia de nuestros países latinoamericanos se inició en el seno de los Cabildos.

Por tanto, aprovechemos no sólo las enseñanzas de nuestra propia historia, sino de la historia de las democracias, para que definitivamente la democracia se instale en nuestros países. En esta tarea, sin duda, los organismos electorales, que Uds. representan, tienen todo que decirnos.

⁵ Democracy in America, (ed. JP. Meyer y M. Lerner), London, 1969.

⁶ Idem.

XII

LOS RETOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Conferencia dictada en el Seminario Internacional sobre reforma Constitucional. Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Hispanoamérica, Senado de la República Dominicana, Santo Domingo, 16 de junio de 2005. Publicada en el libro: *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República, Santo Domingo, República Dominicana, 2006, pp. 61-83. ^{1*}

América Latina siempre ha sido el primer campo de ensayo para la adopción progresiva de los principios del constitucionalismo moderno. Así ocurrió desde comienzos del Siglo XIX, después de la declaración de independencia, con la adopción en todos nuestros países de los principios que derivaron de las Revoluciones Norteamericana y Francesa de fines del Siglo XVIII; y así ha ocurrido posteriormente, durante los últimos 200 años, con las reformas constitucionales que se han venido realizando en todos ellos. Si en algo somos expertos los latinoamericanos, por tanto, es en materia de reformas constitucionales, por lo que no es de extrañar que la República Dominicana de nuevo esté actualmente en proceso de diseñar la reforma de la Constitución de 2002. Y como la misma Constitución dispone que la reforma sólo podrá hacerse en la forma que ella indica (art. 120), la única manera para ello es mediante la presentación de la proposición de reforma en el Congreso Nacional con el apoyo de la tercera parte de los miembros de una u otra Cámara, o si es sometida por el Poder Ejecutivo (art. 116); correspondiendo

¹ Para su elaboración hemos partido de las ideas que expusimos en el “Seminario sobre América Latina: Retos para la Constitución del Siglo XXI” realizado con ocasión del “Encuentro Anual de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina”, y organizado por la Corte Suprema de El Salvador, la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador y la Fundación Konrad Adenauer, en San Salvador, 08-06-2000; publicado como “América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI», en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, Caracas 2000, pp. 13-33; en Revista Politeia (Constitución y Constitucionalismo hoy. Bicentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo), Instituto de Estudios Políticos, UCV, Caracas 2001, pp. 47 a 68; y en Allan R. Brewer-Carías, Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp.11-39. En las notas subsiguientes, para información del lector, solo se han agregado referencias a trabajos del autor en relación con los diversos temas que se tratan.

al Congreso declarar mediante ley la necesidad de la reforma constitucional (arts. 117; 77,16), ordenando a tal efecto la reunión de la Asamblea Nacional, es decir, de los miembros del Congreso constituidos en Asamblea nacional, y determinando tanto el objeto de la reforma como los artículos sobre los cuales versará.

La Constitución de la República Dominicana, por otra parte, no regula la fórmula de las enmiendas, por lo que cualquier reforma, así sea de un solo artículo, conduce a la publicación íntegra de la Constitución con los textos reformados (art. 118). El articulado de la Constitución de 2002, en consecuencia, y ello es evidente de la lectura de su texto, no es íntegramente de ese año, ya que en gran parte proviene del constitucionalismo histórico, por lo que los cambios políticos que han ocurrido en este país, particularmente desde el punto de vista de su democratización, sin duda originan temas de reflexión, como han surgido en otros países, a los efectos de diseñar las grandes líneas de una reforma constitucional.

Podríamos comenzar señalando que el constitucionalismo moderno, el que ha contribuido a configurar el régimen político de todos los Estados del mundo y particularmente el de nuestros Estados, está definido por los siguientes siete principios esenciales: la idea de Constitución y su supremacía; la soberanía del pueblo, el republicanismo y la democracia representativa como régimen político; la distribución vertical del Poder Público, sea mediante el federalismo, el regionalismo político y/o el municipalismo; la separación orgánica de poderes y los sistemas presidenciales y parlamentarios de gobierno; la declaración constitucional de los derechos del hombre y sus garantías; el principio de legalidad y el rol del Poder Judicial como garante del Estado de derecho; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes².

Todos esos principios, sin embargo, sólo llegaron efectivamente a afianzarse en el mundo contemporáneo a partir de la Segunda Guerra Mundial. No olvidemos, sobre todo ante los vientos de autoritarismo que comienzan a soplar de nuevo en nuestra región³, que con anterioridad, particularmente en Europa, la Constitución no siempre se consideró como norma suprema de efectos directos; el centralismo signó la configuración de los Estados, impidiendo en gran medida el desarrollo de la democracia; la soberanía parlamentaria atentó contra los derechos humanos, cuyo reconocimiento y garantía no constituían un valor esencial; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes constituía una rareza inaceptable, contrariamente a las fórmulas del derecho americano.

En consecuencia, fue durante la segunda mitad del siglo pasado cuando la Constitución efectivamente se convirtió en norma suprema; que la democracia

² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La opción entre democracia y autoritarismo (El perfeccionamiento de la democracia para hacerla más representativa y más participativa)”, conferencia dictada en la XV Conferencia de la Asociación de Organismos Electorales de Centro América y El Caribe, La Romana, República Dominicana, 27/07/01, publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer-Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 41 a 59

representativa comenzó a funcionar realmente; que la descentralización política se convirtió en instrumento de democratización; que los sistemas de gobierno comenzaron a desarrollar sus mecanismos de balance; que los derechos humanos adquirieron real efectividad y protección; que el Poder Judicial encontró mecanismos de garantía de su independencia y autonomía, y que se desarrolló mundialmente un verdadero sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

En las últimas décadas todos los países de América Latina han reformado sus Constituciones, y en todas ellas se puede encontrar la consolidación de todos esos principios. Hemos llegado, así, al Siglo XXI, con un conjunto de Constituciones que contienen un arsenal de instituciones que recogen lo mejor de dos siglos de constitucionalismo. La pregunta que ahora debemos formularnos, sin embargo, es si las mismas satisfacen efectivamente las exigencias constitucionales para el nuevo Siglo; es decir, ¿La Constitución del Siglo XXI está ya elaborada? Y si no, ¿cuáles son los retos de que tienen nuestros países en materia de reforma constitucional?

Nuestro propósito es precisamente, referirnos a estas preguntas y tratar de darles respuestas, en particular en relación con la República Dominicana, para lo cual quisiera analizar las diez cuestiones constitucionales que en mi criterio son las más importantes en el momento actual, y que conforman las nuevas tendencias del constitucionalismo para enfrentar las exigencias del Siglo XXI.

I. LA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA PARA ASEGURARLA EN EL MARCO DE COMUNIDADES SUPRANACIONALES

En *primer lugar*, está el tema de la soberanía o del poder superior que existe en todo Estado, sobre el cual, en principio, no podría existir otro.

La soberanía fue la que permitió al Estado ser Estado y, además, luego, el republicanismo. Con las Revoluciones del Siglo XVIII la soberanía pasó del Monarca absoluto al pueblo o a la Nación en los términos de la Revolución Francesa, y este comenzó a ejercerla mediante representantes. De allí, incluso, la idea de la democracia representativa como régimen político.

Un Estado, por tanto, no puede tener un poder superior a sí mismo, pues entonces, este último poder superior sería el soberano y el Estado.

Este principio, esencial de la construcción del Estado Moderno, sin embargo, ha comenzado a ser efectivamente trastocado imponiéndose su reformulación. Cincuenta años de experiencia en la construcción de la ahora Unión Europea desde la suscripción de los Tratados de París de 1951 hasta la aprobación de una Constitución europea, han puesto en evidencia que, precisamente para afianzar la soberanía de los Estados Europeos y hacerlos efectivamente más soberanos, había que limitar dicha soberanía; y que el reconocimiento constitucional de un poder superior a los propios Estados Nacionales en un marco comunitario de Estados, no necesariamente conduce a reconocer a la Comunidad como soberana, negando la soberanía de aquellos. Se llegó, así, a la conclusión de que la supranacionalidad no implicaba ni implica terminar con la soberanía nacional; pero para

ello fueron precisamente las Constituciones nacionales y no el derecho internacional, las que encontraron el camino⁴.

Por ello, no hay que perder de vista que el esquema de integración regional europeo fue, ante todo, una creación del constitucionalismo. Ni un paso se dio en la limitación de la soberanía nacional y en la transferencia de poderes de los órganos constitucionales de los Estados a la comunidad supranacional, que no estuviese previamente prevista y autorizada en las Constituciones respectivas. Por ello, la integración regional se desarrolló fundada sobre disposiciones constitucionales expresas y no sobre interpretaciones. En las Constituciones fue que se previó la limitación de los poderes soberanos de los órganos de los Estados y, por tanto, de los pueblos, y allí fue que se le dio valor de fuente del derecho interno, de aplicación inmediata y prevalente, al derecho comunitario emanado de los órganos supranacionales.

En el mundo actual, sin duda, América Latina tiene el mismo reto que se plantearon los países europeos después de la Segunda Guerra Mundial, de renunciar al concepto cerrado de soberanía para la construcción de relaciones interestatales en un marco de paz, lo que en definitiva condujo, al final, a la creación de la Unión Europea.

En el futuro, para sobrevivir en la civilización contemporánea unipolar y globalizante, tendremos que asumir la integración como política continental y ello tiene que permitirlo, expresamente, nuestras Constituciones.

La orientación en esta materia puede derivarse, por ejemplo, de las recientes Constituciones de Colombia, Argentina, Paraguay y Venezuela y de algunos de los países centroamericanos como El Salvador, en las cuales se le ha dado solución constitucional a un problema que de otra forma sería insoluble, como es la limitación de la soberanía de los Estados en beneficio de un poder supranacional, que sólo puede estar expresamente previsto y autorizado en la Constitución.

Insistimos, la solución que compatibilice la soberanía de los Estados Nacionales con Comunidades de Estados que tengan carácter supranacional sólo la pueden dar las Constituciones y en tal sentido entre las más recientes Constituciones de América Latina, la de Venezuela de 1999⁵, por ejemplo, se establecer en su artículo 153, no sólo que la República “promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones”, sino que “podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración”; previendo expresamente que “Las

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Implications of Regional Economic Integration*, Ponencia General al XV Internacional Congress of Comparative Law, Academia Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra, 30-07-1998; publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, 163 pp. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “Las exigencias constitucionales de los procesos de integración y la experiencia latinoamericana” en Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999, pp. 279-317

⁵ Sobre la Constitución venezolana de 1999, a los efectos de todas las referencias que se hacen a lo largo del presente trabajo, véase: Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, 2 tomos.

normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

Es la misma Constitución, por tanto, la que limita la soberanía al prever la supranacionalidad y así, incluso, poder apuntalar la soberanía nacional con la creación de una Comunidad de Estados que asuma poderes que tradicionalmente estaban en las manos aisladas de estos; previéndose incluso, para reforzar la propia soberanía popular, que los tratados internacionales en los cuales se pueda comprometer la soberanía nacional o se transfieran competencias a órganos supranacionales (art. 73), puedan ser sometidos a referendo aprobatorio.

En todo caso, la idea de la supranacionalidad y la consecuente transformación de la soberanía como poder cerrado, puede considerarse como uno de los grandes retos en los procesos de reforma constitucional en América Latina. Por ello, en nuestro criterio, en la República Dominicana habría que avanzar más en cuanto a la clásica indicación de que la República Dominicana “reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado” como lo indica el artículo 3 de la Constitución.

II. LA REFORMULACIÓN DE LA FORMA DE EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA PARA HACERLA MÁS REPRESENTATIVA

En *segundo lugar* está el tema de la democracia misma, que tiene que llegar a ser más representativa.

No hay duda de que la democracia como régimen político está basada en la idea de la representación, al punto de que la historia no conoce de experiencias de democracias ejercidas por el pueblo exclusivamente en forma directa, sin representantes. Aún en la democracia griega gobernaban Magistrados escogidos por sorteo.

No tienen sentido, por tanto, los planteamientos que con motivo de los vicios de la representatividad en las democracias de partidos, pretenden sustituir la democracia representativa por una supuesta democracia directa, mal llamada “democracia participativa”⁶. La democracia, en las complejas sociedades contemporáneas, tiene que ser representativa, como lo precisan los artículos 2 y 4 de la Constitución de la República Dominicana. En realidad, lo que hay que perfeccionar es esa representatividad, precisándose a quién, efectivamente, es que tiene que representarse.

Definitivamente es al pueblo, por lo que el reto constitucional de todos nuestros países siempre está en diseñar un esquema de efectiva representación popular y superar las desviaciones de los sistemas políticos en los cuales los partidos políticos han llegado a

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democracia municipal, descentralización y desarrollo local”, Conferencia Inaugural dictada en el XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización de Cooperación Intermunicipal (OICI), Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, España, 13-10-2004; publicada en Revista Iberoamericana de Administración Pública, No. 11, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, Julio-Diciembre 2004, pp. 11 a 34; y como “Democracia, Municipio, Descentralización y Lugarización” en Jurídica, Centro de Investigaciones Jurídicas Aníbal Rueda, Universidad Arturo Michelena, San Diego, Carabobo 2004, pp. 9 a 27.

monopolizar toda la representación, muchas veces desligándose del pueblo mismo. Los partidos políticos, en una democracia, son y tienen que ser los instrumentos esenciales de intermediación entre el pueblo y el gobierno del Estado; pero no por ello deben confiscar la propia soberanía y asumir el monopolio de la representación, muchas veces de espaldas al propio pueblo. Las comunidades, los pueblos, las provincias y las regiones deben tener representantes y los partidos no pueden sustituirse en aquellos, sino contribuir y orientar para que realmente encuentren representación en los órganos representativos. Por tanto, normas que podrían ser estudiadas, por la atadura definitiva de la representatividad al partido, podrían ser las de los artículos 19 y 55 de la Constitución de 1994, que regulan la sustitución vacantes de Senadores y diputados por las respectivas Cámaras, y de Regidores y Síndicos Municipales por el Presidente, en ambos casos “de la terna que le presentará el organismo superior del partido que lo postuló”.

La democracia, definitivamente, debemos tender a que sea una forma de vida político-social y no sólo un mecanismo eleccionario; pero para ello, el Poder, lejos de estar concentrado, debe estar desparramado en el territorio, ubicándose cerca del ciudadano; muy cerca del ciudadano de a pie y de sus organizaciones comunales. Ello tiende, a la vez, a garantizar que las sociedades intermedias, como los gremios profesionales o los sindicatos, respondan a la organización democrática.

Vinculado a la representatividad democrática, otro aspecto que debe enfrentar la reforma constitucional en este Siglo XXI, es el del régimen mismo de los partidos políticos, para hacerlos no sólo instrumentos de la democracia (por eso la Constitución de la república dominicana sólo admite la posibilidad de partidos cuyas tendencias se conformen a los principios establecidos en esta Constitución, art. 104); sino que internamente constituyan entidades democráticas, cuyas autoridades deben ser el resultado de elecciones libres internas. Ello debería garantizarse en la Constitución, la cual además debería resolver el tema del régimen de financiamiento de los partidos políticos, previéndose en principio, y contrariamente a lo establecido en la Constitución Venezolana que lo prohíbe, el financiamiento público de los mismos y consecuentemente, de las campañas electorales. Este es un tema sobre el cual hay que reflexionar, pues se trata de un mecanismo generalizado para enfrentar tanto la tentación de financiamiento exclusivo de los partidos de gobierno a través de la malversación de los fondos públicos, como la lamentable penetración del narcotráfico en ese proceso⁷. Los grandes males de la política contemporánea en América Latina pasan por este tema, que debe ser tratado en las Constituciones.

Pero además, para la transformación del principio de la representatividad democrática, las Constituciones contemporáneas deben establecer algunos mecanismos de democracia directa, pero no como sustitutivos de la participación democrática que se realiza a través del sufragio o la representatividad, sino como medios para asegurar otra forma de participación directa del pueblo en ciertos asuntos públicos. Por ello la figura

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela”, Conferencia en el IV Curso Internacional de Elecciones, Capel, San José, Costa Rica, 01/10/90; publicado en Financiación y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones. Memoria IV Curso Anual Interamericano de Elecciones, Instituto Interamericano de Derechos Humanos CAPEL, San José, 1991, pp. 121-139.

de los referendos está encontrando cada vez más cabida en los textos constitucionales latinoamericanos, como ha sucedido precisamente en algunas Constituciones recientes de América Latina como las de Colombia y Venezuela. En esta última, por ejemplo, se prevén los referendos como “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía” (art. 74) en todas sus manifestaciones: los consultivos, tanto nacionales, estatales y municipales, sobre materias de trascendencia en los diversos niveles territoriales; los revocatorios, respecto de todos los cargos y magistraturas de elección popular (presidente de la República, diputados a la Asamblea nacional, Gobernadores de Estados, legisladores de los Consejos legislativos estatales, Alcaldes y Concejales); los aprobatorios, de leyes y tratados; y los abrogatorios, de leyes y decretos leyes (art. 71 a 74).

Pero no nos engañemos: los referendos, sin duda, perfeccionan la democracia representativa y también podrían contribuir a la solución de crisis de gobernabilidad; pero ni la sustituyen ni aseguran la democracia participativa de la cual tanto se ha hablado en el último lustro, y más bien, pueden conducir a confiscarla. La experiencia venezolana en materia de referendo revocatorio presidencial de 2003-2004 lo confirma. Si bien el resultado final del mismo en agosto de 2004, después de dos años de intentos por llevarlo a cabo en medio de graves atentados a la separación de poderes por el secuestro del Poder Electoral y de la sala Electoral del Tribunal Supremo por la Sala Constitucional del mismo⁸, fue contrario a la solicitud de revocación del mandato; la crisis de gobernabilidad que lo provocó no se ha superado, a pesar incluso de la transformación que se hizo del referendo revocatorio en una especie de “referendo ratificatorio” o plebiscito no previsto en la Constitución. Y las consecuencias democráticas respecto a la situación de los derechos ciudadanos fueron desastrosas, al convertirse a más de tres millones y medio de venezolanos que sólo firmaron una petición (ejerciendo el derecho constitucional de petición) en perseguidos políticos y enemigos del régimen, a quienes se le ha negado el derecho al trabajo en entidades públicas o en empresas privadas que contratan con el Estado, o en ciudadanos parias a quienes se le niega de hecho con dilaciones indebidas, por ejemplo el derecho a obtener su cédula de identidad o pasaporte. Así, el ejercicio de un derecho constitucional como es el derecho de petición se transformó en un acto hostil reprimido por el Poder.

La democracia no puede ni debe convertirse en una “democracia referendaria” o “plebiscitaria”, la cual por lo demás podría ser de todo menos democracia. Cuidémonos en todo caso de la pretensión de sustituir la representatividad democrática por una supuesta relación directa entre pueblo y líder, que además de ser un instrumento del autoritarismo, confunde la movilización popular con la participación. Esta, en efecto, solo se logra acercando el poder al ciudadano, no alejándolo ni movilizándolo.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *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.

III. LA REFORMULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER Y DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA PARA PERFECCIONAR LA DEMOCRACIA

Por ello, el *tercer* tema que podemos identificar como reto para la reforma constitucional en nuestros países es el de la distribución territorial del Poder y el de la descentralización política, precisamente para perfeccionar la democracia⁹.

No olvidemos que el gran aporte del constitucionalismo moderno a la organización del Estado y que implicó el dismantelamiento del Estado Absoluto, fue el principio de la distribución vertical del Poder que se inició con el ejercicio democrático de la soberanía para controlarlo, cada uno con sus peculiaridades, mediante el federalismo norteamericano y el municipalismo francés. En todo caso, después de doscientos años de experiencia, hoy el municipalismo continúa siendo el signo de la organización territorial del Poder en el más bajo nivel; y el federalismo o las otras formas de descentralizadas de unidades político territoriales regionales o intermedias entre el Poder Central y el Poder Local, también se han generalizado en el mundo contemporáneo.

Lo cierto es que no hay país democrático en el mundo occidental, desarrollado y consolidado después de la Segunda Guerra Mundial, cuyo Estado no este montado sobre la distribución vertical del Poder en dos niveles territoriales. Recordemos por una parte, que las autocracias no se descentralizan y que nunca ha habido autoritarismos descentralizados; y por la otra, que ya no hay Estados democráticos que tengan una organización centralizada del poder. En el mundo democrático existen Federaciones (Alemania, Suiza, Canadá, EE. UU.) o esquemas regionales de carácter político, como las Regiones en Italia, Francia o Bélgica, o las Comunidades Autónomas en España. Incluso en el Reino Unido, la *devolution* o descentralización del Poder constituye la gran reforma política del laborismo desde los años noventa, reflejada en la elección de Parlamentos en Escocia y Gales y del Alcalde del Gran Londres. Y en cuanto al municipalismo, es en el nivel local donde la democracia realmente puede existir, siempre que esté cerca del ciudadano, pues es el único lugar donde puede haber participación del ciudadano.

Cuántas veces no nos hemos preguntado los latinoamericanos, por ejemplo, por qué los países europeos y del norte de América tienen democracias funcionales auténticas; y por qué, en cambio, en nuestros países la democracia no ha llegado a funcionar, salvo formalmente.

La respuesta, tan simple, es que en aquellos países la democracia, aún cuando no se den cuenta, porque es cotidiana, es por sobre todo vida y democracia local, lo que significa muchos gobiernos locales y, en definitiva, el municipalismo. Ello lo descubrió en Estados Unidos de América Alexis De Tocqueville hace casi 200 años, cuando se topó con lo que llamó, “la democracia en América”, situada precisamente en los *Town Hall* de

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democratización, descentralización política y reforma del Estado” y “El Municipio, la descentralización política y la democracia”, en Allan R. Brewer-Carías, Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 105-125 y pp. 127-141.

los pueblos; y ello fue lo que decretó la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, al disponer que en cada villa, en cada burgo, en cada pueblo, debía haber un Municipio. Ese desparramamiento del poder en el territorio es precisamente lo que ha caracterizado la democracia en el mundo desarrollado de la post guerra. No se olvide, por ejemplo, que en Francia existen más de 36.000 comunas, las cuales, después de las reformas políticas impulsadas a partir de 1982, son, además, autónomas; que en Alemania hay más de 16.000 gobiernos locales, que en Suiza hay más de 2000 y que en España e Italia hay más de 8.000.

Pero lo importante, por supuesto, no es el número de entidades locales autónomas políticamente hablando, sino la relación que tiene que existir entre ellas y la población. En todo el mundo democrático desarrollado contemporáneo, independientemente de la extensión del territorio y la densidad de población, esa relación oscila entre aproximadamente 1.500 habitantes por Municipio, como sucede en Francia, y aproximadamente 6.000 habitantes por autoridad local, como sucede en los Estados Unidos y Canadá; y entre esos dos extremos, están, por ejemplo, Suiza, España y Alemania.

Eso es precisamente lo que nos hace falta en América Latina: vida local, la cual no se puede lograr cuando el Municipio está lejos del ciudadano como sucede en casi todos nuestros países, y en particular en Venezuela, donde por más verbalismo constitucional que exista sobre democracia, participación, descentralización y protagonismo del pueblo, hay sólo 338 Municipios, en un territorio que tiene el doble de superficie del de Francia. Por eso, en Venezuela, la relación población-gobierno local es más de 70.000 habitantes por Municipio, lo que definitivamente no permite que la vida local sea la escuela de la libertad y el campo propicio del juego democrático. Una relación similar, quizás menor, existe en todos nuestros países de América Latina. En otros, sin embargo, es mayor, como precisamente ocurre en la República Dominicana, donde con sus 120 Municipios nos da una relación promedio de 75.000 habitantes de municipio.

Es cierto que el municipalismo es parte de nuestra historia política y constitucional, al punto de que los Cabildos fueron los que hicieron la Revolución de Independencia. Pero en la realidad democrática contemporánea, nuestros municipios siguen siendo casi iguales en territorio a los viejos municipios provinciales coloniales y no logran ser la cuna del ejercicio democrático, porque están demasiado lejos del ciudadano; lo que en muchos casos, también los hace inservibles para la adecuada gestión de los intereses locales. En otras palabras, el municipio muy lejos del ciudadano, ni sirve para la participación ni para la gestión de las materias propias de la vida local; es decir, no sirve para nada, salvo para el clientelismo político.

En cuanto al Federalismo, este ha sido consustancial al constitucionalismo latinoamericano; pero la verdad es que las Federaciones latinoamericanas, las de México, Venezuela, Brasil y Argentina y las que fueron y ya no son en otros países, como por ejemplo en los de Centroamérica y en Colombia; todas han sido Federaciones centralizadas, muy poco propicias para una efectiva distribución vertical del Poder¹⁰. En los otros

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal”, en Revista Iberoamericana de Administración Pública, N° 1, julio-diciembre 1998, INAP, Madrid 1998, pp. 69-96;

países de dimensión territorial importante, por lo demás, no se han logrado implantar niveles políticos intermedios; y las provincias, como sigue ocurriendo en República Dominicana, no son más que niveles territoriales del gobierno central con sus gobernadores civiles designados por el Poder Ejecutivo (art. 86).

Las reformas constitucionales de este siglo XXI, en nuestro criterio, tienen que apuntar al perfeccionamiento y arraigo de la democracia, y para ello no hay otro camino que no sea el impulsar la descentralización política, tanto a nivel intermedio como a nivel local, desparramando efectivamente el Poder en el territorio. Como lo dice la Constitución de Venezuela de 1999, en el sentido de que:

La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (art. 158).

Esto, sin embargo y lamentablemente, en Venezuela no ha pasado de ser un párrafo constitucional sin aplicación alguna, pues la misma Constitución en otras normas, contradictoriamente, regula una federación centralizada, donde no cabe la descentralización del poder.

IV LA REAFIRMACIÓN DE LA SEPARACIÓN ORGÁNICA DE PODERES PARA ENFRENTAR EL AUTORITARISMO

En *cuarto* tema que debe guiar la reforma constitucional gira en torno al clásico principio de la separación de poderes.

Desde que la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (art. XVI); el principio de la separación orgánica de poderes como manifestación de la distribución horizontal del Poder, ha sido y continúa siendo el signo más arraigado del constitucionalismo contemporáneo para garantizar la libertad y por sobre todo, para asegurar el control del Poder.

Por ello, siempre que se ha conculcado la libertad y se han desconocido los derechos humanos, ello ha comenzado por la concentración del Poder y el desdibujamiento de los mecanismos para su control. Esa fue la experiencia de los países de Europa oriental durante el Siglo XX, en los cuales en contraste con la distribución horizontal del Poder propia de las democracias occidentales, se erigió el principio de la Unicidad del Poder, ubicándolo todo en una Asamblea popular que lo concentraba, de la cual dependía toda la organización del Estado y que controlaba todo. Esa estructura unitaria del Poder, que todavía existe en América Latina como un fósil político, por ejemplo en Cuba, en Europa estalló en mil pedazos quedando sus escombros enterrados en las ruinas del muro de Berlín.

y en Allan R. Brewer-Carías, Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial, Caracas 1997, pp. 109-146

Por ello, en las reformas constitucionales de nuestros países, tiene que arraigar el principio de la separación orgánica de poderes, como antídoto efectivo frente al autoritarismo. Incluso se debe consolidar la separación de Poderes más allá del Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial como lo dispone el artículo 4 de la Constitución de la República Dominicana, y hacer partícipes efectivos del Poder Público, con rango constitucional como lo tienen desde hace décadas, a los órganos de con autonomía funcional o de control, como las Contralorías Generales, el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo o de los Derechos Humanos y los órganos electorales. En el caso dominicano, ese sería el caso del Procurador General de la República, de la Junta Central Electoral, de la Cámara de Cuentas del Consejo Nacional de la Magistratura, los cuales deben adquirir efectiva independencia.

Un ejemplo de este avance es la nueva estructura del Poder Público en la Constitución de Venezuela, en cuyo artículo 136 se establece que “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”. En este contexto, el llamado Poder Ciudadano comprende a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la República (Ministerio Público) y al Defensor del Pueblo.

Pero por elemental que sea el planteamiento no debe dejar de insistirse en la necesidad democrática de la efectiva reafirmación del principio de la separación de poderes, incluso más allá del verbalismo constitucional. No pasemos por alto que los fracasos de la representatividad y participación democráticas por los abusos de los partidos políticos, han hecho surgir en América Latina la tentación autoritaria que precisamente se monta sobre el concepto de la concentración del Poder, lo que se agrava aún más si al Poder Militar se lo erige como Poder no subordinado. Ya en el Perú se vieron manifestaciones en esta orientación, incluso con carta de naturaleza constitucional; pero las más graves se están viendo en Venezuela, implantadas en la propia Constitución.

En efecto, a pesar de la antes mencionada flamante separación del Poder Público en cinco conjuntos de órganos del Estado que deberían ser autónomos e independientes entre sí –de eso se trata la separación de poderes–, en la Constitución venezolana encontramos una absurda distorsión de dicha separación, que es necesario advertir para que no pueda servir de ejemplo¹¹; y ello en tres sentidos: en *primer lugar*, en el otorgamiento a la Asamblea Nacional, que como órgano político que ejerce el Poder Legislativo y de control, del poder de remover de sus cargos –léase bien, *remover*– a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, al Defensor del Pueblo y a los Miembros del Consejo Nacional Electoral (arts. 265, 279 y 296); y en algunos casos, por simple mayoría. Esto, sólo, contradice el principio de la separación de poderes: no puede haber independencia cuando se sabe que el Poder político puede reaccionar contra el magistrado, si no decide conforme a su criterio; lo que por lo demás ha ocurrido luego de sancionarse la nueva Ley Orgánica del

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Democracia y control del poder: la penta división del poder y el secuestro del Poder Electoral y sus consecuencias”, conferencia dictada en las IV Jornadas Colombo Venezolana de Derecho Público, Fundación de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 10-06-2004; publicada en Allan R. Brewer Carías, Constitución, Democracia y Control el Poder, Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Editorial Jurídica Venezolana, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida 2004, pp. 35-92.

Tribunal Supremo de Justicia en 2004¹², incluso con el sólo voto de la mayoría absoluta de los diputados.

En *segundo lugar*, en la previsión de la delegación legislativa por parte de la Asamblea Nacional al Presidente de la República, mediante una ley habilitante, para regular mediante decreto-ley cualquier materia (arts. 203, y 236.8), lo que ha dado al traste, incluso, con la garantía de la reserva legal que exige ley formal del Parlamento para la regulación y restricción de los derechos humanos.

Y en *tercer lugar*, con la eliminación en Venezuela del Senado, no sólo como Cámara Federal para balancear la Cámara de representantes, sino como instrumento para garantizar la participación igualitaria de los Estados en la elaboración y control de las políticas nacionales, y una más adecuada técnica legislativa.

Con estos tres atentados al principio de la separación de poderes, Venezuela, con su nueva Constitución, no sólo entró en el libro de récord de las contradicciones constitucionales (una Federación sin Senado; una delegación legislativa ilimitada, que sustituye al Legislador; y una concentración inusitada del poder en el órgano político representativo), sino que ha abierto el camino constitucionalizado al autoritarismo; sobre todo si a ello se agrega el acentuado militarismo, también constitucionalizado.

Por otra parte, no hay que perder de vista otros aspectos de la nueva Constitución venezolana que deberían evitarse a toda costa. Por ejemplo, en ella desapareció el principio de la subordinación de la autoridad militar a la civil, así como la prohibición tradicional del ejercicio simultáneo de mando militar con autoridad civil; desapareció el carácter no deliberante y apolítico de la Fuerza Armada que la Constitución dominicana conserva en su artículo 93; desapareció, incluso, la obligación tradicional de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas. La Institución militar, así, ha adquirido casi la característica de un Poder más, de carácter autónomo dentro del Estado, cuyo único vínculo con los demás Poderes es que tiene como Comandante en Jefe al Presidente de la República. Se eliminó, así, por ejemplo la intervención del órgano legislativo (antes del Senado) de aprobar los ascensos militares. Se insiste, nada de esto debe seguirse como modelo en procesos de reforma constitucional¹³.

En contraste con la incubadora autoritaria que en este aspecto constituye la Constitución de Venezuela, las reformas constitucionales en América Latina en este Siglo XXI, al contrario, tienen que buscar estructurar un auténtico sistema de separación, balance y contrapeso de poderes, para garantizar la libertad. En el constitucionalismo,

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999”, conferencia dictada en el Seminario Internacional: “El Constitucionalismo Latinoamericano del Siglo XXI” en el marco del LXXXIII Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 31-01-00; publicada en Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88

ciertamente, aún no hemos inventado otro sistema más efectivo de garantía de la libertad y contra el abuso del poder, que no sea su efectiva separación orgánica, su independencia y autonomía, que es lo único que puede permitir el control del Poder.

V. LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO PARA FRENAR SUS TENDENCIAS AUTORITARIAS

En *quinto lugar* está el tema del sistema de gobierno y particularmente, del sistema presidencial, que como sabemos es endémico de América Latina.

Es cierto que en toda la historia republicana nunca hemos tenido en nuestro Continente algún ejemplo de sistema parlamentario de gobierno. Así como el parlamentarismo es propio de Europa, porque surgió de la separación de poderes aplicado a sistemas monárquicos, el presidencialismo, desde que se inició el republicanismo se propagó por todo el Continente Americano como resultado de la adopción del mismo principio de la separación de poderes, pero en un esquema republicano.

Pero si bien el presidencialismo latinoamericano tuvo su fuente inicial en el norteamericano, actualmente puede decirse que no hay un presidencialismo “puro”, como tampoco existe el federalismo “puro” en ninguna parte del mundo. La verdad es que progresivamente se ha venido configurando un sistema de gobierno presidencial latinoamericano, en el cual se han incrustado todo tipo de elementos clásicos del parlamentarismo. Por ello se ha hablado del sistema presidencial con sujeción parlamentaria o de presidencialismo intermedio, moderado, modificado, atenuado o racionalizado¹⁴.

No se olvide, por ejemplo, que en el sistema latinoamericano en general y muy lejos del sistema norteamericano, no se concibe al Ejecutivo como unipersonal, pues el Presidente de la República en general actúa con el refrendo de los Ministros o en Consejo de Ministros; y con responsabilidad política solidaria ante la Asamblea. Por ello, el Ejecutivo tiene iniciativa legislativa y los Ministros no sólo pueden ser interpelados por la Asamblea, sino que tienen derecho de palabra en ellas, y varias Constituciones ya establecen el voto de censura a los Ministros, originando su remoción. El sistema dominicano, en contraste, tal como resulta del texto constitucional, nos presenta un Ejecutivo unipersonal, con Secretarios de Estado sólo para el despacho de los asuntos de la Administración Pública (art. 61), cuya comparecencia a las Cámaras legislativas es excepcional, cuando sea acordado por las dos terceras partes de los miembros presentes (art. 37).

Debe destacarse, por otra parte, que incluso recientemente, como ha sucedido en Argentina con el Jefe de Gabinete y en la reciente Constitución de Venezuela, con el Vicepresidente Ejecutivo, de designación exclusivamente ejecutiva, se han incorporado al sistema de gobierno latinoamericano otros elementos, que sin tener nada que ver con la figura parlamentaria del Primer Ministro, buscan establecer un puente expedito entre

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La distribución horizontal del Poder Público y el sistema de gobierno*, Tomo III, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996.

el Ejecutivo y la Asamblea y hacer más efectivo el funcionamiento de la Administración del Estado. Todo ello, sin embargo, sin separar la jefatura del Estado de la jefatura del Gobierno, las cuales continúan coincidiendo en el Presidente de la República.

A estas reformas se agrega la figura del *ballottage* en la elección presidencial directa, bastante generalizada en toda América Latina, con muy contadas excepciones como el caso de Venezuela, en cuya novísima Constitución, al contrario, se siguió la tradición de la elección presidencial por mayoría relativa. A esto se agrega que la posibilidad de reelección inmediata del Presidente de la República, lo que contrariamente a la tendencia en otros países, se introdujo por primera vez en muchas décadas, en la Constitución venezolana de 1999.

En todo caso, el reto de la reforma constitucional con visión democrática en nuestros países, es tratar de terminar de encuadrar o conceptualizar el sistema de gobierno presidencial, teniendo presente que el principal problema que históricamente hemos tenido y que parece comenzar a revivir en algunas Constituciones como la venezolana, es el autoritarismo constitucional, que conduce al ejercicio del poder en forma unipersonal, sin partidos políticos que sirvan de intermediarios entre la sociedad civil y el poder, sin controles ni contrapesos efectivos y con un poder militar autónomo. He allí el reto que tenemos para la reforma constitucional: identificar el sistema de gobierno con sus orígenes presidenciales, vacunándolo contra el autoritarismo constitucional; para lo cual, entre otros factores, es indispensable establecer un verdadero control parlamentario, que no se quede en la obstrucción gubernamental, y que garantice el balance entre los Poderes del Estado; y además, el control judicial de los actos administrativos y demás actos del Poder Ejecutivo. En esta forma, la Jurisdicción Contencioso Administrativa debería constitucionalizarse como ha sido tradición en Venezuela desde la Constitución de 1961 (art. 206, equivalente al artículo 259 de la Constitución de 1999).

VI. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PARA LOGRAR SU INDEPENDENCIA Y SU AUTONOMÍA EFECTIVAS

En *sexto lugar* está el tema del Poder Judicial y, en particular, el de su independencia y autonomía efectivas.

De la esencia misma del principio de la separación de poderes surge la necesidad de un Poder Judicial autónomo en el sentido de que para decidir sólo debe estar sujeto a la ley; y además, independiente, particularmente de los otros Poderes del Estado y de los grupos de intereses, de presión política o de cualquier otra naturaleza.

Hacia la preservación de la independencia judicial es que se han movido todos los sistemas constitucionales en todos los tiempos del constitucionalismo; y la opción tradicional ha estado no sólo en hacer a los jueces inamovibles sino limitar la participación directa y exclusiva del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo en la designación de los jueces.

El primer aspecto es crucial, y la inamovilidad de los jueces, como principio, por ejemplo, se establece en la Constitución dominicana (art. 63); correspondiendo sólo a la Suprema Corte de Justicia la autoridad disciplinaria y la destitución de los jueces (art.

67). Esta competencia, en todo caso, tendría que cumplirse mediante un proceso o juicio con las garantías del debido proceso; y no en el solo ejercicio de la función administrativa de gobierno del Poder Judicial.

Pero el tema de la inamovilidad de los jueces, donde adquiere real valor para preservar el equilibrio de poderes, es en relación con los magistrados del Tribunal Supremo. Una vez estos nombrados, sea cual sea el método de elección, ningún otro poder del Estado podría removerlos. Por ello, ningún país debería seguir el ejemplo de la Constitución de Venezuela de 1999, que atribuye a la Asamblea Nacional la potestad de remover a dichos magistrados, con lo que la independencia del Poder Judicial no pasa de ser una simple declaración vacía en el texto constitucional, lamentablemente haciendo a los Magistrados órganos dependientes de la Asamblea y del poder político

Pero en cuanto a la designación de los magistrados del Tribunal Supremo para asegurar su independencia, las reformas constitucionales en América latina marcan una tendencia a neutralizar la injerencia del Poder Ejecutivo en la Administración del sistema judicial.

Por ello, en la mayoría de los casos, se atribuye al Parlamento la potestad de designar a los miembros del Tribunal Supremo; y en algunos casos, en forma limitada al regularse Consejos de Postulaciones integrados por representantes de la sociedad civil, como ocurre en Honduras, y como está previsto en la Constitución de Venezuela, aún cuando legislativamente distorsionado al convertirse ese Consejo de Postulaciones en una Comisión Parlamentaria ampliada integrada además de por diputados, por algunos miembros externos de ONGs designados a dedo, pero presidida en todo caso por un diputado¹⁵.

La búsqueda de la independencia judicial, por otra parte, ha hecho florecer en América Latina a una institución de origen europeo y con antecedentes en Italia desde 1907, que es el Consejo de la Judicatura o de la Magistratura; concebido con rango constitucional con autonomía funcional respecto de los tres clásicos poderes, al cual se le ha atribuido en general la función constitucional de velar por la independencia del Poder Judicial, desarrollar la carrera judicial comenzando por la designación de los jueces y ejercer la función disciplinaria judicial. En contraste, debe destacarse que este no es el caso del Consejo de Nacional de la Magistratura de la República Dominicana, cuya única función es la de designar a los jueces de la Suprema Corte de Justicia (art. 64); sin competencia alguna en materia de gobierno y administración del Poder Judicial que corresponde al Supremo Tribunal (art. 67)

En todo caso, la figura del Consejo de la Magistratura como cabeza del gobierno y administración del Poder Judicial, puede decirse que se ha generalizado completamente en América Latina, al punto de que se puede considerar ya como propia del constitucionalismo latinoamericano.

¹⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, conferencia en las XXX Jornadas J.M. Domínguez Escobar sobre “Administración de Justicia y Derechos Humanos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 11-01-2005, publicado en el libro: XXX Jornadas J.M Domínguez Escobar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp.33-174.

Todo comenzó con la creación en la Constitución de Venezuela de 1961 del Consejo de la Judicatura, que comenzó a funcionar en 1970, lo cual fue seguido en el Perú en 1979 con la creación del Consejo Nacional de la Magistratura. En la década de los ochenta la institución se estableció en El Salvador, Panamá y Brasil, y en los noventa en Colombia, Paraguay, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Argentina y México. Con la creación de esta institución, por supuesto se ha producido un vaciamiento de competencias de las Cortes o Tribunales Supremos en materia de administración del sistema judicial, lo cual comienza ahora a ser evaluado con la experiencia.

Y no podemos dejar de destacar en este campo, de nuevo, el caso venezolano, que habiendo sido el primer país de América Latina en introducir la institución con rango constitucional, también, ahora, ha sido el primer país en desaparecerla, al atribuir la nueva Constitución al Tribunal Supremo de Justicia “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas” (art. 267).

Esta norma, al ser de carácter orgánico, como lo ha decidido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debió ser de aplicación inmediata, por lo que a partir del 1° de enero de 2000 el Tribunal Supremo debió haber asumido tal competencia, absorbiendo la estructura administrativa y burocrática del antiguo Consejo de la Judicatura. Lamentablemente, la omisión constitucional del Tribunal Supremo abrió la vía para una transitoriedad que parece eterna, y hoy continúa funcionando una “Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial” creada en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente, antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la cual, contrariamente a la jurisdicción disciplinaria que exige la Constitución, ejerce las competencias que debían corresponder a los tribunales disciplinarios. Los jueces en Venezuela, han quedado a la merced de esta Comisión, y más del 90% de los mismos son provisionales por las destituciones ocurridas.

Es decir, el gobierno de la administración de justicia a cargo del Tribunal Supremo, si éste órgano ha sido nombrado a dedo por la mayoría parlamentaria controlada por el Poder ejecutivo, como ha sucedido en Venezuela, contrariamente a garantizar la independencia y autonomía de los jueces, a lo que ha conducido durante estos últimos años es a “depuraciones” sucesivas del Poder Judicial nunca antes vistas y a la designación de jueces provisionales, que han terminado siendo la mayoría. Lo cierto es que a independencia de los jueces desapareció en Venezuela, precisamente por la dependencia derivada de su designación provisional.

De ello resulta que el remedio que se quiso introducir a los males derivados de la actuación del antiguo Consejo de la Judicatura, que sin duda había originado una forma de dependencia del sistema judicial inicialmente de los partidos políticos y luego de grupos de jueces que se enquistaron en la Judicatura, deformando y corrompiendo el sistema de justicia¹⁶; ha causado otro mal peor, y es otra dependencia, pero respecto

¹⁶ Allan R. Brewer-Carías, “Problemas del Poder Judicial”, conferencia dictada en la Reunión del Grupo Santa Lucía, Curazao, 27-11-87, publicada en Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.

del Poder. Algo similar, pero mediante la deformación del Consejo de la Magistratura a través de leyes sucesivas, ocurrió desde 1994 en el Perú, con la consecuencia de que la mayoría de los jueces terminaron siendo suplentes o provisionales y, por tanto, con dependencia del Poder. Ello, al final, originó la renuncia masiva de los Consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura en 1998, denunciando las violaciones constitucionales cometidas por el Congreso.

Por todo ello, el tema de la independencia del Poder Judicial sigue siendo otro de los grandes retos de América Latina para la Constitución del Siglo XXI. Todo se ha ensayado, pero aún carecemos del modelo adecuado para asegurar dicha independencia respecto de los otros poderes del Estado.

En todo caso, también están pendiente de solución los mecanismos legales para la protección de los jueces. Si queremos que sean autónomos e independientes, hay que protegerlos frente a las presiones indebidas, provengan del Poder o de los intereses privados. Definitivamente estamos en un círculo vicioso que tiene que romperse: no se protege a los jueces porque se desconfía de su autonomía e independencia, pero nunca lograrán ser autónomos e independientes, si no se les protege de presiones.

Pero además del tema de la independencia judicial en relación con la actuación de los jueces y con su autonomía está el conflicto entre el formalismo y la justicia, respecto del cual, en muchos casos, los procedimientos legales inclinan la balanza a favor de la formalidad de la ley sacrificando la justicia. Hay que hacer esfuerzos porque la justicia, en su forma más elemental de dar a cada quien lo que le corresponde, pueda actualizarse independientemente de las formas, y a la búsqueda de esa justicia material es que apunta, por ejemplo, el texto de la Constitución venezolana de 1999, al establecer expresamente que el Estado de Derecho es además un Estado de Justicia (art. 22); que el Estado debe garantizar una “justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (art. 26); que en materia de la acción de amparo el procedimiento debe ser “oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad” (art. 27); y que, en general, en el proceso “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (art. 257).

Pero una cosa en el imperio de la justicia sobre los formalismos no esenciales, cuya observancia ciega no puede sacrificar la primera; y otra es pretender dar al juez libertad absoluta respecto de su sujeción al derecho positivo. Su autonomía consiste en sujeción a la ley, y sólo a la ley; lesionaría la propia autonomía y la seguridad jurídica si el juez, respecto de normas sustantivas, pudiera apartarse de ellas so pretexto de aplicar su concepción subjetiva y temporal de la justicia. Así, el derecho quedaría sustituido por la anarquía.

Pero en todo caso, el juez, precisamente por su autonomía e independencia, es responsable de sus decisiones. De allí que deba destacarse la previsión expresa en la Constitución Venezolana de la responsabilidad del Estado y de los Jueces por las actuaciones judiciales, particularmente por error judicial, retardo u omisiones injustificadas (art. 49.8); y en particular de los jueces, además, por la inobservancia sustancial de las

normas procesales, por denegación y parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones (art. 255).

VII. EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE SU PROTECCIÓN JUDICIAL

En *séptimo lugar* está el tema de los derechos humanos, cuya protección efectiva tiene que ser la finalidad principal del Estado, como lo declara la misma Constitución de la República Dominicana (art. 8).

Debemos recordar, sin embargo, que la batalla por el reconocimiento universal de los derechos humanos, si bien comenzó con el constitucionalismo moderno desde la Revolución Norteamericana en 1776, sólo comenzó a cristalizar efectivamente, con su Declaración Universal por todos los países civilizados después de la segunda guerra mundial, lo cual ha venido progresivamente dando sus frutos en las Constituciones contemporáneas.

No sólo en todos los textos constitucionales se han incorporado declaraciones de derechos, tanto individuales como sociales, culturales, económicos, políticos, ambientales e incluso de los pueblos indígenas; sino que también se han regulado sus garantías fundamentales como la igualdad ante la ley, su irretroactividad, la reserva legal, el acceso a la justicia, el debido proceso y la protección judicial inmediata por la vía del amparo o la tutela.

El amparo a los derechos humanos, así, puede decirse que es una institución propia del constitucionalismo latinoamericano, que si bien tiene su antecedente en la institución mexicana del juicio de amparo adoptada a mitades del Siglo XIX, en las últimas décadas se ha configurado en la mayoría de los países latinoamericanos como un derecho constitucional de todos a ser amparados por los Tribunales, mediante mecanismos o acciones judiciales mucho más protectivos que la propia institución original mexicana, entre los cuales está la acción de amparo, la de *habeas corpus* y la de *habeas data* ya bastante generalizada¹⁷.

La reforma constitucional en la República Dominicana tendría por supuesto que continuar esta línea de afianzamiento de la acción de amparo o tutela de todos los derechos constitucionales, no sólo frente a los Poderes Públicos sino también ante los particulares que los violen; constitucionalizando los desarrollos jurisprudenciales sentados en la materia desde la sentencia de 24 de septiembre de 1999 (Caso: *Productos Avon. S.A.*) de la Suprema Corte de Justicia¹⁸.

Pero en esta materia, el más grande reto de la Constitución de América Latina para el Siglo XXI, es el de la constitucionalización de la internacionalización de la protección

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, Derecho y acción de amparo, Tomo V, Instituciones Políticas y Constitucionales, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1998, 577 pp.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo, en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, en Revista IIDH, No. 29, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, pp. 95-102; y en *Iudicium et vita*, Jurisprudencia en Derechos Humanos, N° 7, Edición Especial, Tomo I, San José, 2000, pp. 334-341.

de los derechos humanos. Recordemos, en efecto, que si bien el régimen de los derechos humanos inicialmente fue de origen constitucional, luego se internacionalizó progresivamente con las Declaraciones Americana y Universal de 1948, los Pactos Internacionales de 1966 y la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, además de los múltiples tratados multilaterales protectivos de los mismos; hasta el establecimiento de sistemas internacionales de protección.

Toca ahora otra etapa, de retroalimentación del constitucionalismo, con la incorporación, precisamente en los Textos Fundamentales, de los progresos logrados en esta materia en el ámbito internacional¹⁹.

La dirección en este sentido se ha venido conformando en los últimos años, por ejemplo en la Constitución de Guatemala de 1985 y de Argentina de 1994, al dársele rango constitucional a tratados y convenciones sobre derechos humanos, lo cual se ha perfeccionado en la reciente Constitución de Venezuela de 1999, que no sólo establece la obligación del Estado de garantizar a toda persona “conforme al principio de la progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” (art. 19); sino que precisa que:

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 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.

En esta forma, todos los instrumentos internacionales en la materia tienen no sólo rango constitucional, sino incluso supraconstitucional, cuando contengan normas más favorables para el goce y ejercicio de los derechos respecto de las previstas en la Constitución²⁰.

Además, la Constitución de Venezuela, al establecer la clásica cláusula abierta de protección de los derechos y garantías inherentes a la persona, no enunciados expresamente en la Constitución, no sólo se refiere a estos sino también a los no enumerados en los propios instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 22).

Pero la Constitución venezolana, en esta materia, además, no sólo establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de violaciones graves de los derechos humanos y de crímenes de guerra, los cuales en todo caso deben ser juzgados por los tribunales ordinarios quedando excluidos de los beneficios que puedan conllevar a su impunidad, como el indulto y la amnistía (art. 29); sino que prescribe expresamente que el Estado tiene “la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables o a su derechohabientes, incluido el pago

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno” en Allan R. Brewer-Carías, Reflexiones sobre el constitucionalismo en América, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Doctor Charles Brewer Maucó “Historia del Derecho en Venezuela”, Universidad Católica Andrés Bello, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 61-104.

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

de daños y perjuicios”, debiendo adoptarse “las medidas legislativas y de otra naturaleza” para hacer efectivas tales indemnizaciones (art. 30).

En esta forma puede decirse que se ha constitucionalizado la obligación que deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como resultado de las sentencias de la Corte Interamericana; estableciéndose, además, en la propia Constitución el derecho ciudadano de acceso a la justicia internacional, así:

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;

Agregándose además, en la norma, la obligación del Estado de adoptar “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”.

Este marco de constitucionalización de la internacionalización de la protección de los derechos humanos, en nuestro criterio, sin duda es un buen ejemplo de progreso en esta materia que permite identificar una orientación clara para la formulación de la Constitución de América Latina para el Siglo XXI.

VIII. EL REDIMENSIONAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL PARA ABRIRLO A LA PARTICIPACIÓN

En *octavo lugar* está el tema del Estado Social y su redimensionamiento, respecto del cual se puede destacar, por ejemplo, a la Constitución de Colombia de 1991 (art. 1) y a la reciente de Venezuela de 1999 (art. 2), las cuales siguiendo la terminología de la Constitución alemana de 1949 (art. 20,1) y de la española de 1978 (art. 1), quizás tardíamente han calificado formalmente al Estado como “Estado Democrático y Social de Derecho”, siguiendo las transformaciones de las últimas décadas del Estado contemporáneo.

La idea del Estado Social, en efecto, apareció precisamente a partir de la Segunda postguerra como consecuencia de la transformación social provocada por la urbanización o la desruralización en gran escala, que originó una masa enorme proletariado urbano e industrial que comenzó a reclamar la protección del Estado y, además, el acceso al Poder, haciendo que el Estado tuviera que asumir un rol protector y benefactor, en definitiva social, lo cual luego resultó inevitable ante la quiebra generalizada de las economías después de la Segunda Guerra Mundial.

Surgió así el Estado Social, en muchos casos rico y todopoderoso (como en Venezuela, por ser Estado petrolero), el cual asumió para sí la justicia social. El Estado dejó de ser sólo regulador y se convirtió en gestor, asumiendo directamente la carga, *primero*, ni siquiera de redistribuir la riqueza sino de distribuirla directamente, subsidiándolo todo, sustituyendo al ciudadano contribuyente y ahuyentando toda idea de solidaridad social; y *segundo*, prestando toda clase de servicios públicos para asegurar el funcionamiento de la sociedad. El Estado Social se convirtió así, en el único responsable del bienestar de la colectividad, al cual se reclamaba todo y lo pretendía solucionar

todo, con vistas a asegurarle a todos una existencia digna y provechosa. Ello lo llevó no sólo a prestar todos los servicios públicos, y tratar de suministrar a la población todos los beneficios sociales inimaginables; sino a asumir una intervención directa y activa en la economía, llegando a ser empresario de todo y, además, dirigiendo y ordenado la economía en su conjunto.

La consecuencia de todo ello fue una desatada inflación administrativa, surgiendo así una Administración Pública centralista y todopoderosa, que apagó progresivamente las autonomías territoriales y locales, y que originó empresas públicas de todo tipo.

Ese Estado Social, por cierto, desde hace 20 ó 30 años está en un proceso de observación y en plena transformación. Es decir, el Estado rico, todopoderoso, intervencionista, empresario, prestador de todos los servicios, asistencial, asegurador de los beneficios sociales, benefactor, paternalista y, por tanto, industrial, hotelero y hasta organizador monopólico de loterías y juegos; simplemente terminó en el mundo contemporáneo y ya no podrá ser más lo que fue. El Estado, hoy, con la complejidad creciente del mundo moderno y la quiebra generalizada de las finanzas públicas, es incapaz de seguir siendo el Estado Social benefactor de hace varias décadas, que todo lo daba, que todo lo aseguraba, que todo lo prestaba y que todo lo atendía.

No se olvide que ese Estado Social, ante todo, acabó con las iniciativas privadas y minimizó a la sociedad civil, la cual fue sustituida por la burocracia pública. Al controlar, dirigir, someter y regular todo, el Estado no ha dejado libre a la iniciativa privada, a la cual, por lo demás, no logra siquiera suplirla a medias pues no sólo no tiene recursos suficientes para ello, sino que se ha endeudado excediendo su capacidad de pago.

Ese Estado Social ineficiente y agobiado por tantas demandas, tiene que sufrir un proceso de racionalización definitiva, de desregulación y de privatización, para liberar la iniciativa privada y permitir la participación privada en las tareas públicas, y así poder ocuparse de las funciones básicas que ha descuidado. Basta del Estado que todo lo pretende hacer y controlar, mediante funcionarios controladores que no tienen la capacidad y la experiencia de los ciudadanos controlados; pues, en definitiva, aquellos terminan no haciendo ni controlando nada, y estos también terminan haciendo lo que quieren, en muchos casos intermediando la corrupción.

La Constitución de América Latina para el Siglo XXI, sin duda, tiene que redefinir el papel del Estado Social, para asegurar los principios de justicia social del régimen económico, tanto público como privado; pero para ello tiene que deslastrarse de la imposición a los particulares de tantas limitaciones y controles –tiene que desregularse-; y tiene que salir de tantas empresas y actividades que tiene que privatizar, de manera que se liberen las iniciativas privadas, se asegure la participación de la sociedad civil y el sector privado en tantas tareas tradicionalmente públicas, y el Estado se concentre en la conducción y asunción de las políticas públicas que aseguren seguridad, salud, educación, infraestructura y servicios a todos y con la participación de todos.

En este aspecto, por ejemplo, el modelo que no se debe seguir es el de la reciente Constitución de Venezuela de 1999, que plantea un esquema de organización del Estado Social montado en el estatismo, el paternalismo y el populismo más tradicionales, con la consecuente minimización de las iniciativas privadas, que hace responsable al Estado de

casi todo, pudiendo regularlo todo²¹. Dicha Constitución no asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control, planificador y empresario de las últimas décadas, ni entendió la necesidad de privilegiar las iniciativas privadas y estimular la generación de riquezas y empleo por la sociedad. El resultado de dicho texto constitucional en materia económica, visto globalmente y en su conjunto, es el de una Constitución hecha para la intervención del Estado en la economía y no para el desarrollo de la economía bajo el principio de la subsidiariedad de la intervención estatal.

En materia social, por otra parte, el texto de la Constitución venezolana pone en evidencia un excesivo paternalismo estatal y la minimización de las iniciativas privadas, por ejemplo, en materia de salud, educación y seguridad social. La regulación de estos derechos en la Constitución no sólo pone en manos del Estado excesivas cargas, obligaciones y garantías, de imposible cumplimiento y ejecución en muchos casos, sino que minimiza al extremo de la exclusión, a las iniciativas privadas. En esta forma, servicios públicos esencial y tradicionalmente concurrentes entre el Estado y los particulares, como los de educación, salud y seguridad social, aparecen regulados con un marcado acento estatista y excluyente.

IX. LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

En *noveno lugar* está el tema del control judicial de la constitucionalidad de las leyes que, por sobre todo, también es un tema del constitucionalismo latinoamericano²².

No se olvide que la cláusula de supremacía que tenía la Constitución de los Estados Unidos de América fue adoptada, ampliada, en América Latina, a partir de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811, en la cual, además, se estableció en forma expresa la garantía objetiva de la Constitución, declarándose nulas y sin valor, las leyes y actos estatales contrarios a la Constitución. Se constitucionalizó, así, en América Latina, ocho años después, lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica había deducido, en forma pretoriana, a partir del caso *Marbury vs. Madison* de 1803. Por ello encontramos en los textos constitucionales de nuestros países, declaraciones como las del artículo 46 de la Constitución de la República Dominicana, en el sentido de que “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1999”, en Diego Valadés, Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 171-193; en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 2000, pp. 7-21; en *Revista Facultad de Derecho, Derechos y Valores*, Volumen III N° 5, Universidad Militar Nueva Granada, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, Julio 2000, pp. 9-26; y en *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas 2000, pp. 63-88

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law. New Series, Cambridge University Press, Cambridge 1989; “La jurisdicción constitucional en América Latina” en Domingo García Belaúnde-Francisco Fernández Segado (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Ibero América*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Jurídica Venezolana (Caracas), Ediciones Jurídicas (Lima), Editorial Jurídica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117-161

Incluso sin declaraciones de este tipo, el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes se instaló en América Latina desde del Siglo XIX y así sucedió en Argentina, a partir de 1887, con el caso *Sojo*; en México, a partir de 1847, con la introducción en la Constitución del juicio de amparo; en Brasil, a partir de su previsión expresa en la Constitución de 1891; en Venezuela, a partir de su consagración expresa en el Código de Procedimiento Civil de 1897 (constitucionalizado ahora en el texto de 1999).

La tendencia siguió durante en el Siglo pasado con la constitucionalización del control difuso en Colombia, a partir de su consagración expresa en la reforma constitucional de 1910; en Guatemala, en la Constitución de 1921, y luego más recientemente en las Constituciones de Honduras (1982), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1996).

La última de las constituciones latinoamericanas en constitucionalizar en forma expresa el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, como se dijo, ha sido la Constitución de Venezuela de 1999, en la cual se estableció no sólo que “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” de manera que “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución” (art. 7), sino que se reguló expresamente la garantía judicial de dicha supremacía, al establecerse que:

Artículo 334: Todos los jueces de la República en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Las reformas constitucionales en América Latina, en nuestro criterio, tienen que reafirmar este control difuso de la constitucionalidad de las leyes como mecanismo de garantía judicial de la Constitución, conforme al cual todos los jueces, en los casos concretos que deban decidir, son jueces de la constitucionalidad de las leyes y normas, al punto de que pueden desaplicarlas al caso concreto cuando las juzguen inconstitucionales, aplicando con preferencia la Constitución.

Pero no sólo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es consustancial al constitucionalismo latinoamericano y debe ser afianzado en el futuro, sino que también, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes por un Tribunal Supremo o una Corte Constitucional también debería ser afianzado en la Constitución, pues incluso tuvo su origen en nuestros países.

En efecto, no hay que dejar de mencionar que ochenta años antes de que Hans Kelsen ideara el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes el cual, por la tradicional desconfianza europea respecto de los tribunales y la vigencia en la época del principio de la soberanía parlamentaria, fue atribuido a un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial; a partir de 1858, en América Latina, ya se había establecido en la Constitución venezolana de la época, la competencia anulatoria de la Corte Suprema, por razones de inconstitucionalidad, de determinadas leyes²³.

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, La justicia constitucional, Tomo VI, Instituciones políticas y constitucionales, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996.

Este método de control que atribuye a una Jurisdicción Constitucional el poder anulatorio respecto de las leyes inconstitucionales, se caracteriza precisamente por esto último, y no por el órgano que conforma la Jurisdicción Constitucional, que puede ser sea la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional especializado. Por ello, el órgano estatal dotado de este poder de ser el único juez constitucional con poder anulatorio respecto de las leyes, puede ser el Tribunal o Corte Suprema como sucede en México, Brasil, Panamá, Honduras, Uruguay, Paraguay, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Venezuela, aún cuando en estos cinco últimos países sea a través de una Sala Constitucional del Tribunal o Corte Suprema; pero también puede tratarse de una Corte o Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera del Poder Judicial, como sucede en Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador o Bolivia.

En Venezuela, por ejemplo, la reciente Constitución de 1999 precisa que:

Artículo 334: ...Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

De esta norma resulta claro, por tanto, que lo que caracteriza a la Jurisdicción constitucional es el objeto del control (leyes, actos de rango legal o de ejecución inmediata o directa de la Constitución), más que el órgano o el motivo de control.

De lo señalado resulta que el control de la constitucionalidad de las leyes ha sido una tradición constitucional de América Latina, cuya implantación se remonta al Siglo XIX, pudiendo decirse, incluso, que ha sido en nuestro continente donde se ha originado el sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, que combina el método difuso con el método concentrado de control de la constitucionalidad que se ha desarrollado, por ejemplo, en Colombia, Venezuela, El Salvador, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia; siendo incluso de origen Latinoamericano, la institución de la acción popular de inconstitucionalidad que existe en Colombia y Venezuela.

La República Dominicana, en esta materia de métodos de control de la constitucionalidad, por lo demás de origen o carácter latinoamericano, tiene sin duda un enorme campo para innovar y para desarrollar más los principios que derivan de la sola referencia que hoy tiene la Constitución en la materia (art. 67), cuando atribuye al Supremo Tribunal de Justicia competencia para conocer “de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada”. En tal sentido, la Jurisdicción Constitucional debe ser constitucionalizada, extendiéndose el control de constitucionalidad no sólo respecto de las leyes, sino de todos los actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución, como los llamados *interna corporis* del parlamento o los actos de gobierno del Presidente de la República.

X. LA REFORMULACIÓN DE LOS MÉTODOS DE REVISIÓN O REFORMA CONSTITUCIONAL

Por último, en *décimo lugar*, está el tema de la revisión o reforma constitucional, que incide en uno de los principios más clásicos del constitucionalismo moderno, como es el de la rigidez.

Todas las Constituciones latinoamericanas han sido y son rígidas, en el sentido de que su revisión no puede hacerse mediante los métodos ordinarios de formación o reforma de la legislación ordinaria, sino que, al contrario, son especialmente establecidos para ello con un mayor grado de complejidad²⁴. En la generalidad de los casos, en nuestros países se atribuye al órgano legislativo del Estado, mediante un procedimiento específico y quórum calificado, la potestad de revisar la Constitución como sucede en Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Honduras, Perú, México, Panamá y República Dominicana. En otros casos, además de la intervención del órgano legislativo, se exige la aprobación popular de la reforma, como sucede en Ecuador, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Colombia. En otros países se regula la intervención adicional de una Asamblea Nacional Constituyente, institución que por ejemplo se encuentra regulada en forma expresa en las Constituciones de Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. En otros países se distingue, además, el procedimiento para las Enmiendas del destinado a la Reforma Constitucional.

En todo caso, un aspecto fundamental que debe abordarse al reformar la constitución es el de conciliar las exigencias de las mutaciones constitucionales con los procedimientos propios de la rigidez constitucional para la revisión de las Constituciones y, en todo caso, resolver expresamente el conflicto que puede presentarse entre la soberanía popular y la supremacía constitucional.

En este aspecto, la recién experiencia venezolana puede servir de estudio de caso a los efectos de asimilar su experiencia y evitar sus efectos nocivos. La Constitución de 1961 establecía dos métodos de revisión constitucional: la Enmienda y la Reforma General, con procedimientos diferenciados según la importancia de la revisión, en los cuales la parte preponderante estaba en el Congreso Nacional, exigiéndose referéndum aprobatorio sólo para las Reformas Generales. En la Constitución, a pesar de la importante experiencia histórica del país en la actuación de Asambleas Constituyentes, sin embargo, como sucede en la Constitución de la República Dominicana, no estaba

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, «Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela» en I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto Comparato, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, 23-04-1997, Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181; y en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 134, Caracas 1997, pp. 169-222. Más recientemente sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, “Models of Constitutional Review (Reform and Amendments) in Latin America”, Ponencia presentada al VI World Congress on Comparative Law, International Association of Comparative Law, Santiago de Chile, 08-01-2004, publicado como “Modelos de revisión constitucional en América Latina (Una aproximación comparativa)” en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, enero-diciembre 2003, No. 141, Año LXVV, Caracas 2004, pp. 115-154; y en Allan R. Brewer-Carías, Constitución, Democracia y Control el Poder, Universidad de los Andes, Consejo de Publicaciones, Editorial Jurídica venezolana, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida 2004, pp. 245-290

prevista la posibilidad de convocar alguna para que pudiera asumir la tarea de revisar el Texto Fundamental y reformular el sistema político en crisis.

En 1999, sin embargo, el entonces recién electo Presidente de la República planteó la necesidad de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual muchas personas y sectores ajenos al Presidente estábamos de acuerdo, pero con la necesidad de preverla previamente mediante una enmienda en la Constitución²⁵.

Sin embargo, sin que esto último se hiciera, el Presidente de la República al tomar posesión de su cargo en febrero de 1999, decretó la convocatoria a un referéndum consultivo para el tema de la Asamblea Constituyente. La discusión constitucional que se había producido sobre dicha posibilidad que no tenía previsión constitucional, finalmente se había terminado con una ambigua decisión e interpretación de la Corte Suprema de Justicia la cual, fundada en el derecho a la participación como inherente a las personas, en enero de 1999 abriría el camino para la elección de la Asamblea Constituyente, lo que finalmente ocurrió, también después de intensos debates constitucionales judiciales, al aprobarse la iniciativa mediante referéndum en abril de 1999²⁶.

La Asamblea se eligió en julio de 1999, pero en lugar de concentrarse en la revisión constitucional, pretendió asumir poderes constituyentes originarios y colocarse por encima de los poderes constituidos, cuyos titulares habían sido electos meses atrás. Por supuesto, los conflictos constitucionales y políticos no se hicieron esperar y se sucedieron durante todo el segundo semestre de 1999²⁷, concluyendo el proceso, en principio, con la aprobación de la nueva Constitución la cual fue sometida a referendo aprobatorio en diciembre de 1999. La Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, e incluso al margen tanto de la nueva Constitución, como de la anterior, asumió poderes constitucionales paralelos, dictando normas de rango constitucional que, sin embargo, no fueron aprobadas por el pueblo, lo cual lamentablemente así fue aceptado por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, en marzo de 2000²⁸.

El resultado del proceso constituyente venezolano, en todo caso, ha sido la regulación en el texto Constitucional, de todas las modalidades de revisión constitucional (arts. 340 y sigts): en *primer lugar*, la Enmienda Constitucional destinada a adicionar o modificar uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental, la cual luego de aprobada mediante un procedimiento especial por la Asamblea Nacional, debe someterse a referéndum aprobatorio; en *segundo lugar*, las Reformas Constitucionales con el objeto de revisar parcialmente la Constitución y sustituir una o varias de sus normas sin alterar los principios fundamentales del Texto, la cual también tiene un

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

²⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *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

²⁷ Véase nuestros aportes a dicho debate en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente* (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999

²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002

procedimiento algo más complicado y la necesidad de aprobación mediante referendo; y en *tercer lugar*, la Asamblea Nacional Constituyente para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. Por supuesto, a partir de la Constitución de 1999, y estando expresamente previsto en su texto, como un mecanismo para su revisión, esa Asamblea –al contrario de lo que ocurrió con la de 1999- no podría pretender asumir un poder constituyente originario, sino que para cumplir su misión, debe actuar en paralelo con los órganos de los Poderes constituidos.

El artículo 349 de la Constitución, sin embargo, establece que “los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente”, lo que podría conducir a que la Asamblea acuerde, por ejemplo, la cesación del mandato de los órganos de los poderes constituidos. El asunto, en todo caso, lo resuelve expresamente, la Constitución de Paraguay con una luminosa previsión:

Artículo 291: La Convención Nacional Constituyente es independiente de los poderes constituidos. Se limitará, durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión, de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos, ni acortar o ampliar su mandato.

Una norma como esta, de haber existido en la Constitución venezolana de 1961, ciertamente nos hubiera ahorrado no sólo un año de conflictos políticos y constitucionales, sino el conjunto de “interpretaciones” constitucionales que la antigua Corte Suprema y el actual Tribunal Supremo tuvieron que hacer para justificar lo injustificable.

*

Las reformas constitucionales que se hagan en nuestros países de América Latina, sin duda, debe nutrirse de las experiencias derivadas de los conflictos vivos que se han producido en muchos de nuestros países, para prevenirlos o encauzarlos en su propio texto, y permitir las revisiones constitucionales necesarias e indispensables, particularmente en momentos de crisis del sistema político.

En América Latina, sin duda, tenemos suficiente experiencia constitucional como para poder aprender de nosotros mismos. Como dijimos al inicio, fue en nuestros países donde se comenzaron a ensayar todos los principios del constitucionalismo moderno, pues aquí fue que penetraron, en paralelo, las ideas y aportes de la Revolución Norteamericana de 1776 y de la Revolución Francesa de 1789. América Latina fue así un campo de ensayo de esos principios desde que se inició la Independencia a comienzos del Siglo XIX y, por supuesto, mucho antes que en la mayoría de los países europeos.

Aquí hemos probado de todo, y tenemos experiencia propia en todo lo que tenga que ver con la organización del Poder. Nuestras Constituciones, por tanto, tienen que surgir de nuestras propias experiencias, para lo cual por supuesto tenemos que pasar por conocerlas, porque la verdad es que muchas veces los latinoamericanos no nos conocemos a nosotros mismos. De allí, a veces, la inadecuada importación de tantas instituciones de otras latitudes, que a veces se enquistan en nuestros sistemas constitucionales y no terminan ni siquiera de latino americanizarse.

Uno de los retos de la reforma constitucional es, por tanto, la identificación precisa de los grandes temas sobre los cuales debe versar , a lo que espero haber contribuido con estas reflexiones.

Pero debemos hacer una última reflexión: Una reforma constitucional, además de ser un asunto serio, es ante todo un asunto de todo un país, de todo un pueblo. Así como una Constitución no puede ser obra de un grupo político que la imponga a todos los otros; igualmente las reformas constitucionales deben ser producto de un consenso, de un acuerdo, de un pacto que involucre a todos los componentes de una sociedad y sus organizaciones. Esa es la única garantía de su necesidad y perdurabilidad. Una reforma constitucional impuesta, así sea por una mayoría circunstancial –porque en democracia queridos amigos, todas las mayorías son circunstanciales y nunca son eternas-, es una reforma llamada a tener la misma duración que los reformadores tengan en el poder²⁹. Ese es el otro reto de la reforma constitucional: lograr que sea el compromiso del país entero.

Por ello, además, una reforma constitucional, así corresponda hacerla al órgano legislativo, incluso en ausencia de mecanismos formales de consulta popular como ocurre en la República Dominicana, debe estar precedida y acompañada de amplios mecanismos de consulta que permitan el involucramiento y la participación de la población en la misma, y que hay que inventar. Sometan pues el tema al pueblo, pídanle que dé sus opiniones; pídanle que formule propuestas e ideas; canalícenlas por ejemplo, a través de los ayuntamientos y sus regidores, a través de los partidos y demás agrupaciones de la sociedad civil; y luego procésenlas.

La decisión, en definitiva, es de los legisladores, pero cuídense de asegurarle las raíces necesarias para que la reforma los sobreviva.

Santo Domingo, 15 de junio 2005

²⁹ Allan R. Brewer-Carías, “The 1999 Venezuelan Constitutional-Making Process and its failure as an instrument for political conciliation”, conferencia en el Seminario Project on Constitution-Making, Peace Building and National Reconciliation, United States Institute of Peace, Washington 11-10-2002; publicada como “Las características del proceso constituyente venezolano de 1999 y su fracaso como instrumento de conciliación política” en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Ediciones El Nacional, Caracas 2002, pp. 221-255. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela” en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48; publicado también en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 243-253.

XIII

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Conferencia dictada en el acto de presentación del libro: *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Senado de la República Dominicana, Salón Juan Pablo Duarte, Biblioteca del Congreso Nacional, Santo Domingo, República Dominicana, 12 de julio 2006.

Hablar de reforma constitucional en una sociedad democrática es, en definitiva, hablar del Estado Constitucional, del Estado de derecho y de la democracia constitucional. Es decir, del Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual, tanto la democracia como la soberanía popular se encuentran juridificadas, lo que por sobre todo implica limitación. Y es que el derecho, la regulación constitucional o la ley, siempre es limitación.

Esa juridificación, en el Estado constitucional de derecho implica limitación constitucional no sólo respecto del Estado mismo y su funcionamiento, sino también respecto de la propia democracia y a la soberanía popular.

Por ello, si bien las Constituciones, como ocurre con la de la República Dominicana (art. 2), proclaman que el pueblo es el titular de la soberanía nacional, sin embargo, le imponen al pueblo en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Como lo dice el artículo 2 de la Constitución: si bien del pueblo “emanan todos los Poderes del Estado”, los mismos sólo “se ejercen por representación”.

En esta forma a la soberanía se la ha dotado de un carácter jurídico y no sólo fáctico, lo que por supuesto no implica que se haga de la Constitución una fuente de la soberanía misma. El pueblo es el que es el soberano y, como tal, el que ha juridificado su propia soberanía, y además, es el que ha dotado a la Constitución de supremacía al establecer, como lo hace la Constitución de la República Dominicana, que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución” (art. 46).

En el Estado constitucional, por tanto, es el pueblo el que se autolimita a través de la Constitución para ejercer la soberanía; de manera que la Constitución normativiza su ejercicio.

Pero sin duda, la soberanía, a pesar de haber sido dotada de ese carácter jurídico, en definitiva, es un concepto político o una cuestión de hecho, cuyo ejercicio en una sociedad democrática tiene que tender a fundamentarse en el consenso político, para lograr que sea, precisamente, la expresión del pueblo.

En otras palabras, el ejercicio de la soberanía popular en un Estado constitucional de derecho, nunca puede consistir en la imposición de la voluntad de una fracción sobre la otra. Tiene que buscar responder al consenso político, que por supuesto es cambiante como también lo son el juego de las relaciones sociales y políticas.

La clave del éxito de las Constituciones es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o pacto de toda una sociedad –y no de voluntades circunstanciales- y, además, el prever en sus normas, tanto la forma de materialización de los cambios, como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular no va a ser suplantada.

Por eso, la normativización de la soberanía popular, más que su limitación, es una garantía de que al pueblo debe asegurársele la libre determinación de decidir su futuro. Por eso es que decimos que la juridificación de la soberanía popular implica su autolimitación procedimental, mediante el establecimiento de normas que aseguren efectivamente la formación de la voluntad soberana; normas precisamente como las que están en los artículos 116 y siguientes de la Constitución de la República Dominicana.

En general, por tanto, se trata de una limitación adjetiva, auto impuesta, para asegurar la manifestación de la voluntad popular; lo que sin embargo no excluye la posibilidad de que como lo regulan muchas Constituciones, también se establezcan limitaciones de orden material, como cláusulas pétreas que buscan limitar el propio contenido de la voluntad popular, restringiendo su facultad de cambiar determinados principios e, incluso, sistemas políticos. Por ello el artículo 119 de la Constitución de la República Dominicana dispone que “Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”.

La reforma constitucional en las Constituciones, por tanto, debe ser regulada en forma tal que asegurando la manifestación de la voluntad popular (que en el caso de la República Dominicana sólo es a través de sus representantes), a la vez permita que se realicen los cambios necesarios que exige la sociedad democrática.

Se trata, siempre, de la búsqueda del equilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional, que son los principios que siempre están presentes en toda reforma constitucional: Por una parte, la supremacía constitucional, que implica que la Constitución es la ley de leyes, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. Y por la otra, la soberanía popular que faculta al pueblo, como titular de la soberanía, el ejercicio del poder constituyente para modificar el Estado constitucional, su organización y la propia Constitución.

El primero, el principio de la supremacía constitucional, es un concepto jurídico; y el segundo, el de la soberanía popular, es un concepto político (aunque jurídicado); y en torno a ambos es que gira el poder constituyente, es decir, el poder de reformar la Constitución que siempre debe resultar de un punto de equilibrio entre ambos principios. Ni la supremacía constitucional puede impedir el ejercicio de la soberanía por el pueblo, ni este pueda expresarse al margen de la Constitución.

En esta forma, en el equilibrio entre ambos principios, que es el equilibrio entre el derecho y los hechos, o entre el derecho y la política, es cómo el poder constituyente debe manifestarse en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Es decir, la reforma constitucional debe resultar del equilibrio previsto en la Constitución entre soberanía popular y supremacía constitucional, como juridificación del poder constituyente, para hacerlo operativo desde el punto de vista democrático.

Por todo lo anterior, puede decirse que la reforma de la Constitución o el poder de reforma constitucional, es un poder jurídico que descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente el cual fija en el texto constitucional los mecanismos de actuación de ese poder de revisión. Por ello el artículo 120 de la Constitución de la República Dominicana dispone claramente que “La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”.

Lo importante a destacar es que esta juridificación o fijación, no implica que la soberanía nacional, como poder constituyente, desaparezca. En realidad puede decirse que por la propia autolimitación, una vez regulado el poder constituyente en la Constitución, entra en un estado latente pero teniendo siempre la posibilidad de actuar cuando sea requerido, conforme al procedimiento que él mismo ha instituido en el texto constitucional que ha creado.

Por ello la importancia que tiene para el Estado constitucional democrático de derecho que esta juridificación del poder constituyente sea, en definitiva, un instrumento para el fortalecimiento de la democracia. Se trata de la previsión en forma de normas, de los mecanismos pacíficos y racionales para que el pueblo adopte en un momento y circunstancias determinadas, el orden político y jurídico apropiado para sus fines esenciales. De allí la posibilidad también de pensar en el mecanismo constitucional de la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, pero la misma debe previamente ser juridificada.

Cualquiera que sea el procedimiento constitucionalmente previsto, ello garantiza la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evita que por la fuerza o por la expresión de mayorías circunstanciales se imponga la voluntad de una facción del pueblo sobre las otras.

La historia, por lo demás, enseña que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza, perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, por sobre todo tiene que ser un instrumento para la inclusión, el consenso y la conciliación. Es cierto que

a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, como también nos lo muestra la historia reciente. Pero en todo caso, debe ser un instrumento de conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular.

Ese es el reto que todo país tiene al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos. Ese es el reto que, por supuesto, tienen ustedes en la República Dominicana, el cual tienen que asumirlo como responsabilidad de todos, pero no como una cuestión coyuntural para resolver situaciones de momento, como tantas veces ocurrió en el pasado, sino para perfeccionar las instituciones existentes y, además, para resolver las cuestiones constitucionales pendientes, muchas de las cuales han venido siendo discutidas y en gran parte están recogidas en el libro que hoy se presenta. Entre esas, permítanme recordarlas, está la previsión constitucional de las bases para la inserción de la República Dominicana en el mundo internacional y globalizado contemporáneo, sin afectar su soberanía; la reformulación de la forma de ejercicio de la democracia para hacerla más representativa y abrir canales para ejercicios de democracia directa; la distribución efectiva del poder público en forma vertical, hacia las comunidades territoriales, para hacer posible la participación democrática, la cual sólo puede ocurrir cuando reformulando el régimen provincial y municipal, el poder está cerca del ciudadano; la reafirmación del principio de la separación de poderes, previendo los efectivos mecanismos para asegurar su independencia y autonomía, y por sobre todo, el control recíproco, donde radica la base de la propia democracia y el antídoto frente al autoritarismo; y entre esos controles, mediante la reformulación del sistema de justicia para asegurar aún más su independencia y autonomía; la acentuación de la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos, individuales, económicos y sociales, y por ejemplo, la constitucionalización de la protección de los mismos mediante la institución del amparo, que si bien ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, todavía resulta que la República Dominicana es el único país de América latina que no lo garantiza expresamente en el texto de su Constitución; y por último, la reformulación del propio sistema constitucional de revisión constitucional sólo mediante representantes, para además asegurar una participación popular por ejemplo, mediante un referendo aprobatorio.

En fin, los temas pendientes ustedes los conocen y los han estudiado. Lo importante, ahora es hacer de la reforma la tarea de todos, de todos los poderes del Estado, de todos los partidos y de todas las organizaciones de la sociedad, de manera que sea producto del pueblo en su conjunto. Ello no sólo le garantizaría perdurabilidad, sino que permitiría darle el contenido sustancial que permita superar el viejo método coyuntural de las reformas.

Santo Domingo, 12 de julio de 2006

XIV

SUGERENCIAS PARA EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

I

En los Estados contemporáneos, el poder constituyente se encuentra necesariamente juridificado, es decir, regulado en las Constituciones; lo que implica limitación no sólo respecto del Estado mismo y su funcionamiento, sino también respecto de la propia democracia y a la soberanía popular.

En consecuencia, las reformas constitucionales, que siempre se deben realizar buscando el equilibrio entre la soberanía popular y la supremacía constitucional, deben precisamente realizarse conforme a lo que el pueblo (soberanía popular) dispuso al adoptar la Constitución (supremacía constitucional).

Por ello, si bien las Constituciones, como ocurre con la de la República Dominicana (art. 2), proclaman que el pueblo es el titular de la soberanía nacional, sin embargo, le imponen al pueblo en su ejercicio, la observancia de las propias disposiciones constitucionales. Como lo dice el artículo 2 de la Constitución: si bien del pueblo “emanan todos los Poderes del Estado”, los mismos sólo “se ejercen por representación”; agregando que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución” (art. 46). Y en cuanto a la reforma constitucional, es el artículo 120 de la Constitución de la República Dominicana el que dispone claramente que “La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”.

Se trata, en definitiva, de la reafirmación de que la reforma constitucional debe hacerse en la República Dominicana mediante la participación de los representantes populares conforme al procedimiento establecido en los artículos 166 y siguientes. No hay previsión alguna en la Constitución sobre la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, por lo que para que la misma pudiera ser convocada tendría que ser previamente ser juridificada, mediante una reforma puntual de la Constitución en la forma prevista en su texto.

II

Pero sea cual fuere el mecanismo institucional que exista para reformar la Constitución, el resultado nunca debe consistir en la imposición de la voluntad de una fracción política sobre la otra. Tiene que buscar responder al consenso político, que por supuesto es cambiante como también lo son el juego de las relaciones sociales y políticas.

La clave del éxito de las Constituciones es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o pacto de toda una sociedad –y no de voluntades o mayorías circunstanciales. La historia, por lo demás enseña que nada que se imponga a una sociedad por la fuerza, perdura; ni nada que pretenda basarse en la imposición de la voluntad de una facción de la sociedad aplastando o excluyendo a las otras, perdura.

Una reforma constitucional, por tanto, para que perdure, por sobre todo tiene que ser un instrumento para la inclusión, el consenso y la conciliación. Es cierto que a veces ha sido el resultado de un armisticio después de alguna guerra fratricida, como tantos ejemplos nos muestra la historia; en otros casos, ha sido el resultado de un pacto para evitar la confrontación, como también nos lo muestra la historia reciente. Pero en todo caso, debe ser un instrumento de conciliación, que permita no sólo adaptar las Constituciones a las exigencias políticas de los tiempos contemporáneos, sino que las mismas sean efectivamente la manifestación de la voluntad popular.

Ese es el reto que todo país tiene al plantearse el tema de la reforma constitucional, cuya asunción tiene que garantizar la perdurabilidad de la democracia, perfeccionándola para todos. Ese es el reto que, por supuesto, tiene la República Dominicana, el cual debe ser asumido como responsabilidad de todas las fuerzas políticas y sociales, pero no como una cuestión coyuntural para resolver situaciones de momento, como tantas veces ocurrió en el pasado, sino para perfeccionar las instituciones existentes y, además, para resolver las cuestiones constitucionales pendientes, muchas de las cuales ya han venido siendo discutidas desde hace lustros, como por ejemplo, las referentes a la previsión constitucional de las bases para la inserción de la República Dominicana en el mundo internacional y globalizado contemporáneo, sin afectar su soberanía; a la reformulación de la forma de ejercicio de la democracia para hacerla más representativa y abrir canales para ejercicios de democracia directa; a la distribución efectiva del poder público en forma vertical, hacia las comunidades territoriales, para hacer posible la participación democrática, la cual sólo puede ocurrir cuando reformulando el régimen provincial y municipal, el poder está cerca del ciudadano; a la reafirmación del principio de la separación de poderes, previendo los efectivos mecanismos para asegurar su independencia y autonomía, y por sobre todo, el control recíproco, donde radica la base de la propia democracia y el antídoto frente el autoritarismo; y entre esos controles, mediante la reformulación del sistema de justicia para asegurar aún más su independencia y autonomía; a la acentuación de la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos, individuales, económicos y sociales, y por ejemplo, la constitucionalización de la protección de los mismos mediante la institución del amparo, que si bien ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, todavía no lo garantiza expresamente en el texto de su Constitución; y por

último, a la reformulación del propio sistema constitucional de revisión constitucional sólo mediante representantes, para además asegurar una participación popular por ejemplo, mediante un referendo aprobatorio.

III

Ahora bien, en la coyuntura actual de la República Dominicana se ha vuelto a replantear el tema de la reforma constitucional, en particular sobre la forma de hacerla, si por los mecanismos establecidos en la Constitución (arts. 116 y siguientes) o mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente que en todo caso requeriría una reforma constitucional previa y puntual para regularla.

Como los artículos 116 y siguientes de la Constitución asignan la tarea de reforma constitucional a una Asamblea Nacional integrada con los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional, la discusión relativa a pensar en otro mecanismo distinto para reformar la Constitución, sólo podría tener justificación si se considerase y en ello hubiese consenso, que a pesar de haber sido electos, los representantes populares en las Cámaras del Congreso, carecerían de legitimidad democrática, por la razón que sea.

En ese caso, la falta de legitimidad democrática de los representantes electos podría entonces justificar que ellos mismos tomaran la iniciativa de reformar la Constitución para prever los mecanismos de la Asamblea Constituyente, para luego proceder a elegirla buscando mayor legitimidad y representatividad en la tarea de reformar la Constitución.

Sin embargo, ello no parece ser el caso en la República Dominicana, donde acaba de realizarse las elecciones generales para representantes populares y se vienen de elegir a los nuevos miembros de las Cámaras del Congreso, quienes ni siquiera aún han tomado posesión de sus cargos. En esa circunstancia no podrías hablarse de que el mecanismo constitucional de la Asamblea Nacional integrada por los senadores y diputados recién electos, carecería de legitimidad para emprender la reforma constitucional. Al contrario, tiene toda la legitimidad necesaria que resulta de una elección reciente, cuya realización y resultados no se han cuestionado.

En consecuencia, no parece tener sentido alguno enfrascarse en la discusión del tema de la Asamblea Constituyente para realizar una reforma constitucional, lo que exigiría reformar previamente la Constitución para regularla, y luego proceder a convocarla y elegirla y ponerla a funcionar en paralelo al Congreso Nacional, con todos los inconvenientes constitucionales que ello implica.

IV

Al contrario, lo que procede es que se realice una convocatoria al proceso constituyente conforme a lo previsto en la Constitución, con la participación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, lo que debería estar precedido de pasos previos a que formalmente se proponga en el Congreso o se proponga al Congreso (art. 116) la propuesta de reforma y que ella se declare necesaria mediante ley (art. 177).

Esos pasos previos necesarios son lo que pueden dar el éxito requerido al proceso constituyente, y podría ser los siguientes:

- 1) **Compromiso del poder Ejecutivo con la realización del proceso de reforma constitucional.** Entendemos que este paso se ha cumplido al haberse designado una Comisión plural para discutir las propuestas.
- 2) **Compromiso del nuevo Congreso Nacional con el proceso.** Eso debería iniciarse materialmente el mismo día de instalación de las Cámaras Legislativas, mediante la designación de una **Comisión Constitucional o Constituyente** integrada no sólo algunos senadores y diputados claves de todas las tendencias políticas, sino mayoritariamente por las personalidades nacionales que deban estar en ella políticamente hablando, y que además, con el acuerdo del Presidente, absorba a los miembros de la Comisión presidencial ya designados incorporando además, con el acuerdo del Presidente de la República, a los otros miembros que se estime.
- 3) Esa Comisión Constitucional conformada por acuerdo entre el Poder Ejecutivo y Poder legislativo, tendría a su cargo la conducción del proceso de reforma constitucional, que no solo consiste en la redacción de un **Proyecto de Constitución**, sino en asegurar una amplia participación ciudadana y consulta institucional en el proceso.

Esa Comisión Constitucional, por tanto, debería tener al menos tres Sub-Comisiones interrelacionadas:

A) **Una Sub Comisión para trabajar en la elaboración del Proyecto** de Constitución, conforme a los insumos que reciba del mundo jurídico y de la sociedad civil y política, directamente, o a través de las otras Sub-Comisiones.

B) **Una Sub Comisión para la participación ciudadana**, que debe conducir el proceso de participación en la materia.

Esa participación ciudadana sólo puede hacerse efectiva mediante la utilización de las estructuras locales del Estado, a nivel de Municipios y en los niveles territoriales inferiores. La participación política sólo es posible en los niveles políticos que están cerca del ciudadano, las comunidades y sus organizaciones y esos son los que conforman el gobierno local.

A tal efecto, las Cámaras Legislativas deberían dictar la normativa necesaria para asegurar esa participación ciudadana en el proceso de reforma constitucional a través de los **Síndicos**. A estos debe encargársele la tarea de promover el tema de la reforma constitucional en sus respectivas jurisdicciones, quienes deben recibir las propuestas que formulen los ciudadanos y sus organizaciones en cada municipio. A tal efecto, en cada gobierno local debe también nombrarse una **Comisión local para la reforma constitucional**, que reciba y procese las propuestas, que luego el Síndico correspondiente debe remitir a la Comisión Constitucional nacional para ser procesadas por la Sub Comisión de Participación ciudadana.

C) **Una Sub Comisión de consulta constitucional**, que debe promover a nivel nacional un proceso de consulta sobre la reforma constitucional, buscando la participación de las organizaciones nacionales políticas y de la sociedad, como los partidos

políticos, las universidades, los sindicatos, las asociaciones de profesionales, las asociaciones empresariales, etc.

4) Luego de realizado el proceso de consulta, participación y elaboración del proyecto conforme a las orientaciones anteriores, vendría entonces la elaboración de la propuesta que conforme al artículo 116 se debe presentar ante el Congreso, para que luego se proceda a la sanción de la ley que declare la necesidad de la reforma a que se refiere el artículo 117 de la Constitución. La propuesta incluso debería formularse en conjunto entre el poder Ejecutivo y el Poder Legislativo como resultado de la labor de la Comisión Constitucional.

Y luego, conforme al artículo 118, para resolver acerca de las reformas propuestas, la Asamblea Nacional se reuniría dentro de los 15 días siguientes a la publicación de la ley que declare la necesidad de la reforma, con la presencia de más de la mitad de los miembros de cada una de las Cámaras. Entonces, una vez votadas y proclamadas las reformas por la Asamblea Nacional, la Constitución sería publicada íntegramente con los textos reformados.

Julio 2006

XV

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO INSTRUMENTO PARA ANIQUILAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PARA CONFISCAR LA PROPIEDAD PRIVADA: EL CASO RCTV, 2007

Artículo publicado en parte en *Gaceta Judicial*, Santo Domingo, República Dominicana, mayo 2007, pp. 24-27.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con la complicidad de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal, en mayo de 2007, de nuevo, en lugar de proteger los derechos constitucionales de las personas, han conspirado como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para secuestrarlos y violarlos. El más alto nivel del Poder Judicial, así, ha lavado y avalado las arbitrariedades gubernamentales cubriéndolas con un velo de judicialidad, tal como ha ocurrido en el caso del cierre de la más importante estación de televisión del país, por cierto crítica al gobierno del Presidente H. Chávez (Radio Caracas Televisión, RCTV).

En ese caso, la conspiración judicial ha tenido por objeto aniquilar la libertad de expresión del pensamiento plural y decretar impunemente la confiscación de bienes de propiedad privada, que ni el Ejecutivo ni el legislador podían hacer por prohibirlo la Constitución (art. 115), en ambos casos, violando expresas disposiciones constitucionales pero con el agravante de que los conspiradores en este caso, han actuado impunemente, porque saben que sus actuaciones no pueden ser controladas.

En efecto, en varias decisiones judiciales dictadas en mayo de 2007, en lugar de controlar las sucesivas arbitrarias e inconstitucionales amenazas y decisiones del gobierno de no renovar la concesión de uso del espacio radioeléctrico que la empresa RCTV tenía desde hace más de medio Siglo, no sólo el Poder Judicial rehusó sistemáticamente efectuar control alguno de las actuaciones del Poder Ejecutivo, sino que como dócil instrumento del gobierno, validó el cierre del canal de televisión, avalando el atentado que ello significó a la libertad de expresión y, además, como la entidad estatal (Fundación TEVES) que creó el gobierno para sustituir a RCTV no estaba en capacidad de transmitir

efectivamente una señal de televisión con cobertura nacional, decidió, incluso en un caso, de oficio, y peor, que como si fuera gobierno arbitrario, confiscar los bienes de la empresa RCTV que cesaba en su actividad; asignándoselos “en uso temporal” indefinido y gratuito a la entidad oficial que comenzó a transmitir la señal de televisión en el mismo espacio radioeléctrico.

Para entender semejante atropello a la Constitución y a los derechos constitucionales de RCTV, cometido por el órgano judicial encargado de garantizar su supremacía, es conveniente hacer referencia a los antecedentes del caso, así como a las acciones judiciales que se intentaron buscando infructuosamente la respuesta del Poder Judicial en protección de legítimos derechos constitucionales que en este caso habían sido violados.

I. ANTECEDENTES

Las actividades privadas en materia de telecomunicaciones, en especial de las audiovisuales, se realizan en Venezuela conforme a un régimen jurídico que regula tanto las actividades de telecomunicaciones en sí mismas, como el uso de bienes del dominio público, cuando ello se requiera para la realización de aquellas. En ambos casos, las transformaciones del mundo contemporáneo en la materia, han provocado una evolución de dicho régimen jurídico de las telecomunicaciones que se ha caracterizado por las siguientes orientaciones:

En cuanto a la **regulación de las actividades de las telecomunicaciones** en sí mismas, el régimen jurídico de las mismas, en las últimas décadas, muestra una evolución en cuanto al grado de intervención del Estado, que ha pasado de constituir una actividad que hasta el último tercio del Siglo XX siempre y en general había sido considerada como una **actividad reservada al Estado**, en la mayoría de los casos con la categorización de **servicio público**, y que en algunos casos excluía toda actividad privada en las mismas; a la **actividad de interés general de la actualidad**, en la cual los particulares **tienen derecho** a realizar las actividades, aún cuando sometidos a cierto control por parte del Estado mediante el cual se los autoriza o habilita a desarrollarlas.

En cuanto a la **regulación del uso del dominio público para las actividades de telecomunicaciones** la evolución del régimen relativo a su regulación ha pasado de ser, uno que por ejemplo, sólo se refería a la utilización del dominio público terrestre, aéreo y marítimo para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la instalación de cables (subterráneos, aéreos y marítimos); a la regulación contemporánea adicional, del **uso del bien del dominio público denominado espectro radioeléctrico para transmitirlos por ondas**.

El cambio efectuado en relación con el régimen de las actividades de telecomunicaciones ocurrió en Venezuela con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 que estableció el principio de la libertad económica de las telecomunicaciones, eliminando la reserva de las mismas que antes tenía el Estado e incluso la misma denominación de “servicios públicos” de las mismas que disponía la vieja Ley de Telecomunicaciones de 1941.

Conforme a la nueva Ley, las actividades relativas a las telecomunicaciones pasaron entonces de ser actividades públicas que estaban reservadas al Estado, a actividades

privadas realizadas por los particulares en ejercicio del derecho a la libertad económica (art. 112 de la Constitución), en concurrencia con el Estado. En otros términos, incluso si algunas de dichas actividades de telecomunicaciones pudieran considerarse como servicios públicos, lo importante es que no se trata de servicios reservados al Estado los cuales, por tanto, pueden ser desarrollados libremente por los particulares, sujetos sólo a autorizaciones o habilitaciones administrativas. En realidad, la Ley Orgánica sólo estableció una reserva al Estado que ha quedado reducida a “los servicios de telecomunicaciones para la seguridad y defensa nacional” (Art. 8).

Tratándose entonces en general de actividades no reservadas al Estado, el artículo 1º de la Ley Orgánica precisa que el objeto del marco de su regulación es “garantizar el derecho de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes”.

La consecuencia de esta liberalización del régimen de las telecomunicaciones fue la previsión de que para su ejercicio por los particulares, sólo se requiere de la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y, de ser necesaria, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL (art. 5). Con ello, se insiste, respecto del régimen de las actividades de telecomunicaciones, la Ley Orgánica eliminó la reserva al Estado y el régimen general de concesiones (salvo por lo que se refiere al uso del dominio público del espectro radioeléctrico), sustituyéndolo por un régimen de libertad económica sólo limitada por la naturaleza de las actividades al ser de interés general, exigiéndose la obtención, para su realización, de una autorización administrativa.

Dado el cambio radical del régimen de las telecomunicaciones que pasó de la reserva al Estado, la calificación de las mismas como servicios públicos y su ejercicio mediante concesiones administrativas, hacia un régimen de concurrencia en los que los particulares tienen libertad económica; la calificación de las actividades como de interés general y su ejercicio mediante habilitaciones o autorizaciones administrativas, condujo a la Ley Orgánica a establecer en sus disposiciones transitorias, un régimen de transformación de las antiguas concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas, concesiones u obligaciones de notificación o registro establecidos en la nueva Ley Orgánica (art. 210), basándose todo el régimen en el principio del respeto de los derechos adquiridos y en la adaptación de las viejas concesiones a la habilitaciones administrativas y concesiones previstas en la nueva Ley.

Esa transformación se reguló en la Ley Orgánica, con carácter obligatorio, y en el procedimiento administrativo para lograrla se hizo participar a los interesados a cuyo efecto fueron llamados a solicitar la transformación de sus títulos jurídicos dentro de un plazo que estableció CONATEL (art. 210,7). Dicho procedimiento, que debía estar regido por los principios de transparencia, buena fe, igualdad y celeridad (art. 210,1), debía necesariamente concluir en el lapso de dos años siguientes a la publicación de la Ley, con un acto administrativo de transformación dictado por CONATEL, en el cual se debía

sustituir la concesión o permiso inicial por una habilitación administrativa y concesión conforme a la nueva Ley. La transformación no debía implicar el otorgamiento de más facultades para la prestación de servicios al público, que las que al momento tenían los operadores de telecomunicaciones de conformidad con sus respectivos títulos jurídicos (art. 210,3). La Ley dispuso, además, expresamente, que “mientras ocurre la señalada adecuación, todos los derechos y obligaciones adquiridas al amparo de la anterior legislación, permanecerán en pleno vigor, en los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas concesiones y permisos (Art. 210).

Conforme a esta previsión, RCTV solicitó oportunamente la transformación, la cual nunca fue decidida por el Estado, con lo cual siguió operando conforme a su vieja concesión la cual tenía una duración de 20 años, de acuerdo a lo establecido directamente en el Decreto N° 1577 de 27-05-1987 (artículos 4 y 1°), concluyendo el 27-05-2007; oportunidad en la cual RCTV en virtud de la abstención de la Administración de transformar la concesión, tenía el derecho preferente conforme al Decreto 1577, de que se le extendiera la concesión por otro período de 20 años (artículo 2).

El Estado venezolano, sin embargo, por manifestaciones directas del Presidente de la República, del Ministro de la Comunicación e Información, el Ministro de Telecomunicaciones e Informática y de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, desde finales de 2006 difundió en forma pública que RCTV cesaría de transmitir su señal de televisión el día 27 de mayo de 2007, cuando venciera la vieja pero vigente concesión que tenía. Al inicio, la razón de la medida anunciada fue neta y exclusivamente política, lo que era contrario a la Ley, y al final, las amenazas se convirtieron en actos administrativos concretos conforme a los cuales se habría decidido no renovar la concesión a la empresa, porque el Estado había decidido utilizar el espacio radioeléctrico que RCTV tenía asignado desde hace cinco décadas, para establecer una televisión de servicio público estatal. RCTV tenía derecho a la renovación, pues conforme al régimen de liberalización de las telecomunicaciones dispuesto en la Ley Orgánica de 2000, la renovación de los actos de habilitación no es el resultado de decisiones administrativas discrecionales sino regladas, a la cual tienen derecho los titulares de las mismas si se verifican los supuestos para su procedencia.

Ello provocó que se ejercieran por ante las Salas Político Administrativa y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, diversos recursos buscando la protección del juez constitucional, por la vía del amparo constitucional o de la acción contencioso administrativa con pretensión cautelar de amparo. El lamentable resultado fue la negativa sistemática del juez constitucional de proteger los derechos constitucionales de los recurrentes y, al contrario, ver cómo la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional, actuaron confabuladas para conculcar los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la propiedad privada.

II. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RENUNCIÓ DELIBERADAMENTE A PROTEGER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE AMENAZADOS DE SER VIOLADOS POR EL JEFE DE ESTADO Y SUS SUBORDINADOS

En efecto, ante la arbitrariedad que se venía anunciando, el 9 de febrero de 2007 la empresa RCTV, sus directivos, sus periodistas y sus trabajadores intentaron ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo una acción de amparo contra la amenaza de violación de sus derechos constitucionales por parte del Presidente de la República y el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, al haber declarado pública y reiteradamente, fundándose en motivaciones políticas (todo lo cual llegó incluso a recopilarse y publicarse en un *Libro Blanco* editado en marzo de 2007 por el Ministerio de Telecomunicaciones), la voluntad del Poder Ejecutivo de que a partir del 28 de mayo de 2007, RCTV dejaría de operar como estación de televisión abierta en VHF; amenaza que se consideró inminente, posible e inmediata, y mediante la cual el Jefe de Estado y sus subordinados violaban:

“(i) la libertad de pensamiento y expresión garantizada por el artículo 57 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela (...) y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) (ii) el derecho al debido proceso, expresado en el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído por una autoridad imparcial, garantizado por el artículo 49 de la Constitución y el artículo 8(2) de la Convención Americana y (iii) el derecho a la igualdad y la no-discriminación, garantizado por el artículo 21 de la Constitución y el artículo 24 de la Convención Americana, todo de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales” (...).”

La Sala Político Administrativa, mediante sentencia N° 920, EXP: 07-0197 de 17-5-2007 declaró inadmisibile la acción, para lo cual comenzó por precisar que en materia de telecomunicaciones, a juicio de la Sala, el órgano competente para pronunciarse en relación a la posible situación jurídica de la concesión que tenía RCTV, respecto del uso y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, era la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), razón por la cual consideró que la acción de amparo resultaba “inadmisibile, toda vez que la lesión no es inmediata, posible y realizable por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Rafael Chávez Frías, en lo que respecta a la pretensión dirigida contra su persona como presunto agraviente”. La Sala, aquí, incurrió en su primer error de crasa ignorancia sobre las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a las cuales, en forma expresa, la competencia en materia de habilitaciones y concesiones para televisión corresponde al Ministro de Telecomunicaciones.

Ahora bien, reducida la acción de amparo por decisión de la Sala sólo contra el Ministro y Presidente de CONATEL, la Sala Constitucional se refirió a dos actos administrativos dictados por el Ministro el 28 de marzo de 2007, después de que se había intentado la acción, contenidos en la Resolución N° 002 y en el Oficio N° 424, mediante los cuales se habría dado respuesta a la solicitud que había presentado Radio

Caracas Televisión RCTV, C.A., el 24 de enero de 2007, en cuanto a la transformación y renovación de su concesión. En el último de dichos actos, el Ministro había indicado (“resuelto”) que:

“la presente comunicación tiene carácter mero-declarativo, esto es, que no crea, modifica o extingue la situación jurídica respecto a la concesión de RCTV que se vence el 27 de mayo de 2007 a las 12 p.m. hora legal de Venezuela, por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contenido del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras, lo cual incluye las frecuencias accesorias otorgadas a nivel nacional para la explotación de la concesión cuya vigencia expira”.

Para la Sala Constitucional, este acto administrativo indicaba que había “cesado la circunstancia generadora de la presunta infracción constitucional en el presente caso”, pues conforme al artículo 6,1 de la Ley Orgánica de Amparo, “para que resulte admisible la acción de amparo es necesario que la lesión denunciada sea presente, es decir, actual”, concluyendo entonces que como:

“el hecho denunciado como lesivo lo constituye una presunta omisión atribuida al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, sin embargo, durante la tramitación del proceso de amparo el presunto agravante produjo la respuesta omitida, por lo que, desde el mismo momento en que se dictó el acto administrativo resolviendo la solicitud planteada, cesó la lesión denunciada por los quejosos”.

En consecuencia, la Sala resolvió en este caso, que había sobrevenido “la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por haber cesado la presunta infracción constitucional denunciada”. Así, la Sala, deliberadamente, se rehusaba a proteger derechos constitucionales violados.

Pero sin embargo, el juicio no concluyó allí, como era la lógica procesal, lo que implicaba el archivo del expediente, sino que la Sala Constitucional, luego de declarar inadmisibile la acción, entró a formular consideraciones que nadie le había solicitado, indicando que en la Resolución N° 002 dictada por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007, se había determinado:

“declarar terminado el procedimiento administrativo iniciado según la solicitud formulada por Radio Caracas Televisión, en fecha 6 de mayo de 2002, relativa a la transformación de su concesión, por decaimiento del objeto de dicha solicitud. En consecuencia, dicha concesión se mantendrá en vigencia hasta su vencimiento el 27 de mayo de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 1.577 contenido del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radio Difusoras”.

Por ello, a propia iniciativa, resolvió informarles a los solicitantes que la vía idónea para accionar en protección de los derechos constitucionales contra actos administrativos, era la acción contencioso administrativa, y como en el caso, RCTV, como era lógico, ya había intentado ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 18 de abril de 2007, el “recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medidas cautelares innominadas ante la referida Sala

Político Administrativa el 17 de abril de 2007, contra los actos administrativos contenidos en el Oficio N° 424 y la Resolución N° 002 dictados por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 28 de marzo de 2007”, concluyó que en el caso a RCTV también se aplicaba la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6,5 de la Ley Orgánica de Amparo. Respecto de los demás accionantes se les indicaba que podían “hacerse parte en el mencionado juicio a los fines de tutelar sus derechos e intereses”.

En esta forma, la Sala Constitucional, en un juicio de amparo que se había intentado el 9 de febrero de 2007, sólo vino a decidir sobre su admisibilidad el 17 de mayo de 2007, es decir, tres meses después, habiendo sido su deliberada inacción la que provocaría la sobreviniencia de la causal de inadmisibilidad de la acción de amparo. De haberla decidido oportunamente, como se lo imponía la Constitución y los derechos reclamados, no habría habido motivos para declararla inadmisibile.

En todo caso, al declarar inadmisibile la acción intentada contra la amenaza de violación de la libertad de expresión, y la lesión efectiva del derecho al debido proceso y a la defensa, pues se había decidido no renovar la concesión sin procedimiento previo alguno, el juez constitucional, después de ilegítimamente conspirar para provocar el surgimiento de alguna causal de inadmisibilidad, renunció a proteger la libertad de expresión plural en Venezuela.

III. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TAMBIÉN DELIBERADAMENTE RENunció A PROTEGER CAUTELARMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES ABIERTAMENTE VIOLADOS POR CONATEL

El 17 de abril de 2007, como se había reseñado en la sentencia antes comentada de la Sala Constitucional, efectivamente, RCTV, sus directivos, sus periodistas y empleados habían interpuesto un recurso contencioso administrativo de anulación con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada, contra los actos administrativos contenidos en Resolución N° 002 y Oficio N° 0424 ambas de fecha 28/03/07 dictadas por el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones e Informática, antes mencionados, mediante los cuales se había resuelto declarar el decaimiento por falta de objeto de la solicitud formulada por RCTV en 2002, para la transformación de su título de concesión otorgado de acuerdo con la legislación anterior, en los títulos de habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones y concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo previsto en el artículo 210 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; así como la desestimación de las solicitudes presentadas por RCTV el 24 de enero de 2007 para la renovación o extensión de la concesión para prestar el servicio de televisión abierta hasta 2027.

Mediante sentencia N° 00763, EXP: 2007-0411, de 23-05-2007 la Sala Política Administrativa admitió “provisoriamente el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado” para entrar a conocer de la solicitud de amparo cautelar que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad, la cual declaró sin lugar, renunciando

así la Sala Político Administrativa, también deliberadamente, a proteger los derechos constitucionales que se habían denunciado como violados, y que fueron el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en los artículos 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues con las decisiones recurridas se impedía a los recurrentes difundir libremente ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda mediante las frecuencias asignadas a RCTV, en todo el territorio nacional, así como también se restringía el derecho de expresión, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, lo que está prohibido en el artículo 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y además, la violación del debido proceso y de derechos de contenido patrimonial, como la propiedad y la libertad económica.

Esta petición de amparo, tenía por objeto el que la Sala Político Administrativa ordenara al mencionado Ministro, que se abstudiese “de tomar cualquier medida que impida que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional” mientras se decidiera el recurso contencioso administrativo de nulidad y que, además, tomase “todas las medidas necesarias a los fines de que RCTV siga funcionando como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que venía operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación”.

Sobre estas peticiones, la Sala Político Administrativa decidió con toda simpleza, como sigue:

Sobre la violación alegada del derecho a la libre expresión del pensamiento, la Sala concluyó que sólo “mientras dure la concesión” era que:

“los recurrentes podrán ejercer el derecho a la libertad de pensamiento y expresión empleando la frecuencia radioeléctrica asignada a RCTV, C.A. bajo el título jurídico que deriva de la concesión; lo cual en modo alguno implica una presunta violación al referido derecho, toda vez que los recurrentes podrán *dentro de la diversidad de los medios de difusión*, exponer sus ideas, opiniones e informaciones”.

Agregó además la Sala, con toda simpleza, como si ella lo creyera, que RCTV “tiene al igual que otros generadores de contenidos, la libertad de seguir ejerciendo dicho derecho a través de muchas otras formas de difusión, como lo serían los operadores de servicios de televisión por suscripción.”

Y concluyó sobre la violación de este derecho en su ámbito social, esto es, el derecho de todos los miembros de la sociedad a recibir ideas, informaciones y opiniones, que:

“mediante los actos administrativos impugnados no se impide de manera alguna que la sociedad venezolana pueda recibir ideas, opiniones, informaciones, contenidos de entretenimiento, publicidad y propaganda, habida cuenta de la existencia de *muchos otros canales televisivos y medios de comunicación social* de propiedad privada—que son la mayoría de los existentes en el país— a través de los cuales se transmiten tales contenidos, dentro del contexto de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, razón por la cual debe desestimarse la presunta violación alegada sobre este particular. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho al debido proceso, frente al alegato de que al haberse dictado los actos impugnados “tanto el Ministro como otros altos funcionarios del Ejecutivo Nacional, habrían anunciado públicamente con anterioridad a la emisión de los actos recurridos, la desestimación de la solicitud de “extensión y renovación” de la concesión a RCTV”, la Sala, simplistamente se limitó a considerar que para:

“evidenciar la supuesta violación a ser oído por una autoridad imparcial, sería necesario efectuar un estudio minucioso de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones de las autoridades mencionadas, y confrontarlos con los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal referidas por los recurrentes, lo cual sólo podrá realizarse en la oportunidad de la sentencia definitiva, pues le está vedado al Juez que conoce del amparo cautelar pronunciarse sobre la legalidad; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

En cuanto a la violación del derecho a la defensa, por la negativa del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática de evacuar pruebas de informes promovidas por RCTV, y permitirle el acceso al expediente, con motivo de la solicitud que había sido presentada el 24 de enero de 2007, la Sala simplemente se limitó a considerar que:

“un pronunciamiento sobre la presunta violación del derecho a la defensa en este caso, implicaría examinar la Comunicación N° 0424 a la luz de los argumentos expresados por la parte actora y las normas de rango legal aplicables, lo cual se verificará con ocasión de la sentencia definitiva; por tanto, se desecha la denuncia en referencia. Así se declara.”

Y respecto de la mencionada solicitud de RCTV de 24 de enero de 2007 en la cual había solicitado al Ministerio que completara el proceso de transformación y se emitieran los nuevos títulos de RCTV, es decir, la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico y la correspondiente habilitación administrativa, y se reconociera su derecho adquirido a la extensión de los títulos de RCTV por un período adicional de veinte años, la Sala simplemente se limitó a decidir que lo pretendido por RCTV:

“comportaría realizar un estudio de la normativa legal aplicable al caso de autos, referida por la empresa en su solicitud, a los fines de determinar si, efectivamente, era necesario el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud formulada el 24 de enero de 2007, lo cual será decidido en la oportunidad de dictarse sentencia definitiva, por lo que debe desestimarse la presunta violación alegada al derecho a la defensa. Así se decide.

En relación con la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de que tanto las declaraciones manifestadas públicamente por autoridades pertenecientes al Ejecutivo Nacional como los actos administrativos recurridos, constitúan una sanción por la supuesta comisión de infracciones al Código Penal, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y otras disposiciones legales, sin que ello se hubiese demostrado en forma alguna, la Sala simplistamente se limitó a señalar que en los actos impugnados no encontró “señalamiento alguno por parte de la Administración, donde se evidencie que el contenido de los referidos actos comporte una sanción a la empresa recurrente por el incumplimiento de

normas legales”, declarando que “no ha quedado demostrada la violación alegada por los recurrentes sobre la presunción de inocencia de su representada. Así se declara”.

Sobre la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, conforme a la cual los recurrentes alegaron que a RCTV se la había tratado “de forma desigual con respecto a operadores que se encuentran en idéntica situación que RCTV, C.A. y a los cuales se les ha dado un trato diferente y más beneficioso”, la Sala se limitó simplemente a señalar que de las pruebas cursantes en el expediente, no se desprendía lo afirmado, y que los recurrentes no habían demostrado “la condición de igualdad de circunstancias y de discriminación que dice tener frente al resto de los operadores; por lo que se desestima el alegato relativo a la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Así se declara.”

Sobre la violación alegada de la garantía de irretroactividad de la ley, al desconocerse el derecho de preferencia de RCTV para la extensión por 20 años de su concesión de televisión abierta en VHF, dado que la Ley debía aplicarse respetando y reconociendo los derechos adquiridos por los operadores bajo el régimen anterior, la Sala se limitó también simplemente a señalar que para determinar dicha violación del principio de irretroactividad, debía necesariamente examinarse el contenido del Decreto N° 1.577 a la luz de la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones y otras disposiciones de rango inferior al mencionado texto legal”, lo que “no corresponde ser examinada en esta etapa del proceso. Así se declara.”

Sobre la violación alegada del derecho de propiedad y no confiscación, en virtud de que con la negativa de transformar los títulos otorgados al amparo de la legislación anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como la negativa de extender o renovar la concesión bajo el argumento de que el Estado se iba a reservar la explotación y uso de la frecuencia utilizada por RCTV, se desconocían los derechos de RCTV para continuar operando esa frecuencia, así como los beneficios económicos que dicha actividad le reporta, la Sala se limitó, igualmente en forma simplista, a advertir que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado de telecomunicaciones y un bien de dominio público inalienable e imprescriptible, cuyo titular es la República:

“la cual ejerce sobre dicho bien los atributos propios de esa titularidad; es decir, su uso, goce y administración, de conformidad con la Ley; por lo que esta Sala estima infundada la denuncia de violación del derecho de propiedad. Así se declara.”

Y sobre la afectación del derecho de propiedad sobre los bienes utilizados para la explotación de la concesión distintos del espectro radioeléctrico, la Sala también en forma insólitamente simplista, se limitó a observar:

“que el vencimiento de la concesión como mecanismo de extinción natural de la misma con un plazo de duración conocido de antemano por el concesionario, en modo alguno puede entenderse como un supuesto de lesión del derecho de propiedad sobre dichos bienes, por lo que se rechaza tal argumento. Así se declara.

La Sala, por otra parte, observó que en este caso “a pesar de estar en presencia del posible vencimiento de una concesión, hasta el presente no se ha invocado la figura usual de la reversión de los bienes afectos a la concesión en beneficio del concedente.” Es decir, la Sala aprovechaba una decisión judicial para enviarle un “mensaje” al

Ejecutivo sobre algo que hasta ese momento “no se había invocado”, particularmente porque no procedía.

En cuanto al alegato de la empresa recurrente de que la pérdida de ciertos beneficios económicos (lucro cesante y recuperación de la inversión) que la iban a afectar si se ejecutaban los actos impugnados, la Sala se limitó simplemente a señalar que:

“la determinación de tal pérdida comporta necesariamente el análisis de la existencia o no de un derecho de preferencia a favor de la empresa recurrente para obtener la extensión o renovación de la concesión a partir del 28 de mayo de 2007, día siguiente a aquel en que vence la concesión otorgada; razón por la cual no puede la Sala en esta etapa cautelar emitir pronunciamiento alguno con fundamento en un pretendido derecho que constituye parte de lo que debe dilucidarse en la decisión definitiva, debiéndose desestimar el alegato formulado sobre este punto. Así se declara.”

En cuanto a la violación alegada al derecho a la libertad, en virtud de que la ejecución de las decisiones impugnadas impedirían que RCTV pudiese ejercer la actividad que venía desarrollando, sin que se hubiese configurado el incumplimiento de la ley ni verificado un supuesto normativo que justificase dichas decisiones, la Sala, luego de analizar el carácter de dominio público del espacio radioeléctrico, se limitó a señalar también en forma insólitamente simple, que los argumentos sobre la disponibilidad de la frecuencia usada por la empresa:

“están sujetos a las pruebas que se promuevan y evacúen en el transcurso del proceso de nulidad, razón por la cual su alegato no debe ser considerado en esta etapa procesal a efectos de evidenciar la supuesta violación del derecho a la libertad económica. Así se declara.”

Sobre el alegato de que la autoridad administrativa tenía la obligación de respetar el objeto, cobertura y lapso de vigencia de la concesión otorgada bajo la normativa legal anterior a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tanto debía haber transformado los títulos de RCTV, la Sala, también con una simpleza pasmosa, se limitó a indicar:

“que de las pruebas cursantes en autos no se deduce que la circunstancia de la no transformación de los mencionados títulos, haya impedido que la sociedad mercantil actora continúe operando la frecuencia radioeléctrica hasta la fecha del vencimiento de la concesión, lo cual fue expresamente reconocido por la Resolución N° 002 recurrida. Así se declara.”

Y en cuanto a la denuncia relativa a que la Administración tendría que respetar el derecho de RCTV a la extensión por veinte (20) años de la concesión, con base en el artículo 3 del Decreto N° 1.577, la Sala se limitó a indicar también simplemente:

“que tal argumento requiere necesariamente un pronunciamiento sobre las normas legales aplicables al caso de autos, lo que –tal como antes se ha señalado– le está vedado al juez de la causa en esta etapa cautelar, limitada a la protección de los derechos constitucionales.”

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sala Político Administrativa concluyó que en el caso sometido a su consideración no se verificó la presunción de buen

derecho exigida a los fines de acordar la protección cautelar, con lo que, sin verificar el cumplimiento del *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*, pura y simplemente declaró improcedente la acción de amparo constitucional interpuesta en forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad de los actos impugnados.

La orden ejecutiva había sido dada, y la simpleza de los argumentos lo que confirman es la sumisión del órgano judicial a los dictados del Poder Ejecutivo.

IV. DE CÓMO EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LUGAR DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, PRETENDIÓ SUSTITUIRSE EN LA ADMINISTRACIÓN Y PRETENDIÓ CUBRIRLE DE OFICIO SUS CARENCIAS ARGUMENTALES

Pero después de haber declarado sin lugar la protección cautelar de amparo a los derechos constitucionales que se había formulado conjuntamente con la acción de nulidad contra los actos administrativos impugnados dictados por CONATEL, la Sala Política Administrativa pasó a formular, **de oficio**, unas consideraciones teóricas sobre el régimen de concesiones en materia de telecomunicaciones, pretendiendo así suplir lo que quizás percibía como eventuales carencias argumentales de las autoridades administrativas. El juez contencioso administrativo, así, se pretendió convertir en Administración, incurriendo en una ilegitimidad judicial.

En efecto, en la antes referida sentencia de 23-05-2007, la Sala Política Administrativa emitió un “*obiter dictum*”, que significa “algo dicho al pasar” o incidentalmente, es decir, algo “dicho sea de paso”, en el cual indicó que “la *concesión* es una forma contractual empleada por la Administración para la gestión de los *servicios públicos*, la cual comporta una delegación que efectúa el Estado a otra persona a su propio riesgo, para el funcionamiento de dichos servicios por un tiempo expresamente acordado”, respecto de la cual “resaltan los elementos de temporalidad, exacta delimitación y beneficio económico para el concesionario por el uso y explotación del bien público que con motivo de la concesión se le haya asignado” agregando que “una vez expirado el término de vigencia se produce de pleno derecho la extinción de la relación y, usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión”.

Concluyó la Sala indicando que:

“el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

Con este “dicho sea de paso” del juez contencioso administrativo, el Tribunal Supremo tomó dos iniciativas **de oficio**, sobre temas que no habían sido ni eran objeto del debate en el juicio, y adelantó opinión sobre el fondo del juicio. De nuevo, el

juez contencioso administrativo pretendió guiar a la Administración y suplirle sus supuestas carencias.

1. El tema del servicio público y las telecomunicaciones

En efecto, en primer lugar, la Sala en su “dicho sea de paso”, calificó la concesión de uso del espacio radioeléctrico para transmitir televisión como una “concesión de servicio público”, lo cual no es jurídicamente correcto.

Es cierto que históricamente, las actividades de telecomunicaciones habían sido consideradas en muchos países y en épocas distintas como actividades de servicio público, las cuales incluso durante muchas décadas fueron reguladas como actividades reservadas al Estado, y que los particulares en algunos casos podían prestar mediante el régimen de concesión de servicio público otorgada por el Estado.

Todo ello, sin embargo, cambió en el mundo contemporáneo, donde ahora prevalece el criterio de que el hecho de que una actividad sea declarada como servicio público no siempre implica una reserva de la misma a favor del Estado, existiendo por tanto, por una parte, servicios públicos reservados al Estado y servicios públicos no reservados al mismo, pudiendo ser los primeros prestados por los particulares en régimen de concesión, y los últimos prestados en régimen de concurrencia y en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizarlas.

Por otra parte, la reserva al Estado de las actividades de telecomunicaciones, por su complejidad y desarrollo creciente, también fue eliminada, y las mismas ahora se consideran como actividades respecto de las cuales los particulares tienen derecho y libertad económica de realizar, sometidos a restricciones y limitaciones propias de su consideración como actividades de interés general. Este es el régimen que se establece precisamente en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme a la cual las actividades de telecomunicaciones no son actividades que estén reservadas al Estado, por lo que incluso si se las llegara a calificar como “servicios públicos”, serían de los servicios públicos concurrentes en relación con los cuales los particulares tienen derecho y libertad económica para realizarlas, sujetos a las limitaciones y restricciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, particularmente en cuanto a la obtención de una autorización o habilitación por parte del Estado, a través de CONATEL.

En relación con estas actividades, por tanto “la concesión de servicio público” no existe, pues las mismas no están reservadas al Estado, y se prestan mediante autorización o habilitación; y sólo en los casos en los cuales sea necesario utilizar bienes del dominio público (como el espacio radioeléctrico) para realizarlas, lo que se requiere es una “concesión de uso del espacio radioeléctrico”, es decir, una concesión respecto de un *bien* del dominio público, tal como se regula en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por tanto, es un error jurídico del juez contencioso administrativo pretender considerar la concesión que tenía RCTV como una “concesión de servicio público”. El juez contencioso administrativo pretendió ilegítimamente sustituir a la Administración, y se equivocó jurídicamente.

2. *El tema de la reversión en las concesiones*

Pero el error jurídico del juez contencioso administrativo en su actuación de oficio no sólo se quedó en haber calificado erradamente la concesión para transmisiones de televisión, conforme al régimen liberal de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000 como una “concesión de servicios públicos”, sino en haberse referido, en este caso, ilegítima y erradamente a la institución de la reversión en las concesiones.

En efecto, es su “dicho sea de paso”, de oficio y sin que el tema se hubiese siquiera mencionado en las actas procesales, la Sala Político Administrativa, al referirse a que una vez expirado el término de vigencia de una concesión de servicio público “se produce de pleno derecho la extinción de la relación”, agregó que también se producía “usualmente, la reversión de los bienes afectos a la concesión.”

Con ello, el juez contencioso administrativo pretendió también sustituirse a la Administración, pretendiendo suministrarle argumentos que supuestamente consideró que la Administración no había esgrimido en el caso en sede administrativa, con lo cual incurrió en una nueva ilegitimidad y en otro error jurídico, pues contrariamente a lo que indica, al extinguirse las concesiones de telecomunicaciones o de cualquier otra actividad, la reversión no opera “usualmente” sino sólo cuando la ley o el propio título de la concesión lo indica expresamente.

Es cierto que uno de los principios más clásicos del derecho administrativo en relación con concesiones de servicios públicos, de construcción y uso de obras públicas incluso en bienes del dominio público, había siempre sido el de la necesaria reversión del servicio o de la obra construida a la Administración concedente una vez extinguida la concesión. Se trató de un principio que buscaba asegurar la continuidad en la prestación del servicio público o del uso de una obra pública, independientemente de la participación del concesionario, una vez extinguida la concesión.

Sin embargo, al tratarse de un medio de extinción de la propiedad privada del concesionario sobre los bienes afectos al servicio o de las obras construidas, la garantía constitucional de la propiedad y de la reserva legal, progresivamente impusieron el principio de que la reversión debía estar establecida en texto legal expreso. Incluso, en ese sentido, fue que la Constitución de 1961 estableció el principio de la reversión en materia de concesiones de hidrocarburos, en relación con las tierras (inmuebles) afectados a las mismas.

En ausencia de texto legal expreso, por tanto, la reversión sólo podría proceder si en el contrato de concesión se la dispone y regula. La reversión, en efecto, perdió su antiguo carácter de “elemento esencial” de toda concesión y pasó a ser un elemento de la relación que opera únicamente en caso de pacto expreso.

Esta, por lo demás, es la orientación que se siguió en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones (*G.O.* N° 5394 Extra. de 25-10-1999), al disponer en el artículo 48 relativo a la “reversión de obras y servicios” que es el respectivo *contrato* el que debe establecer, entre otros elementos, “los bienes que por estar afectos a la obra o al servicio de que se trate revertirán al ente concedente, a menos que no hubieren podido ser totalmente amortizadas durante el

mencionado plazo”. A tal efecto, la norma también dispone que durante un período prudencial anterior a la terminación del contrato, el ente concedente debe adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes a ser revertidos se verifique en las *condiciones convenidas* en el contrato. Igualmente, dicha norma dispone que el contrato debe expresar “las obras, instalaciones o bienes que hubiere de realizar el concesionario *no sujetas* a reversión, las cuales, de considerarse de utilidad o interés público, podrán ser objeto de reversión previo pago de su precio al concesionario.”

En consecuencia, si no hay una disposición legal que establezca la reversión de bienes en concesiones de servicios públicos, de obras públicas o de uso del dominio público, o si no está dicha reversión prevista en el contrato de concesión, al terminar la concesión el concesionario no está obligado a revertir a la Administración ningún bien que se haya construido o que haya estado afecto a la concesión, ni puede la Administración pretender apropiarse o tomar posesión de los mismos. Solo podría hacerlo mediante expropiación, conforme a la Constitución y la Ley. De lo contrario se trataría de una confiscación prohibida en la Constitución.

En el caso de la concesión de uso del dominio público radioeléctrico de RCTV, nada se había dispuesto, por lo que sugerir como lo hizo el juez contencioso administrativo que “usualmente” ocurría la reversión en las concesiones resolviendo un caso concreto de la concesión que tenía RCTV, se constituyó en una incitación a la confiscación de bienes, que la Administración se había cuidado de ni siquiera plantear, pero que luego ejecutaría la Sala Constitucional, precisamente porque nadie puede controlar sus decisiones.

3. De cómo el juez contencioso administrativo, impunemente, al declarar sin lugar una medida cautelar, resolvió el fondo del asunto planteado

Por último, la Sala Político Administrativa, en su “*obiter dictum*” adelantó abierta e impunemente opinión sobre el fondo de la cuestión en cuanto a la nulidad alegada por violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, al indicar respecto de RCTV que “en modo alguno existe en su caso la violación del referido derecho constitucional”.

En efecto, en su “dicho sea de paso”, **de oficio**, el juez contencioso administrativo agregó lo siguiente:

“Así, destaca la Sala que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV, C.A. empleando la frecuencia radioeléctrica que le fue asignada, tiene como límite la duración de la concesión, por lo que en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional. RCTV, C.A. puede seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.”

El juicio que cursa ante la Sala Político Administrativa y donde se dictó la sentencia sobre la negativa de las medidas cautelares solicitadas, tiene precisamente por objeto determinar el derecho que RCTV tenía a continuar operando el canal de televisión y así, ejercer su derecho a la libre expresión del pensamiento, para lo cual se impugnaron los actos administrativos mediante los cuales decidió, por una parte, no continuar el

procedimiento de transformación de la concesión de RCTV para seguir operando, y por la otra, no renovar la concesión a que tenía derecho. Es decir, el juicio trata, precisamente, del derecho de RCTV a seguir operando después del 28 de mayo de 2007, cuando vencía su concesión, mediante su adaptación y/o renovación.

Sobre esto, el juez contencioso administrativo, en su sentencia, de oficio y sin debate judicial, incidentalmente, “diciendo algo de paso”, simplemente dijo que la concesión de RCTV vencía al término que tenía de la concesión, es decir, tenía “como límite la duración de la concesión” que era hasta el 27 de mayo de 2007; y decidió de una vez por todas, que “en modo alguno, existe en su caso la violación del referido derecho constitucional; y que RCTV” supuestamente, sin concesión, podría “seguir expresando sus ideas, opiniones o informaciones y demás contenidos a través de muchos otros medios de difusión que se encuentran al alcance de los particulares, conforme al ordenamiento jurídico venezolano”.

Con esta decisión emitida de paso y de oficio, la Sala Político Administrativa inólitamente y contra todos los principios del debido proceso, ya ponía fin al juicio, sin declararlo expresamente.

Con esta decisión judicial, por otra parte, el juez contencioso administrativo convertido en coadyuvante de la Administración, le lavaba el camino que requería el Ejecutivo para no renovar la concesión a que tenía derecho RCTV, y sentaba criterios que hasta ese momento no se habían planteado, como los relativos a la reversión de bienes en este tipo de concesiones.

V. DE CÓMO EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN SUPUESTA PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN CONFLICTO, RESOLVIÓ INCLUSO DE OFICIO, CONFISCAR LOS BIENES DE RCTV Y ASIGNARLOS EN USO GRATUITAMENTE, *SINE DIE*, A UNA ENTIDAD DEL ESTADO

Aparte de las acciones ejercidas por RCTV, sus directivos, periodistas y empleados, en mayo de 2007 se ejercieron una serie de acciones por grupos de usuarios de las telecomunicaciones, contra el Presidente de la República y el Ministro de las Telecomunicaciones, la mayoría tendientes a que se asegurara la continuidad de las transmisiones de la señal en el canal que tenía asignado RCTV, y que fuera esta empresa la que continuara transmitiendo la señal; y una que buscaba asegurar que fuera la nueva entidad estatal creada al efecto, Fundación TEVES, que iba a transmitir la nueva señal, la que lo hiciera con cobertura nacional.

1. La acción intentada para asegurar que la nueva entidad estatal pudiera comenzar a transmitir la señal del Canal 2 después del 27 de mayo de 2007, con cobertura nacional.

El 22 de mayo de 2007, en efecto, varios Comités de Usuarios de las telecomunicaciones actuando en representación de sus intereses colectivos y de los derechos e intereses difusos del pueblo venezolano, intentaron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, una acción de amparo constitucional “para la protección del derecho

fundamental a la confianza legítima, del derecho fundamental a la no discriminación, y del derecho fundamental a obtener una televisión de servicio público de calidad” conjuntamente con medida cautelar innominada, contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, el Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información y, la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES).

El argumento básico de los demandantes en esta acción de amparo fue que según los anuncios del Ministro de Telecomunicaciones, la nueva televisora en el inicio de sus operaciones sólo iba a ser vista en el centro occidente del país, lo que consideraron que era “evidencia manifiesta de que el Ejecutivo Nacional no ha tomado todas las medidas necesarias... para garantizar a todos los ciudadanos el disfrute, a nivel nacional, de las transmisiones de la nueva estación de televisión de servicio público, a partir del día 28 de mayo de 2007”. Ello, consideraron los recurrentes, era una violación de los derechos constitucionales a la confianza legítima, a la no discriminación y a obtener una televisión de servicio público de calidad, supuestamente garantizados por los artículos 22, 19, 108 y 117 de la Constitución, señalando que “Nuestra expectativa es (...) a disfrutar, insistimos por ser un derecho, de un servicio de televisión de servicio público (sic) de calidad, como al efecto fue ofrecido por el Ejecutivo Nacional al pueblo venezolano (...)”. Alegaron, además, que el anuncio de que la transmisión a nivel nacional de la señal del nuevo canal, se realizaría mediante el sistema de televisión por cable suponía una *“clara discriminación de cara al acceso universal a dicho servicio”*.

En su demanda de amparo, los accionantes solicitaron como medidas cautelares innominadas que se permitiera:

“de manera temporal a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma, conformada por transmisores, antenas y torres repetidoras ubicadas en distintos sitios del territorio nacional, que viene siendo utilizada por la sociedad mercantil Radio Caracas Televisión RCTV, C.A., para el uso y explotación de la porción del espectro radioeléctrico bajo la concesión que vence el próximo 27 de mayo de 2007, independientemente de sus propietarios o poseedores” y que “se le ordene a (...) RCTV (...), permitir a la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), el acceso, uso y operación de la plataforma de transmisión y repetición para facilitar (...), que las transmisiones de la nueva televisión (...) sean en todo el país, en virtud que dichos equipos e infraestructura, legal y técnicamente, sólo pueden ser utilizados bajo la frecuencia del canal 2 (...)”.

Sin embargo, era evidente que para asegurar la continuidad de la transmisión de la señal de televisión en este caso, no era necesario que se le asignara al Estado el uso de los bienes de propiedad de RCTV; al contrario, como lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión de la Sala, el asegurar que con la continuidad de las transmisiones:

“se habría garantizado con mucho mayor eficacia si, como medida cautelar, se hubiese permitido a la actual operadora del espectro radioeléctrico la continuación provisional de sus actividades hasta cuando se produjese la decisión de esta causa —o de cualquiera de las otras en donde tal medida fue expresamente solicitada— porque resulta evidente que resultaría mucho más sencillo que RCTV simplemente continuase en la ejecución de sus actividades ordinarias que la ocupación de su

propiedad por parte de un tercero que debe empezar de cero. Así, si el derecho difuso cuya protección se pretende es la del disfrute de la señal abierta que actualmente transmite RCTV “a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos [en] que se venía prestando”, la medida congruente, la que habría satisfecho el carácter instrumental inmanente a toda cautela, habría sido la que se expuso supra y no la que se acordó.”

Y es que en efecto, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 956 EXP: 07-0720 de 25 de mayo de 2007, al declarar admisible la acción intentada contra el Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática y la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), resolvió la medida cautelar solicitada acordando, ni más ni menos, la confiscación de los bienes de propiedad privada de RCTV, empresa que no es parte en el juicio, y a la cual en violación a sus derechos al debido proceso y a la defensa no sólo no se la citó no oyó, sino que ni siquiera se le permite por si misma hacerse parte en el juicio.

El juez constitucional fue increíblemente cuidadoso en disponer el procedimiento a seguir, dándole a los demandantes cinco días de despacho para promover pruebas (artículo 862 CPC), ordenando que se emplazara al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU), en virtud de que “en el presente caso, existe un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar”. La Sala ordenó igualmente que se publicara “un edicto en uno de los diarios de mayor circulación nacional, llamando a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses,” pero con la expresa advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que *apoyen las posiciones de aquellas* con quienes coadyuvarán”; y de que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven.” Es decir, antes de resolver confiscarle los bienes a RCTV, la Sala había resuelto que esa empresa no podía alegar, probar o defenderse por si misma sino apoyando las posiciones de los demandantes o de los demandados.

Todo ello lo advirtió el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz quien en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, advirtió que la sentencia nada decía:

“acerca de la ausencia, dentro de los demandados, de RCTV, a quien se pretende se ordene que permita a TEVES el uso de sus equipos e instalaciones, sin que siquiera se la traiga a juicio para la legítima defensa de sus derechos, entre otros, en forma ostensible, el de propiedad. Así, puesto que de ella se pretende una conducta determinada o que a ella sea condenada, ha debido ser llamada a juicio como legitimada pasiva.”

Concluyendo su voto disidente expresando que:

“En consecuencia, la medida cautelar que fue solicitada ha debido ser negada por la Sala porque no era la adecuada para garantizar el fin para el cual fue dictada y porque implica la desposesión de todos los bienes indispensables para el ejercicio

de la actividad económica de su preferencia de un **tercero ajeno a la litis, sin límite, sin procedimiento y sin contraprestación alguna y sin siquiera llamarlo a juicio**”.

2. La confiscación de los bienes de RCTV por la confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”

Pero fijados los términos adjetivos del caso, la Sala Constitucional pasó a resolver la medida cautelar, advirtiendo que el artículo 27 de la Constitución “le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”; observando además que en ciertas ocasiones, el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, para lo cual precisamente se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales.

Advirtió también la Sala, que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos en aras de mantener el orden público constitucional, poderes que “no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación ... **aun de oficio**”, y no sólo “fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de **justicia y razonabilidad** que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver”.

Pasó así la Sala a efectuar la ponderación de intereses necesaria para acordar y justificar una tutela cautelar, para “equilibrar muy bien los intereses generales involucrados en la situación específica respecto de los intereses particulares, a fin de no afectar la globalidad de los intereses públicos supremos tutelados”. Ello llevó a la Sala, en este caso, a realizar dicha ponderación de intereses conforme a las características particulares de una actividad como las telecomunicaciones, “sometida a un régimen estatutario de derecho público –Ley Orgánica de Telecomunicaciones–, regido por los principios constitucionales establecidos en los artículos 108 y 117 de la Constitución”.

Ahora bien, el primero de dichos artículos establece la obligación del Estado de garantizar “servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información”. Según la Sala, en desarrollo de los mencionados postulados constitucionales la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene precisamente por “objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes” (art. 1), destacando entre los objetivos de la Ley Orgánica el “hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último” (art. 2,7); e “incorporar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas obligaciones relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones (art. 2,8).

De estas normas dedujo la Sala que el Estado está supuestamente obligado a “procurar la satisfacción eficaz del servicio universal de telecomunicaciones y asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad, en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios de comunicación un medio de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos”; agregando que dicha obligación no resulta sólo en “la simple facultad de otorgar una concesión del uso del espacio radioeléctrico”, sino “en situaciones de necesidad asegurar a un determinado medio de comunicación o a diversos medios, mecanismos jurídicos o fácticos de facilitación estructural que permitan su funcionamiento de una manera eficaz y adecuada para la prestación del servicio público”; considerando que puede “el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio”.

Luego pasó la Sala a considerar “lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual consagra una obligación estatal de garantizar la efectiva protección del *servicio universal de telecomunicaciones*, en los siguientes términos:

“El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.

El Servicio Universal tiene como finalidad la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población”.

De esta norma, que sin duda, se refiere a **los servicios de telefonía**, la Sala dedujo un “deber del Estado de garantizar el servicio universal de telecomunicaciones –vgr. transmisiones en señal abierta en frecuencia VHF–” lo que en el caso pensó que implicaba “el mantenimiento de una estructura operacional suficiente o adecuada que permitan una eficaz ‘penetración, acceso y asequibilidad’, en el desarrollo de la actividad.”

Aquí es necesario detenerse un instante: la Sala Constitucional, incomprensiblemente, o deliberadamente, **confundió todo en materia de telecomunicaciones**, y de una norma que está destinada a asegurar el servicio universal de **telefonía**, dedujo un supuesto “servicio universal de televisión”. La norma citada por la Sala, es decir, el artículo 49 de la ley Orgánica, es copia del artículo 37,1 de la Ley General de Telecomunicaciones española, la cual a su vez, es copia de las Directrices de la Unión Europea en la materia, y sólo se refiere a los servicios de telefonía. La norma persigue que en las habilitaciones para servicios de telefonía, siempre se asegure el servicio telefónico básico (universal), es decir, la transmisión de voz, fax y datos de baja velocidad con calidad de voz, que es el que tiene que ser asequible a todos, con independencia de su lugar de residencia y poder adquisitivo, y que tiene que contener unas prestaciones y una calidad prefijadas.

Al aplicar una norma que regula los servicios de telefonía a la televisión (recuérdese incluso que en España la televisión no está regulada en la Ley General), la Sala

Constitucional llegó a conclusiones falseadas y distorsionadas, entre las cuales está que a la nueva operadora del canal de televisión que tenía RCTV debía asegurársele “el actual alcance y calidad de señal que mantenía la operadora de dicho servicio en el ejercicio de sus funciones y deberes de operador televisivo, conforme a la respectiva concesión.”

De allí dedujo la Sala arbitrariamente que se podía concebir que:

“la Administración pueda hacer un uso temporal de los bienes afectos a la prestación del mencionado servicio, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo (*vgr.* servicio de salud, agua, electricidad).”

Entonces la Sala concluyó en los términos de los accionantes, citando declaraciones de autoridades ejecutivas, en el sentido de que

“la posible transmisión que efectuará la Fundación Televisora Venezolana Social (TEVES), como consecuencia de la habilitación expedida por CONATEL de radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF –en virtud del conocimiento que posee esta Sala por hecho público, notorio y comunicacional–, no contará con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional, bajo condiciones de calidad, en los mismos términos que se venía prestando”.

Con base en esta premisa, entonces, dado que en este caso no cabía reversión, ni ello lo había acordado el Ejecutivo, para asegurar el propósito fijado por el juez constitucional, y ya que no había forma de quitarle sus bienes a RCTV, la Sala procedió a confiscárselos, asignándosele el uso de los mismos, *sine die*, y de manera gratuita a CONATEL, para lo cual la Sala acordó:

“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un **servicio público universal**, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, sin que ello implique menoscabo alguno a los derechos de propiedad que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A., sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

Como se dijo, esta medida cautelar constituye una confiscación de los bienes de RCTV, pues despoja a dicha empresa sin fórmula de juicio de su propiedad, sin límite de tiempo. Como bien lo observó el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz en el voto disidente que formuló respecto de la decisión antes indicada, la Sala con la medida cautelar acordada

“asignó” a CONATEL “el derecho de uso” de los equipos propiedad de RCTV –suerte de expropiación o, a lo menos, de ocupación previa con prescindencia absoluta del procedimiento aplicable– para acordar su uso “al operador que a tal efecto disponga”.

Ello, según el Magistrado disidente,

“implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa.

Para tal efecto, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, pasó a enumerar todos los lugares del territorio nacional donde se encontraban ubicados los equipos, apreciando en sustitución del Legislador, que el “el derecho de uso” de los equipos que oficiosamente asignó a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala, finalmente, sustituyéndose una vez más en las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

3. La nueva confiscación de los bienes de RCTV por el juez constitucional, pero esta vez de oficio, y por la misma confusión conceptual del juez constitucional de lo que es el “servicio universal de telecomunicaciones”, contrariamente a lo que los recurrentes habían solicitado

Además de la acción referida en el numeral anterior, cursaban ante la Sala Constitucional, como se dijo, una serie de acciones intentadas por otros sujetos y Comités de Usuarios para la defensa de sus derechos colectivos y de los intereses difusos de la población venezolana.

Una de dichas acciones fue interpuesta el 24 de mayo de 2007 por un grupo de ciudadanos actuando “en su propio nombre y de la sociedad venezolana”, así como por el vocero principal de un comité de usuarios (OIR). Se trataba de una acción de amparo por intereses difusos y colectivos ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada, esta vez contra el Presidente de la República y Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, por la violación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información, establecidos en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este caso, los demandantes formularon su pretensión contra las constantes amenazas de cierre del canal 2, RCTV, emitidas de manera reiterada por los funcionarios demandados desde diciembre de 2006 hasta el presente, “cierre que sin duda restringiría los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información del pueblo venezolano” al verse “privados de la posibilidad de disfrutar de un canal de televisión del que todo el pueblo ha disfrutado desde hace 53 años en forma ininterrumpida, y que

cuenta con la más variada programación tendiente a satisfacer las exigencias del pueblo venezolano”; considerando además, que el cierre anunciado “tiene su causa, no en supuestos incumplimientos de las normas de telecomunicaciones que no harían posible la renovación de la concesión, sino que responde a un castigo a dicha planta televisiva por incluir dentro de los mensajes que transmite, mensajes que el gobierno considera adversos” lo que convertía el supuesto en “un claro caso de violación a la libertad de expresión”, especialmente de los accionantes y del colectivo venezolano. Los accionantes, dada la inminencia de la amenaza de violación de los derechos constitucionales que denunciaron por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de RCTV, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitaron:

“se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación mientras dure la tramitación del presente procedimiento”.

En este caso, por tanto, la acción de amparo en representación de intereses difusos, se introdujo con el petitorio cautelar que la Sala Constitucional le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación mientras durase el juicio.

En sentencia N° 957 recaída en este caso (expediente: 07-0731) el 25 de mayo de 2007, la Sala Constitucional admitió la acción interpuesta sólo respecto del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, pues en cuanto al Presidente de la República, la Sala la declaró inadmisibile, “toda vez que no tiene atribuida competencia legal alguna en esta materia”, pues de manera equivocada la Sala nuevamente consideró que sólo competía a CONATEL, todo lo concerniente al otorgamiento, uso, revocatoria y demás relaciones que se produjeran entre el Estado y la concesionaria en ejecución del correspondiente contrato de concesión, así como cualquier forma de extinción de ésta.

Al admitir la acción, y antes de pronunciarse de oficio sobre la confiscación de los bienes de RCTV, la Sala también fijó, deliberadamente, las reglas adjetivas del procedimiento a seguirse, de manera de cercenarle a RCTV su derecho al debido proceso y a la defensa.

En tal sentido, dispuso que se le concedía a los demandantes cinco días de despacho para promover las pruebas, con la carga de su preclusión de no hacerlo dentro del referido lapso; que como en el caso existía un grupo de legitimados pasivos, y dado los efectos *erga omnes* que podría producir el fallo si fuese declarado con lugar, debía emplazarse al Director de CONATEL y al Presidente del Instituto para la Defensa y Protección al Consumidor y el Usuario (INDECU); y que debía publicarse un edicto en la prensa llamando “a los interesados que quieran hacerse partes coadyuvantes u oponentes, o en defensa de sus propios derechos o intereses”, pero con la advertencia de que “los intervinientes solamente podrán en igual término, alegar razones que apoyen las posiciones de aquellas con quienes coadyuvarán”; y que “los coadyuvantes con las partes, tratándose de una acción de intereses difusos, sólo podrán promover pruebas con relación a los alegatos de las partes con quienes coadyuven”.

En esta forma, ilegítimamente se aseguraba que RCTV no pudiera comparecer por si misma y alegar y probar con independencia de los accionantes, ya que la medida

cautelar que seguía recaería sobre sus bienes, confiscándolos, para lo cual no se había asegurado su derecho a la defensa.

En efecto, lo insólito de esta sentencia, es que la medida cautelar que los accionantes habían solicitado consistía en que:

“Vista la inminencia de la violación de los derechos constitucionales denunciados por las amenazas constantes y reiteradas de cierre de Radio Caracas, las cuales se materializarían el día 27 de mayo de 2007, solicitamos se declare medida cautelar innominada a favor del pueblo venezolano, en virtud de la cual **se le permita a dicho canal continuar con la transmisión de su programación** mientras dure la tramitación del presente procedimiento...”.

La Sala, sin embargo, decidió esa petición en el sentido contrario a lo solicitado, y actuando de oficio, para lo cual copió exactamente las mismas motivaciones que utilizó para acordar la medida cautelar de confiscación de los bienes de RCTV y la asignación del uso de los mismos, *sine die*, y gratuitamente a CONATEL en la sentencia N° 956 de la misma fecha 25 de mayo de 2007. En tal sentido, la Sala incurrió en los mismos inexcusables errores de aplicar a la televisión las normas sobre el servicio universal de telecomunicaciones relativos a la telefonía, que antes hemos comentado.

Además, la Sala, habida cuenta de que la solicitud de medida cautelar lo que buscaba era asegurar que **se le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación** mientras durase el juicio, puntualizó en este caso, que

“todos los usuarios tienen derecho a acceder y disfrutar de la prestación de un servicio público universal de telecomunicaciones, el contenido del mencionado derecho conforme a los artículos 108 y 117 de la Constitución, comporta en principio, no la continuidad de un determinado operador de radiodifusión sonora y televisión abierta en VHF, sino la posibilidad de que los aludidos usuarios puedan efectivamente acceder en condiciones de igualdad y con el mantenimiento de un estándar mínimo de calidad al correspondiente servicio, al margen de la vigencia o no del permiso o concesión a un operador privado específico.”

De esta manera, la Sala ignoró la solicitud concreta y específica de que se acordara una medida cautelar que asegurara que **se le permitiera a RCTV continuar con la transmisión de su programación** mientras durase el juicio, respecto de la cual no emitió pronunciamiento alguno, y pasó a decidir **de oficio** en virtud de que el Ministro de Telecomunicaciones y la Informática y Director de CONATEL, no podía garantizar que la posible transmisión que efectuará la Fundación TEVES, como consecuencia de la habilitación expedida para radiodifusión sonora y televisión abierta, con atributo de televisión abierta en VHF, en los mismos términos que se venía prestando por RCTV, lo que en este caso, ni se había dicho ni se había alegado; acordando:

“de manera temporal y a los fines de tutelar la continuidad en la prestación de un servicio público universal, el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión que incluye entre otros, microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, *sin que ello implique menoscabo alguno de los derechos de propiedad* que puedan corresponderle a Radio Caracas Televisión, C.A.,

sobre dicha infraestructura o equipos, salvo aquellos que legal o convencionalmente sean propiedad de la República...”

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz formuló un voto disidente de la mayoría sentenciadora en esta decisión, advirtiendo que:

“Implica la sustracción de un atributo del derecho de propiedad (el uso) de Radio Caracas Televisión RCTV C.A. sobre los bienes que fueron afectados, sin que se exprese ninguna fundamentación de naturaleza legal, la cual es la única fuente de limitación a la propiedad privada, siempre con los fundamentos que la Constitución Nacional preceptúa”.

Dicho Magistrado luego pasó a considerar que la Sala, en forma contradictoria había:

“declarado ‘*procedente* la medida cautelar solicitada’ pero, en forma incongruente, acordó una medida completamente distinta, opuesta a los intereses de los demandantes”; agregando con razón, que “es de la esencia de las medidas cautelares, de todas ellas, nominadas o no, el que sean congruentes con la pretensión y, por ende, con la eventual decisión de fondo, ya que su justificación y finalidad es garantizar la eventual eficacia de tal acto decisorio”.

Luego, acotó el Magistrado en su voto disidente a la sentencia de la Sala, que:

“Desde este ineludible punto de vista, resultaba jurídicamente imposible, por razón de la instrumentalidad de toda cautela en relación con la sentencia de fondo, que, a un tiempo, se declarase la “procedencia” de la medida que se pidió con la demanda y lo que se acordase fuese no sólo ajeno, sino contrario a la pretensión principal, por lo que la medida cautelar que se pronunció no debió ser acordada”.

En todo caso, mediante la sentencia, el juez constitucional, sustituyéndose en la Administración, como en el caso antes comentado, siguió con la enumeración de los sitios y lugares donde se encontraban esas instalaciones; e igualmente sustituyéndose en el Legislador estableció que “el derecho de uso” de los equipos necesarios para las operaciones anteriormente mencionadas que de oficio asignaba a CONATEL como ente regulador del servicio de telecomunicaciones y sin que hubiera ley alguna que regulara esa figura, supuestamente autorizaban a dicha Comisión a “acordar su uso, de manera temporal, al operador que a tal efecto disponga, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La Sala finalmente, también sustituyéndose a las autoridades ejecutivas, ordenó al Ministerio de la Defensa “custodiar, controlar y vigilar de forma constante el uso de instalaciones y equipos tales como microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de planta, cerca perimetral y acometida eléctrica, ubicados en a nivel nacional y necesarios para el uso de la frecuencia que ha sido asignada para televisión abierta en la red de transporte y teledifusión.”

Es decir, en este caso, los recurrentes acudieron ante el juez constitucional en busca de una protección a sus derechos y los derechos de los venezolanos, los cuales consideraban asegurados temporalmente con que se permitiera a RCTV seguir transmitiendo su programación mientras durara el juicio, y se encontraron con que el juez constitucional,

sin considerar en forma alguna su petitorio, *de oficio*, acordara una medida cautelar que aseguraba todo lo contrario, es decir, la cesación de las transmisiones de RCTV, la confiscación de sus bienes, la asignación de su uso a CONATEL, para que esta se los permitiera usar a la nueva entidad estatal trasmisora TEVES, de manera que pudiera cubrir nacionalmente con su programación.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El caso RCTV, como resulta del análisis que hemos hecho anteriormente en forma detallada de las decisiones judiciales emitidas, sin duda muestra el grave quiebre del Estado de derecho en Venezuela, así como la lamentable pérdida del rol fundamental del Poder Judicial como garante del mismo. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y, en particular, las de la Sala Constitucional, ponen en evidencia cómo en lugar de proteger los derechos constitucionales a la libertad de expresión plural del pensamiento, al debido proceso y a la propiedad privada, han conspirado, como instrumentos controlados por el Poder Ejecutivo, para aniquilarlos, secuestrarlos y violarlos, cubriendo con un velo mal cosido de juridicidad, las arbitrariedades gubernamentales.

Lo grave de la actuación, en todo caso, es que el atropello a la Constitución, y entre otras violaciones, la confiscación de la propiedad privada, lo que está prohibido por la Constitución, se ha cometido por el Poder Judicial, lo que hace que las violaciones queden formalmente impunes, pues el juez constitucional en Venezuela no tiene quien lo controle.

Tan graves han sido estas violaciones al Estado de Derecho, que con muy pocos días de diferencia, las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país se han pronunciado públicamente, protestando por la demolición del Estado de Derecho.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en efecto, el día antes a que se publicaran las sentencias de la Sala Constitucional, con fecha 24 de mayo de 2007, emitió un “*Pronunciamiento sobre la presunta extinción de la concesión de la televisora RCTV*”, en el cual, entre otros aspectos de importancia, señaló lo siguiente:

- Que se ha irrespetado el principio de imparcialidad que sujeta a la Administración Pública (artículo 12 Ley Orgánica de la Administración Pública y 30 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), pues se adelanta una posición tomada, con anterioridad a la oportunidad que corresponde (que sería el momento de evaluar imparcialmente, la eventual solicitud de renovación de la concesión, si ese fuera el caso);

- Que se ha irrespetado el debido proceso (artículo 49 Const.), pues es evidente que se ha decidido anticipadamente imponer una sanción (excluir a la empresa del acceso a la concesión), sin abrir el procedimiento debido para tal fin, con lo cual se viola también el principio de igualdad (pues en caso de que concurriera a un eventual procedimiento de asignación de la concesión, ya se sabe excluida de antemano), y se evidencia el vicio de desviación de poder en la decisión, pues se emplea la potestad de atribuir la concesión, no para la finalidad que la norma persigue (administración del espectro radioeléctrico), sino para castigar (sin procedimiento y sin tener cualidad para ello);

- Que se ha irrespetado el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo desarrollo fue aprobada por la mencionada Comisión la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”. Esta Declaración, en su Principio 13, proclama: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley...”;

- Que se ha incumplido el trámite formal de transformar los títulos otorgados a RCTV con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en Gaceta Oficial N° 36.970 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas 12 de junio de 2000) y, en consecuencia, se ha incumplido la obligación de otorgar a RCTV la concesión y habilitación administrativa ajustadas a los términos de la referida Ley;

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, por su parte, en comunicado “*A la Opinión Pública Nacional. Ante el quebrantamiento absoluto del Estado de Derecho*” de 30 de mayo de 2007, expresó, entre otros importantes aspectos que:

Observamos con estupor que mediante una medida cautelar se lesiona el derecho de propiedad de una persona ajena al juicio, a quien se le arrebatan judicialmente sus bienes para que sean usados por una fundación creada por un ente público...

De acuerdo con los principios que informan el Estado Democrático y social de Derecho y de Justicia, ningún órgano del Poder Judicial puede afectar, de forma como se ha hecho, el derecho de propiedad, pues la ocupación temporal y la ocupación previa, sólo tienen cabida en un proceso de expropiación...

El error que muestra la sentencia queda claramente evidenciado con la sola lectura del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. Por ello la medida cautelar acordada deviene en un error inexcusable, y en el marco del principio de la responsabilidad, propio del ejercicio de la función pública, incluyendo a la judicial, constituye una clara demostración de abuso de poder por parte de la Sala Constitucional...

Que ningún criterio de “justicia y razonabilidad” pueden justificar la “confiscación temporal”, sin límite de tiempo, de bienes pertenecientes a personas extrañas al juicio, y no se necesita mayor preparación para entender que los magistrados que suscriben la sentencia no fueron justos ni razonables”.

El Colegio de Abogados de Caracas, también hizo público un “*Comunicado a la Opinión Pública*” en fecha 1° de junio de 2007, en el cual expresó lo siguiente:

La Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Caracas, ante el clamor de la inmensa mayoría de nuestros agremiados, por la sistemática violación de las disposiciones constitucionales y legales, concretadas en la masiva violación de los Derechos Humanos, bien por acción u omisión de los órganos del Poder Público, que sometidos al Poder Ejecutivo, aplican con discriminación la Constitución y las

Leyes de la República, haciendo inexistente el Estado de Derecho, con lo cual han dejado en total desamparo a la ciudadanía, presa de las arbitrariedades ejecutadas por el Poder Ejecutivo, que ahora pretende imponer una hegemonía comunicacional, un solo pensamiento, una sola opinión y una única voz informativa a su favor, mediante la aplicación distorsionada de la Ley, la promulgación de leyes represivas y la Criminalización de la Disidencia, en un claro atentado contra la Libertad de Expresión, evidenciado en forma más clara mediante EL CIERRE del canal de televisión RCTV, bajo pretextos de rango legal, motivado en elementos políticos, conculcando así el derecho que tenemos los ciudadanos del País de elegir libremente los medios televisivos, bajo la premisa de la pluralidad informativa que debe imperar en toda Democracia; coonestada esta arbitrariedad, con las insólitas decisiones de las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde se cometió la gravedad de Confiscar el Espectro Radio-Eléctrico de la ciudadanía y los Bienes de R.C.T.V., a través de un fraude Judicial y Constitucional, en beneficio del Ejecutivo Nacional, convirtiendo a Las Leyes y al Poder Judicial en el brazo ejecutor de las políticas represivas, que se deciden en las Altas Esferas del Poder Ejecutivo, todo lo cual es propio de un RÉGIMEN TOTALITARIO, que vulnera La Dignidad Humana, condición imprescindible de cualquier Sociedad Civilizada.

Posteriormente, los Colegios de Abogados de Venezuela representados por sus Presidentes, emitieron el 8 de junio de 2007 una “*Declaración conjunta*”, en la cual expresaron lo siguiente:

Rechazamos categóricamente la presión oficialista ejercida sobre el Poder Judicial, producida por un hecho de inusual gravedad que se materializó en un discurso público pronunciado por el Presidente de la República el 24 de marzo de 2007 en el Teatro Teresa Carreño, cuando afirmó sin ambages ni comedimientos que *constituía una traición al pueblo, una traición a la revolución, el dictar decisiones judiciales que neutralizaran actos del Gobierno, si estas se hacían de espaldas al líder de la “revolución”*, lo que evidencia una vez más la inherencia del Presidente en asuntos que son de la exclusiva competencia del Poder Judicial.

Repudiamos categóricamente el contenido de las decisiones Nos. 956 y 957 emanadas de la Sala Constitucional en fecha 25 de mayo de 2007, según las cuales, mediante torcidas interpretaciones jurídicas, acuerda medida cautelar consistente en la *confiscación de los bienes por tiempo indefinido de una persona jurídica que no era parte en el juicio, acto que constituye sin lugar a dudas abuso de poder por parte de la Sala Constitucional* además de un *error inexcusable de derecho* por parte de los Magistrados de la alta Sala al obviar los requisitos legales exigidos por la Ley para hacer procedentes las medidas cautelares; incurriendo en consecuencia en los supuestos de responsabilidad personal tipificados en los artículos 255 in fine y 49 numeral 8 de la Carta Magna, por la *clara violación de los artículos 49 numeral 1 y 257 de la Constitución de la República al haber conculcado el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso* a la empresa propietaria del medio televisivo.

Lamentamos que con estas decisiones judiciales, el país haya dejado de tener una Sala Constitucional capaz de imponer en forma independiente la interpretación de la Constitución y su efectividad, lo que implica que el Texto Fundamental se encuentra herido de muerte, ya que decisiones como éstas, ligan la suerte de la

Norma fundamental a la sola voluntad del Presidente de la República, porque se ha impuesto por simple prevalencia fáctica, la interpretación que ha convenido en cada momento, pasando a ser la Carta Magna instrumentalizada políticamente por el sector oficialista, convirtiendo los conflictos constitucionales en fracturas irremediables del consenso básico que nuestra Constitución estaba llamada a asegurar.

En virtud de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, donde la Sala Constitucional colude con el Poder Ejecutivo Nacional para perjudicar a un tercero, configurándose de esa manera un fraude constitucional, que contienen errores inexcusables por ignorancia crasa del derecho e incurren en confiscación de bienes y abuso de poder, los Colegios de Abogados de Venezuela, interpondremos por ante el Consejo Moral Republicano, la solicitud de apertura de un procedimiento destitutorio contra los Magistrados de la Sala Constitucional, firmante de esa sentencia, y solicitaremos le sea dado el mismo trato diligente que le dispensaron al procedimiento en la destitución de anteriores Magistrados. Denunciamos que en nuestra Patria no existe Separación de Poderes, no hay Estado de Derecho, ni Justicia, libertad, ni igualdad y en consecuencia de ello la gran conclusión es que en Venezuela NO EXISTE DEMOCRACIA.

Ante estas manifestaciones de las instituciones más importantes del pensamiento jurídico del país, es difícil agregar algo más en estas reflexiones finales sobre este atropello, salvo referirnos a lo expresado también públicamente por el Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, en *Declaración* de fecha 30 de mayo de 2007, que está precedida de la frase de Simón Bolívar sobre que: “La Justicia es la reina de las virtudes republicanas y con ella se sostiene la igualdad y la libertad”, en la cual entre otros conceptos señaló sobre “la decisión del Ejecutivo Nacional de suspender la concesión de Radio Caracas Televisión (RCTV) a partir del 28 de mayo del presente año”, que:

Las instituciones no pueden ser sancionadas en función de la real o supuesta participación de alguno de sus integrantes en hechos punibles. Las sanciones recaen sobre los sujetos y no sobre las instituciones. La argumentación política como justificación para suspender la concesión violenta lo establecido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre libertad de expresión y, particularmente, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que taxativamente señala: “... el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”.

Nueva York, Junio de 2007

XVI

HACIA LA CREACIÓN DE UN ESTADO SOCIALISTA, CENTRALIZADO Y MILITARISTA EN VENEZUELA. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA PRESIDENCIAL DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo publicado en el libro: *Estudios Jurídicos*, Volumen XIII, Enero 2004-Diciembre 2007, Asociación Hipólito Herrera Billini, Santo Domingo, República Dominicana 2008, pp. 17-66.

Sobre el **FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN**.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia No. 74 de 25-01-2006 (Revista de Derecho Público, No. 105, 2006, pp. 76 ss.), señaló que un fraude a la Constitución ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas “mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales”, o cuando se utiliza “del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado”; y que un falseamiento de la Constitución ocurre cuando se otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma”, concluyendo con la afirmación de que “Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional”.

INTRODUCCIÓN

EL NUEVO FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN: LA PROPUESTA DE “TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y CREACIÓN DE UN NUEVO ORDENAMIENTO JURÍDICO” PARA ESTABLECER UN ESTADO CENTRALIZADO, SOCIALISTA, POLICIAL Y MILITARISTA, MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE “REFORMA CONSTITUCIONAL”.

En enero de 2007, el Presidente de la República anunció que propondría una serie de reformas a la Constitución de 1999¹, para cuya concepción designó un **Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución**², presidida por la Presidenta de la Asamblea Nacional e integrada, entre otros, por los siguientes altos funcionarios del Estado: el Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional y otros cuatro diputados; la Presidente del Tribunal Supremo de Justicia; el Defensor del Pueblo; el Ministro del Trabajo; la Procuradora General de la República y el Fiscal General de la República. Entre las disposiciones del Decreto estaba la expresa indicación de que el trabajo del Consejo debía realizarse “de conformidad con los lineamientos del Jefe de Estado en estricta confidencialidad” (art. 2)³, lo que de por sí es contrario a los principios de cualquier reforma constitucional en un país democrático.

Las pautas que en diversos discursos y alocuciones fue dando el Presidente de la República para la reforma constitucional, apuntaban, por una parte, a la conformación de un **Estado del Poder Popular o del Poder Comunal, o Estado Comunal**, estructurado desde los Consejos Comunales como unidades políticas primarias u organizaciones sociales **no electas mediante sufragio universal, directo y secreto**, supuestamente dispuestos para canalizar la participación ciudadana, pero conforme a un sistema de **conducción centralizado** desde la cúspide del Poder Ejecutivo Nacional, donde **no hay autonomías territoriales**; y por la otra, a la estructuración de un **Estado socialista**, sustituyendo al sistema de libertad económica y Estado de economía mixta que existe en Venezuela, por un sistema de economía estatista y colectivista, sometido a una planificación centralizada, minimizando el rol del individuo y eliminando todo vestigio de libertad económica y de propiedad privada.

Es decir, se trata de una modificación que implica **transformar radicalmente al Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico**. Para ello, conforme al artículo 347 de la Constitución, ineludiblemente que se requería la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente conforme al artículo 347 de la Constitución, no pudiendo pretenderse hacer dicha modificación mediante una “reforma constitucional”. Lo que en ella se plantea, **excepción hecha de las que se refieren a los derechos laborales (arts. 87 y 90) que no justifican reforma constitucional alguna pues lo que se propone puede establecerse mediante ley**, definitivamente no consiste sólo en “una

¹ Véase en Gaceta Oficial N° 36.860 de 30-12-1999.

² Véase Decreto No. 5138 de 17-01-2007, Gaceta Oficial N° 38.607 de 18-01-2007

³ Ello también lo declaró públicamente, además, la Presidenta de la Asamblea Nacional al instalarse el Consejo. Véase en El Universal, 20-02-2007.

revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”, que es lo que conforme al artículo 342 de la Constitución se pudiera realizar mediante el procedimiento de la “reforma constitucional”, que sólo exige la discusión y sanción del proyecto por la Asamblea Nacional y un referendo aprobatorio.

Sin embargo, a pesar de las previsiones constitucionales, lamentablemente y una vez más, se repite en este caso la táctica política que ha sido un común denominador del régimen instalado en el país a partir de 1999, que es actuar en fraude a la Constitución, es decir, utilizando las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales, para proceder, conforme lo ha advertido el Tribunal Supremo, “a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido”⁴. Eso ocurrió en febrero de 1999, mediante la convocatoria del referendo consultivo sobre la Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución entonces vigente de 1961; ocurrió con el decreto del régimen transitorio de los Poderes Públicos a la Constitución de 1999, que no fue sometido al referendo aprobatorio de la misma; y ha venido ocurriendo en los años subsiguientes, con la destrucción progresiva de la democracia desde el ejercicio del poder y el sucesivo secuestro de los derechos y libertades públicas, supuestamente utilizando previsiones legales y constitucionales.

En esta ocasión, una vez más se pretende utilizar fraudulentamente las previsiones constitucionales para fines distintos a los establecidos en ellas, pues se pretende mediante el procedimiento de reforma constitucional previsto en la Constitución, producir una transformación radical del Estado, y **trastocar el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia de orden civil, para convertirlo en un Estado Socialista, Centralizado y Militarista**, donde desaparece la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, y donde todo se concentra en la decisión del Jefe de Estado. Ello no es posible constitucionalmente, y como lo reseñó el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia antes citada, en sentido similar, ello ocurrió “**con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado**”⁵.

Todo este fraude constitucional comenzó a evidenciarse con las propuestas de reformas elaboradas por la **Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución** cuya divulgación se efectuó en junio de 2007 y cuya autenticidad a pesar del “pacto de confidencialidad” ordenado por el Presidente, es indudable⁶ (en lo adelante: *Propuestas*

⁴ Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 74 de 25-01-2006, en Revista de Derecho Público, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 y ss.

⁵ Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 74 de 25-01-2006, en Revista de Derecho Público, No. 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 y ss.

⁶ El documento circuló en junio de 2007 con el título Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “Modificaciones propuestas”. El texto completo fue publicado como Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas 01 de julio de 2007, 146 pp.

de Reforma del CPRC, junio 2007), en las que se formularon proyectos de cambios radicales respecto de una serie de artículos de la Constitución⁷, y que si bien, en algunos casos, el Presidente de la República no ha repetido en su **Ante Proyecto para la primera reforma constitucional**, presentado ante la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007 (en lo adelante: *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*), el mismo **muestra cual es el pensamiento y la intención de los más altos funcionarios del gobierno y el Estado que formaron dicho Consejo**, por lo que tienen que tomarse en cuenta, ya que en definitiva, en su mayoría, son consecuencia de las propuestas formuladas por el Presidente, o son las orientaciones futuras para las próximas reformas constitucionales ya anunciadas⁸.

En efecto, en el texto de las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, evidencia que una serie de artículos fundamentales de la transformación del Estado no fueron siquiera mencionados, a los efectos, precisamente de que fuera el Presidente de la República el que formulara las propuestas de reforma sobre los mismos, como en efecto ocurrió en el texto del **Ante Proyecto** que presentó ante la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007⁹. En el documento presentado por el Presidente, además, claramente se anuncia que se trata de un **Anteproyecto** para la **primera** reforma constitucional que propone, con lo que anuncia que el mismo, en el futuro vendrán otras reformas futuras.

Por tanto, con el anteproyecto para la primera reforma constitucional presentado por el Presidente de la República (en lo adelante *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*) ante la Asamblea Nacional en agosto de 2007, y con las propuestas de reforma de la Constitución elaboradas por el Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución (en lo adelante *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*) y publicitadas en junio de 2007, **que complementan el Anteproyecto**, si son analizadas en su conjunto, se evidencia, **excepción hecha de las que se refieren a los derechos laborales (arts. 87 y 90) que no justifican reforma constitucional alguna pues lo que se propone puede establecerse mediante ley**, que lo que se busca efectuar es una radical transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico para:

PRIMERO, transformar el Estado en un **Estado Centralizado, de poder concentrado bajo la ilusión del Poder Popular, lo que implica la eliminación definitiva de la forma federal del Estado, imposibilitando la participación política y degradando la democracia representativa; todo ello**, mediante la supuesta organización de la

⁷ En el documento del Consejo Presidencial, se formularon propuestas de reforma respecto de los siguientes artículos de la Constitución: 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, , 24, 25, 28, 29, 31, 35, 36, 44, 47, 50, 52, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 67, 65, 70, 71, 72, 73, 74, 79, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 96, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 106, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 126, 127, 128, 129, 133, 140, 141, 143, 148, 149, 150, 152, 153, 156, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 174, 175, 176, 178, 179, 181, 183, 184, 185, 187, 186, 188, 189, 191, 192, 193, 198, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 246, 253, 254, 255, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 279, 280, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 337, 338, 341, 342, 344, 348 y 350.

⁸ Recuérdese que la propuesta del Presidente de la República en su Ante Proyecto fue para una “primera reforma constitucional”.

⁹ En el Anteproyecto presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional, se formularon propuestas respecto de los artículos 11, 16, 18, 67, 70, 87, 90, 100, 112, 113, 115, 136, 141, 156, 167, 168, 184, 185, 225, 230, 236, 251, 252, 300, 302, 305, 307, 318, 320, 321, 328 y 329.

población para la participación en los Consejos del Poder Popular, como los Comunales, que son instituciones sin autonomía política alguna, **cuyos miembros se declara que no son electos**, y que son controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso es el partido único que el Estado ha tratado de crear en los últimos meses.

SEGUNDO, transformar el Estado en un **Estado Socialista**, que implica la **eliminación de la libertad económica y de la iniciativa privada**, así como la **casi desaparición de la propiedad privada**, dándosele al Estado la **propiedad de los medios de producción**, la **planificación centralizada** y la **posibilidad de confiscar bienes de las personas materialmente sin límites**, configurándolo como un **Estado del cual todo depende**, y a **cuya burocracia queda sujeta la totalidad de la población**; lo que choca con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclaman en la propia Constitución, sentando las bases para que el **Estado sustituya a la propia sociedad y a las iniciativas particulares**, minimizándoselas.

TERCERO, transformar el Estado en un **Estado Militarista**, dado el rol que se le da a la “Fuerza Armada Bolivariana” en su configuración y funcionamiento, toda sometida al Jefe de Estado, y con la creación del nuevo componente de la **Milicia Popular Bolivariana**.

Además, en particular, conforme a las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007* formuladas por el Consejo Presidencial, dado el carácter acentuadamente **regresivo y represivo** que contienen en materia de protección y garantía de derechos humanos, la intención de sus redactores fue buscar configurar al Estado como **Estado Policial**, lo que sin duda orienta el sentido de las futuras reformas anunciadas.

En esta forma, siete años después de la sanción de la Constitución de 1999, el mismo Presidente de la República que en aquél momento motorizó la concepción y sanción de dicha Constitución a través de sus seguidores quienes controlaron totalmente la Asamblea Constituyente; en 2007 anuncia el propósito de cambiar de nuevo la Constitución de 1999, pero con el objeto, **de transformar, ahora sí, radicalmente, el sistema político constitucional venezolano**, estableciendo un **Estado Centralizado del Poder Popular, como Estado Socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado Militarista**, lo que se aparta radicalmente de la concepción del Estado civil social y democrático de derecho y de justicia, de economía mixta que reguló la Constitución de 1999. Con las reformas propuestas, además, materialmente **desaparece la democracia representativa y las autonomías político territoriales**, sustituyéndosela por una supuesta democracia “participativa y protagónica” controlada total y centralizadamente por el Jefe de Estado, en la cual queda proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial.

Nuestro propósito en estas notas, es analizar el sentido y alcance del “**Anteproyecto, para la 1era. Reforma Constitucional, Propuesta: del Presidente Hugo Chávez, Agosto 2007**” (en lo adelante *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*) que ha presentado el Presidente de la República a la Asamblea Nacional. Sin embargo, tratándose de un “Anteproyecto” que por esencia es susceptible de cambios, modificaciones y adiciones en las tres discusiones que tiene que darle la Asamblea

Nacional, es obligante, además, analizar las **Propuestas de Reforma Constitucional formuladas en junio de 2007 por la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional** (en lo adelante *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*) presidida por la Presiente de la propia Asamblea Nacional, y como se ha dicho, integrada entre otros por el Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional y otros diputados; la Presidente del Tribunal Supremo de Justicia; el Defensor del Pueblo; el Ministro del Trabajo; la Procuradora General de la República y el Fiscal General de la República; lo cual haremos confrontándolas, en cada caso, con los aspectos más relevantes del texto vigente de la Constitución de 1999 que se busca destruir, precisamente para entender lo que se está proponiendo.

Insistimos, es obligante analizar ambas propuestas, pues las formuladas por el Presidente de la República en su Anteproyecto, si bien sólo se refieren formalmente a 33 artículos de los 350 de la Constitución, lo que en ellas se propone conlleva necesariamente modificaciones en casi todos los otros artículos a los que se refieren las propuestas de reforma formuladas por el Consejo Presidencial. Por ello, el anuncio oficial que hizo el Presidente de la República de que su propuesta de reforma sólo modifica “menos de 10% del articulado de la Constitución vigente”¹⁰, en definitiva es un fraude más, para engañar al pueblo, pues el carácter sustancial de las mismas afecta casi todo el texto constitucional, de manera que de aprobarse el anteproyecto muchas otras normas deberán ajustarse a dichas reformas, tal como lo ha “reconocido” la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, correspondiendo a la Asamblea realizar las modificaciones¹¹, precisamente conforme a las Propuestas ya elaboradas por el Consejo Presidencial. Además, se insiste, se trata de una “primera reforma”, por lo que sin duda vendrán otras.

La orientación de las reformas constitucionales que se ha propuesto en 2007, en todo caso, deriva de ambos documentos, que se complementan, por lo que sería un engaño más en el que no se puede caer, analizar sólo y aisladamente lo que formalmente propuso el Presidente en agosto de 2007 y no lo que propuso su Consejo Presidencial en junio de 2007, integrado por los más altos funcionarios del Estado. Tanto el Presidente de la República como su Consejo, dada la trascendencia de los cambios propuestos, debieron haber recurrido al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente regulado en los artículos 347 y siguientes de la Constitución y no al procedimiento de

¹⁰ Véase El Universal, Caracas 16-08-2007 (Política). Por lo demás, ese es el titular de una de las notas de “Prensa Presidencial/ Marynés Ladera”, Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, Caracas 16-08-2007.

¹¹ En este sentido llama la atención lo afirmado el 17-08-2007 por la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Presidenta de la Sala Constitucional y miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional en el sentido de que, según reseñó Juan Francisco Alonso: “los diputados de la Asamblea Nacional no están facultados para realizar ninguna modificación distinta a las que 33 que planteó el jefe del Estado, salvo que alguno de los cambios contenidos en el proyecto de reforma altere otras normas. “La reforma fue planteada por el Presidente, por lo tanto es lo que presentó el Presidente lo que debe ser estudiado (...) Si (algún artículo) tuviese conexión con los que se van a reformar, entonces por técnica legislativa deberían adecuarse, porque no puede haber artículos contradictorios”, afirmó, al ser consultada sobre la posibilidad de que el Parlamento cambie alguna de las normas referidas a la estructura y funcionamiento del Poder Judicial”. Véase en El Universal, 18-08-07.

“reforma constitucional” previsto en los artículos 342 y siguientes del texto fundamental. Al hacerlo, comenzaron el proceso de reforma violando la Constitución¹².

Por otra parte, el Presidente de la República en la presentación del Ante Proyecto ante la Asamblea Nacional, fue marcadamente explícito en anunciar que se trataba de un *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional*, lo que significa que vendrán otras reformas futuras, cuyo contenido puede desde ya deducirse de las propuestas de reforma de la Constitución elaboradas por el **Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución**. De allí, además, lo indispensable que resulta el análisis de estas.

Ahora bien, para precisar el sentido y alcance de las propuestas de reformas constitucionales formuladas en 2007, y además, para evidenciar que las mismas afectan los aspectos más fundamentales del Estado, **excepción hecha de las que se refieren a los derechos laborales (arts. 87 y 90) que no justifican reforma constitucional alguna pues lo que se propone puede establecerse mediante ley**, las analizaremos a continuación, dividiendo este estudio en las siguientes siete partes, en las que analizaremos:

- I. *Los cambios en los principios fundamentales de la organización del Estado*, que buscan transformar el Estado democrático descentralizado en un Estado socialista centralizado.
- II. *Los cambios en el sistema político*, que buscan transformar la democracia representativa en una supuesta participación popular conducida por el Poder Central.
- III. *Los cambios en la forma del Estado*, que buscan eliminar definitivamente los vestigios de Federación centralizada mediante la centralización total del Estado.
- IV. *Los cambios en la organización del Poder Nacional*, que buscan acentuar el presidencialismo.
- V. *Los cambios en la Constitución económica*, que buscan transformar un Estado social y promotor de la economía mixta, en un Estado socialista de economía estatal centralizada y confiscatoria.
- VI. *Los cambios en los derechos laborales*: una “reforma” constitucional inútil;
- VII. *Los cambios en el régimen de la Fuerza Armada*, que buscan transformar el Estado civil en un Estado Militarista.

¹² En este sentido el Rector del Consejo Nacional Electoral, Sr. Vicente Díaz, el día 16-08-2007 indicó “que la propuesta presidencial para reformar el texto constitucional modifica las disposiciones fundamentales y por ello sería necesario convocar una Asamblea Constituyente para su aprobación”. Véase en Unión Radio, 16 de agosto de 2007, <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=212503>. El inicio del procedimiento de reforma ante la Asamblea Nacional, por tanto, podría ser impugnado ante la Jurisdicción Constitucional, por inconstitucionalidad. Sin embargo, el día 17-08-2007, adelantándose a cualquier impugnación y emitiendo opinión impunemente prejuzgando cualquier asunto, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Presidenta de la Sala Constitucional (es decir de la Jurisdicción Constitucional) y miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, según reseñó el periodista Juan Francisco Alonso: “dejó en claro que la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por los ciudadanos en el referendo. “Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad”, precisó.”. Véase en El Universal, 18-08-07.

Sección primera:
LOS CAMBIOS EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DESCENTRALIZADO AL ESTADO SOCIALISTA CENTRALIZADO

El Presidente de la República, durante todo el año 2007, y en particular en su Discurso de Presentación del Anteproyecto de Constitución ante la Asamblea Nacional ha señalado que el propósito central de la reforma propuesta es **“la construcción de la Venezuela bolivariana y socialista”** (art. 4); es decir, sembrar **“el socialismo en lo político y económico”**, lo que no se hizo en la Constitución de 1999. Cuando ésta se sancionó –dijo– “no proyectábamos el socialismo como camino”, agregando, que “así como el candidato Hugo Chávez repitió un millón de veces en 1998, “Vamos a Constituyente”, el candidato Presidente Hugo Chávez dijo: **“Vamos al Socialismo”**, y todo el que votó por el candidato Chávez, votó por ir al socialismo”¹³, de manera que por ello, el Anteproyecto de Constitución que presentó, es para “la construcción del **Socialismo Bolivariano, el Socialismo venezolano, nuestro Socialismo, nuestro modelo socialista**” (p. 34), cuyo “núcleo básico e indivisible” es “la comunidad”, “donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes, tendrán el poder de construir su propia geografía y su propia historia” (p. 23). Y todo ello bajo la premisa de que **“sólo en el socialismo será posible la verdadera democracia”** (p. 35), pero de una supuesta “democracia” que, como lo propuso el Presidente en su proyecto de reforma del artículo 136 de la Constitución, **“no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”. Es decir, una “democracia” que no es democracia, pues no hay democracia sin elección de representantes.

Todas estas propuestas las resumió el Presidente en su Discurso, así: “en el terreno político, profundizar la **democracia popular bolivariana**; en el terreno económico, preparar las mejores condiciones y sembrarlas para la construcción de un **modelo económico productivo socialista**, nuestro modelo, lo mismo en lo político la **democracia socialista**; en lo económico, el modelo productivo socialista; en el campo de la Administración Pública incorporar novedosas figuras para aligerar la carga, para dejar atrás el burocratismo, la corrupción, la ineficiencia administrativa, cargas pesadas del pasado, que todavía tenemos encima como rémoras, como fardos en lo político, en lo económico, en lo social” (p. 74).

Y todas estas propuestas de construcción del socialismo, además, el Presidente la vinculó al proyecto de Bolívar elaborado en 1819, el cual –dijo– **“es perfectamente aplicable a un proyecto socialista: perfectamente se puede tomar la ideología bolivariana originaria, como elemento básico de un proyecto socialista”** (p. 42)¹⁴.

¹³ Es decir, se pretende imponer al 56% de los votantes que no votaron por la reelección presidencial, la voluntad expresada por sólo el 46% de los votantes inscritos en el Registro Electoral que votaron por la reelección del Presidente. Según las cifras oficiales del CNE, en las elecciones de 2006, de un universo de 15.784.777 votantes inscritos en el Registro Electoral, sólo 7.309.080 votaron por el Presidente.

¹⁴ Debe recordarse que solo un mes antes del Discurso del Presidente de la República representación de su anteproyecto de reforma de la Constitución, quien fuera su Ministro de la Defensa hasta el 18-07-2007, General en jefe, Raúl Baduel, en su discurso al dejar el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, había dicho que el llamado

Estas propuestas, sin duda, tocan las bases fundamentales del Estado, en particular, en relación a la ampliación constitucional de la llamada doctrina bolivariana; a la sustitución del Estado democrático y social de derecho por el Estado Socialista; a la eliminación de la descentralización como política de Estado en aras de la participación política; a la desarticulación de la organización de la Administración Pública, y a la eliminación definitiva de la disciplina presupuestaria y del principio de la unidad del tesoro.

I. LA DOCTRINA BOLIVARIANA COMO SUPUESTA DOCTRINA DEL ESTADO SOCIALISTA

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999, fue el cambio de la denominación de la República de Venezuela por el de “República Bolivariana de Venezuela” (art. 1), que fue propuesta por el Presidente de la República en su trabajo *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, (Caracas 05-08-99) presentado a la Asamblea Nacional Constituyente. Ello, si bien fue rechazada por la mayoría oficialista de los constituyentes en la primera discusión del proyecto de Constitución, luego estos cambiaron radicalmente su parecer, aprobándola en segunda discusión (*Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 12-11-99, N° 42, pp. 4 a 6).

El anterior nombre de “República de Venezuela”, había sido el que había tenido la República entre 1811-1821 y luego, desde 1830 hasta 1999, con la sola excepción del período 1821-1830 cuando Venezuela desapareció como Estado independiente al ser integrada a la República de Colombia, precisamente a propuesta de Simón Bolívar. La verdad es que esta última organización política fue la que respondió a lo que podría considerarse una concepción “bolivariana” del Estado, donde Venezuela simplemente no existió como tal.

El cambio de nombre, por tanto, en 1999 nada tenía que ver con Simón Bolívar y su pensamiento, y ni siquiera con la idea de construcción del socialismo –pues incluso que como lo dijo el Presidente en su discurso del 15 de agosto de 2007, en ese momento no estaba planteado–, y realmente obedeció a una motivación político partidaria, partisanera o partidista que inicialmente derivó de la denominación del Movimiento político que había sido establecido por el Presidente de la República que, como partido político, sin embargo no podía funcionar con esa denominación por utilizar el nombre del Libertador. De manera que fue el “partido bolivariano” el que le dio el nombre a la República, habiéndose hecho en la Constitución referencia al tema “bolivariano”, además, en el artículo 107, al referirse a la obligatoriedad de la enseñanza en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, de los principios del **ideario bolivariano**.

La doctrina bolivariana, ahora identificada por el Presidente de la República con el modelo socialista político económico del Estado, además de identificar al Estado mismo, es decir, a la República, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR*,

del Presidente “a construir el Socialismo del Siglo XXI, implica la necesidad imperiosa y urgente de formalizar un modelo teórico propio y autóctono de Socialismo que esté acorde a nuestro contexto histórico, social, cultural y político”, pero que “este modelo teórico hasta los momentos, ni existe ni ha sido formulado”.

agosto 2007, se lo utiliza para afirmar que “la **República Bolivariana de Venezuela es el producto histórico de la confluencia de varias culturas**” (art. 100), y además, para calificar a la Fuerza Armada, como **Fuerza Armada Bolivariana** (art. 156,8; 236,6; 328 y 329) y a sus componentes como **Ejército Bolivariano, Armada Bolivariana, Aviación Bolivariana, Guardia Territorial Bolivariana y Milicia Popular Bolivariana** (Art. 329). Además, en el artículo 328, se propone que las funciones de la Fuerza Armada Bolivariana para garantizar la independencia y soberanía de la Nación, preservarla de cualquier ataque externo o interno y asegurar la integridad del espacio geográfico, se deben realizar “mediante el estudio, planificación y ejecución de **la doctrina militar bolivariana**”.

El tema de la doctrina bolivariana como doctrina del Estado, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, también se formuló para agregar en varios artículos, así: en el artículo 152 sobre los principios que deben guiar las relaciones internacionales de la República, se propone agregar que “**se rigen por la Doctrina Bolivariana**”; y también, como lo propuso el Presidente en su Anteproyecto, para la denominación de la **Fuerza Armada Bolivariana** en los artículos 236,6; 266,3; y 291.

II. LA SUSTITUCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA POR EL ESTADO SOCIALISTA

El artículo 2 de la Constitución define a Venezuela como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, con lo que se sigue la tradición del constitucionalismo contemporáneo construido, precisamente, para diseñar un **Estado no socialista**, tal como se recogió en la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 20,1) de 1949, en la Constitución española de 1978 (art. 1º) y en la Constitución de Colombia de 1991 (art. 1º).

En esta concepción de Estado liberal de economía mixta no socialista, la idea de **Estado social** es la de un Estado con obligaciones sociales, de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y social, como Estado prestacional. Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación (arts. 2 y 21); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (art. 299).

El **Estado democrático**, es el que fundamenta toda la organización política de la Nación en el principio democrático representativo, que deriva del Preámbulo (sociedad democrática) y de los artículos 2, 3, 5 y 6 de la Constitución, al identificar como valor fundamental del constitucionalismo a la democracia, que se tiene que ejercer mediante representantes (democracia representativa) además de mediante elementos de democracia directa.

El **Estado de derecho** es el Estado sometido al imperio de la Ley o legalidad como lo señala el Preámbulo, lo que implica el sometimiento de la actuación del Estado a controles judiciales independientes (arts. 7, 137,258, 334 y 336); lo que implica también que se lo defina como un **Estado de justicia**, que tiene que tender a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal (art. 26).

La propuesta de crear un **Estado Socialista** en lugar del tradicional Estado democrático y Social de derecho y de justicia, aún cuando el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* no haga mención al artículo 2 de la Constitución, es evidente que el mismo resultará cambiado radicalmente, pues **un modelo de Estado Socialista es absolutamente incompatible con el Estado democrático y Social de derecho y de justicia**. Es un engaño más, por tanto, formular una propuesta de reforma constitucional para establecer un Estado Socialista sin que se cambie el artículo 2 de la Constitución. Ello, sin embargo, se ha hecho para pretender argumentar que no se están tocando los aspectos fundamentales del Estado y que por ello no se recurrió al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente para reformar la Constitución¹⁵. Es decir, un fraude más a la Constitución.

En particular, las referencias al **Estado Socialista** están en las propuestas de reforma referidas al artículo 16, donde se crean las Comunas y Comunidades como “el núcleo espacial básico e indivisible del **Estado Socialista Venezolano**”; al artículo 70, donde al definirse los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio directo de su soberanía, se indica que es “para la **construcción del socialismo**”, haciéndose mención a las diversas asociaciones “constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la **solidaridad socialista**”; al artículo 112 donde se indica, en relación con el modelo económico del Estado, que es para crear “las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una **Economía Socialista**”; y al artículo 113 que precisa la necesidad de la constitución de “empresas mixtas y/o unidades de **producción socialistas**”.

Además, en el Anteproyecto del Presidente se busca derogar y sustituir el artículo 158 de la Constitución de 1999 **que define a la descentralización como política nacional**, para “**profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia** como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”, y establecer, en cambio, sólo que “El Estado promoverá como política nacional, **la participación protagónica del pueblo, transfiriéndole poder** y creando las mejores condiciones para la construcción de una **Democracia Socialista**”.

La misma orientación que adopta el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* fue la que se siguió en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, entre las cuales se destaca la referencia en el artículo 62 en relación con la participación del pueblo en el proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, indicándose que ello “constituye la esencia del ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo y de su protagonismo en función del desarrollo social integral para la **construcción de la sociedad socialista**”; al artículo 70, que al igual que lo indicado en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, también se precisan los “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio directo de su soberanía, para la **construcción**

¹⁵ Ello lo declaró la Presidenta de la Asamblea Nacional el 23 de agosto de 2007 al aprobarse el Anteproyecto de Reforma Constitucional, en bloque, en primera discusión. Véase El Universal, Caracas, 24-08-2007.

del socialismo”; al artículo 113 sobre la prohibición de los monopolios, donde se indica que ello es “en aras de materializar los **principios de la economía socialista** y humanista”; al artículo 299, sobre los principios del régimen socioeconómico de la República, en el cual se indica que su objetivo general es “asegurar el establecimiento de una **sociedad socialista** que propenda al desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”; al artículo 300 que se refiere a la creación de empresas públicas, donde se precisa que en lugar de que las mismas realicen “actividades sociales o empresariales” como indica la Constitución de 1999, se busca regularlas sólo “para la promoción y realización de los fines de la **economía socialista**”; y al artículo 316 sobre el sistema tributario, donde al regularse el principio de la progresividad se dispone que su objetivo es que “paguen cualitativa y cuantitativamente más tributos quienes mayores niveles de egresos y patrimonios posean, todo bajo la óptica de la solidaridad y el **modelo tributario socialista**”.

III. LA ELIMINACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO

La Constitución de 1999 en su artículo 4 precisó que “La República Bolivariana de Venezuela es un **Estado federal descentralizado** en los términos consagrados por esta Constitución”; incorporando algunos aspectos que se habían establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, relativos a la transferencia a los Estados de competencias que eran de Poder Nacional. La descentralización en esta forma, como política de Estado se reflejó en varias normas de la Constitución, como sucedió, por ejemplo, en el artículos 6 (que define al gobierno como **descentralizado**), en el artículo 16 (al hablar de “la autonomía municipal y la **descentralización** político administrativa”; en el artículo 84 (que se refiere al sistema público nacional de salud **descentralizado**); en los artículos 269 y 272 (sobre la administración de justicia y penitenciaria descentralizadas); en el artículo 285 (sobre la administración electoral descentralizada); y en el artículo 300 (sobre organización administrativa económica del Estado funcionalmente descentralizada).

Pero además, respecto de todas las actividades públicas, la Constitución de 1999 al establecer los principios de la **política nacional de descentralización**, exige que la misma “**debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población** y creando las mejores condiciones, tanto **para el ejercicio de la democracia** como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales” (art. 158). Por ello, el artículo 185 identificó al Consejo Federal de Gobierno como “el órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de **descentralización** y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios”; y el artículo 166 de la Constitución dispuso que los Estados “**descentralizarán** y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público”; y en general, el artículo 184 exigió que mediante ley, el Estado cree “**mecanismos abiertos y flexibles** para que los Estados y los Municipios **descentralicen** y transfieran a las comunidades

y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlo”, entre otros aspectos, promoviendo “la creación de nuevos sujetos de *descentralización* a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales” (art. 184,6).

Todo esta se elimina en las propuestas contenidas en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, así como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en las cuales siguiendo la orientación de esa práctica política de los últimos años, definitivamente se busca **centralizar totalmente el Estado y eliminar todo vestigio de descentralización como organización y política pública, de autonomía territorial y de democracia representativa a nivel local**, es decir, de la unidad política primaria en el territorio. Ello, sin duda toca un aspecto fundamental y medular del Estado que no puede ser cambiado mediante una reforma constitucional¹⁶.

En efecto, en *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, así como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone eliminar todo vestigio de “descentralización política”, comenzando por el principio fundamental de **descentralización y autonomía** territorial del artículo 16 de la Constitución de 1999 que exige que la división político territorial de la República garantice siempre “**la autonomía municipal y la descentralización** político administrativa”, como elementos básicos de la democracia de participación (autonomía y descentralización), proponiéndose en cambio una división territorial que sólo garantice “la participación del **Poder Popular**.”

Además, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se deroga y elimina el artículo 158 de la Constitución de 1999 que como se indicó, definió la *política nacional de descentralización* para “profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estadales”.

¹⁶ Con toda precisión, la periodista Sara Carolina Díaz, en una nota publicada (“6 artículos sobre descentralización son susceptibles a modificación”) en el diario “El Universal observó, con razón, que “al menos 6 artículos de la Carta Magna referidos a la descentralización, que no fueron mencionados en la propuesta de reforma, son susceptibles de sufrir modificaciones, luego de que el Presidente propusiera modificar el artículo 158 de manera tal de sustituir la descentralización como política nacional por la participación protagónica, entre otros. Esos artículos son el 84, 157, 165, 269, 272 y 294. La palabra descentralización aparece de modo explícito en 14 artículos del texto constitucional de 1999 y en 5 de ellos el Presidente propone eliminar dicha palabra. De los otros 9 artículos, que se supone no serán tocados, estos 6 mencionan la descentralización en distintos ámbitos como cárceles, salud y funciones de la Asamblea Nacional, y los otros 3 están contenidos en el preámbulo y en parte de los 9 de los principios fundamentales de la Carta Magna. Estos principios son considerados intocables por el oficialismo para no justificar una Constituyente. Sin embargo fueron, al menos en lo referente a la descentralización, trastocados (y eliminados) en la reforma que plantea el presidente Chávez a los artículos 16, 184, 185, 300 y el mencionado 158. El artículo 4 parte de estos principios fundamentales “intocables”, establece que Venezuela es un estado federal descentralizado. La presidenta de la AN, Cilia Flores, ha insistido en que estos principios no serán modificados. Sin embargo, ha reconocido que es probable que modifiquen artículos más allá de los 33 propuestos. La justificación es que otros artículos pueden verse afectados. La presidenta del TSJ, Luisa E. Morales, dijo que sólo deben cambiar los artículos de la propuesta y los que tengan relación directa con estos artículos”. Véase en El Universal, Caracas 24, 08-2007

En lugar de esta norma, en el Anteproyecto se propone redactar el artículo 158 así: “**El Estado promoverá como política nacional, la participación protagónica del pueblo, transfiriéndole poder y creando las mejores condiciones para la construcción de una Democracia Socialista**”, constituyendo esta redacción, como lo indicó el Presidente de la República en su Discurso de presentación del Anteproyecto, “el desarrollo de lo que nosotros **entendemos por descentralización, porque el concepto cuartorepublicano de descentralización es muy distinto al concepto que nosotros debemos manejar**. Por eso, incluimos aquí la participación protagónica, la transferencia del poder y crear las mejores condiciones para la construcción de la democracia socialista”.

Por otra parte, en cuanto a las referencias que se hacen en los artículos 269 y 272 (administración de justicia y penitenciaria **descentralizadas**) y en el artículo 295 (administración electoral **descentralizada**) de la Constitución sobre la descentralización, las mismas se propone sean eliminadas en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, e, incluso, la palabra descentralización se elimina respecto de las empresas públicas en el artículo 300 tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*.

IV. LA FRAGMENTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO

Una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 1999 fue el haber incorporado una normativa específica destinada a regular los principios fundamentales de la Administración Pública del Estado, buscando su racionalización, y en especial disponiendo en el artículo 141, como principios fundamentales, primero, que la Administración Pública **está al servicio de los ciudadanos**; segundo, que se fundamenta en los principios de **honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública**, y tercero, que debe actuar con **sometimiento pleno a la ley y al derecho**, lo que implica la formulación constitucional del **principio de legalidad**.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone eliminar todos estos principios fundamentales sobre la Administración Pública eliminando el principio de que como un universo está al **servicio de los ciudadanos**, sustituyendo la norma del artículo 141 por otra en la que lo que se dispone es que **está al sólo servicio del Estado, eliminándose el derecho de los ciudadanos a que la Administración esté a su servicio**. Se propone en efecto, que el artículo 141 disponga que: “Las administraciones públicas son las estructuras organizativas **destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos**, para el ejercicio de sus funciones, y para la prestación de los servicios”.

En la redacción que se propone del artículo 141, además, se busca fragmentar a la Administración Pública, pasándose de un régimen universal de “la Administración Pública” a regular a “las administraciones públicas”, las cuales, incluso, contra toda técnica legislativa, se las clasifica en las siguientes dos “categorías”: “**las administraciones públicas burocráticas o tradicionales**, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta constitución y las leyes; y “**las misiones**”, constituidas

por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de **sistemas excepcionales, e incluso, experimentales**, los cuales serán **establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales**".

Es decir, con la reforma constitucional propuesta, en lugar de corregir el descalabro administrativo producido por la indisciplina presupuestaria de fondos asignados a "misiones" fuera de la organización general del Estado, se pretende constitucionalizar el desorden administrativo, calificándose a las estructuras administrativas del Estado como "burocráticas o tradicionales", renunciando a que las mismas sean reformadas para convertirlas en instrumentos para precisamente atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población. Y todo ello, dejando la organización de la Administración Pública **a la sola voluntad del Presidente de la República** mediante reglamentos.

V. EL ABANDONO DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA Y DE LA UNIDAD DEL TESORO

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, aún cuando no se propone reforma alguna expresa en relación con los artículos 313 y 314 de la Constitución que establecen el principio general de la disciplina presupuestaria, con la propuesta de reforma que se formula en relación con el artículo 321 se está eliminando la disciplina presupuestaria como principio fundamental de la administración económica y financiera del Estado.

En efecto, conforme a los artículos 313 y 314 de la Constitución, la administración económica y financiera del Estado se tiene que regir por un presupuesto aprobado anualmente por la Asamblea nacional mediante ley, en el cual deben indicarse las estimaciones de ingresos públicos y los gastos públicos anuales que puede efectuar el Ejecutivo nacional, de manera tal que en el artículo 314 se declara que "no se hará ningún tipo de gasto que no hay sido previsto en la ley de Presupuesto", siendo la excepción, sólo, en csos de créditos adicionales al presupuesto para gastos no previstos o con partidas insuficientes, que también deben ser aprobados por la Asamblea nacional.

Todo este sistema de disciplina presupuestaria para garantizar que los ingresos ordinarios sean suficientes para cubrir los gastos ordinarios y que "el ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propondrá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud" (art. 311), se busca desquiciar formalmente, al proponerse en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* la reforma del artículo 321, en el cual, en lugar de establecer, como lo hace la Constitución de 1999, que la ley debe establecer "un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles municipal, regional y nacional, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios", el cual debe funcionar bajo los "principios básicos la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo"; se propone al atribuírsele funciones, en otra propuesta de reforma (art. 318,

en la **administración de las reservas internacionales**, “el Jefe del Estado establecerá, en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, el nivel de las **reservas necesarias para la economía nacional**, así como el monto de las **reservas excedentarias**, las cuales se destinarán a **fondos que disponga el Ejecutivo Nacional** para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, **financiamiento de las misiones** y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”, con lo que se propugna la ruptura definitiva del principio de la unidad del Tesoro.

En esta forma, se busca constitucionalizar el mecanismo de financiamiento paralelo al presupuesto, mediante **fondos creados por el sólo Ejecutivo Nacional** destinado a las misiones, que como se dijo, también se propone que estén a cargo de “misiones” como organizaciones administrativas públicas paralelas a la Administración Pública burocrática y tradicional”.

Se observa, sin embargo, que en la propuesta de reforma del artículo 184 de la Constitución que se formula en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se precisa que será la ley la que debe crear “un Fondo destinado al financiamiento de los proyectos de los Consejos Comunales”.

Sección segunda:

LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO: DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA SUPUESTA PARTICIPACIÓN POPULAR CONDUCTA POR EL PODER CENTRAL

I. LA ELIMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A NIVEL LOCAL Y SU SUSTITUCIÓN POR UNA SUPUESTA “PARTICIPACIÓN PROTAGÓNICA”

El artículo 5º de la Constitución, establece que “la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”. Con esta norma, si bien se siguió la tradición republicana de la soberanía popular iniciada en 1811, en particular, en la Constitución de 1999 el concepto de representatividad política (democracia indirecta) se complementó con la previsión del ejercicio directo de la democracia, mediante los mecanismos de participación previstos en el artículo 62 que consagra el derecho de todos los ciudadanos “de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes”.

La democracia, por tanto, para ser tal, tiene que ser representativa, pudiendo **además**, establecerse mecanismos de democracia directa; y por ello, en la Constitución de 1999 se exige que la representatividad democrática **siempre tiene que tener su fuente en elecciones populares universales, directas y secretas** (art. 70), destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público que, por supuesto, son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público (art. 136). En el texto de la Constitución de 1999 si bien es cierto que se

eliminó la palabra “representativo” para calificar al gobierno (art. 6), se precisa en dicha norma que debe ser “democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. Sin embargo, no existe ni puede existir democracia que no sea representativa, siendo de la esencia del régimen político democrático la idea de que el pueblo, titular de la soberanía, no la ejerce directamente, sino a través de representantes.

Esta democracia representativa, por supuesto, no se opone a democracia participativa, y ambas se diferencian de los mecanismos de democracia directa como la que deriva de los referendos (consultivas, aprobatorios, abrogatorios y revocatorios) (arts. 78 ss.) que perfeccionan la democracia, al igual que de las consultas populares, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas (art. 62), todas reguladas como formas de participación política en la Constitución.

Sin embargo, la democracia representativa no puede pretender ser sustituida por la “democracia participativa”; ello es una falsedad para no calificarla de ilusión. La democracia, para que sea participativa, además de esencialmente representativa, lo que tiene que permitir el ciudadano es participar en los asuntos públicos, **teniendo acceso al poder cuando lo tiene que tener cerca**, lo que necesariamente implica un bien arraigado y desarrollado sistema de gobierno local, en cada lugar, asentamiento urbano o rural, que sólo puede estar **basado en la descentralización política, es decir, en la creación de entidades políticas autónomas que permitan el autogobierno local**. En ese sentido, participar es sólo posible cuando mediante la descentralización, se crean autoridades locales en los niveles territoriales más pequeños, lo que implica despararramar el poder.

Ello, por supuesto, es contrario a la concentración del Poder y al centralismo que es lo que encubriéndolo con el tema del socialismo y la “participación protagónica” es lo que se busca en las propuestas de reformas constitucionales de 2007, al pretender eliminarse de la Constitución, como antes se ha comentado, toda referencia a la descentralización política. Lo que se está proponiendo, en definitiva es la sustitución de la democracia representativa por una supuesta “democracia participativa”, pero acabando con la propia democracia como régimen político, tratando de sustituirla por un régimen autoritario, centralizador y concentrador del Poder que impide la participación política al no existir entidades locales autónomas. Ello, como se dijo, se busca con las propuestas para **eliminar todo vestigio de autonomía territorial y de descentralización política, con lo que no puede haber democracia participativa**. Como se dijo, la participación democrática exige la existencia de **entes políticos territoriales autónomos**, sin los cuales aquella no pasa de ser una **simple movilización controlada desde el Poder Central**. Ello es lo que ocurre, precisamente, con los Consejos Comunales recién creados por ley, cuyos miembros **no son electos mediante sufragio sino designados bajo el control del propio Poder Ejecutivo Nacional**, lo cual se busca ahora consolidar constitucionalmente, con la propuesta de reforma del artículo 16 al referirse a la división territorial para supuestamente garantizar “la participación del Poder Popular”.

En efecto, conforme al artículo 16 del *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, el Poder Popular se desarrolla de abajo hacia arriba, a

partir de las **Comunidades**, “cada una de las cuales constituirá el núcleo espacial básico e indivisible del **Estado Socialista Venezolano**, donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia”. Estas **Comunidades** estarán agrupadas en **Comunas**, que serán “**áreas o extensiones geográficas**” que son “**células geo-humanas del territorio**”; y estas, a su vez, estarán agrupadas, en ciudades que se conciben como “**la unidad política primaria de la organización territorial nacional**”, entendidas “**como todo asentamiento poblacional dentro del Municipio**”. En esta forma, es a partir de la **Comunidad y la Comuna**, que “**el Poder Popular desarrollará formas de agregación comunitaria Político-Territorial, las cuales serán reguladas en la Ley, y que constituyan formas de Autogobierno y cualquier otra expresión de Democracia Directa.**”

La propuesta de reforma formulada en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, respecto del artículo 136, en todo caso, es precisa al referirse al Poder Popular y establecer que el mismo “**se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley**”, pero que siendo el pueblo “el depositario de la soberanía” el mismo “**la ejerce directamente a través del Poder Popular**”, con la precisión de que “**éste no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población.**”

En definitiva, lo que se busca en esta “primera reforma”, es poner **fin a la** democracia representativa a nivel local, y con ello, de todo vestigio de autonomía política territorial que es la esencia de la descentralización.

Esto mismo es lo que se había formulado en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en relación con el artículo 61, al buscarse agregar solo que “La participación del pueblo en forma efectiva, suficiente y oportuna en el proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados **constituye la esencia del ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo** y de su protagonismo”; sin garantizar que ello sea mediante entes político territoriales autónomos, lo que hace la propuesta, vacía de democracia. Además, respecto del artículo 62, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007* se busca cambiar el **sentido y propósito de la participación democrática**, calificándola solo como el mecanismo para la construcción de una **sociedad socialista**, proponiéndose que la norma disponga que “La participación del pueblo en forma efectiva, suficiente y oportuna en el proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados **constituye la esencia del ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo** y de su protagonismo en función del desarrollo social integral para la construcción de la **sociedad socialista**”.

Por otra parte, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, los medios de participación política del artículo 70, se los identifica como medios del pueblo en ejercicio **directo** de su soberanía “**para la construcción del socialismo**”, agregándose entre los medios de participación de orden político, además, a los **Consejos Comunales**. Las Propuestas también buscan agregar a los medios de participación en lo social y económico, a “**la gestión directa y democrática por parte de los trabajadores y trabajadoras**

de cualquier empresa de propiedad social, colectiva o del Estado” y a “las empresas de producción social, las organizaciones financieras comunales y microfinancieras”.

Por otra parte, en cuanto a la eliminación de la **democracia representativa a nivel local**, como resulta del *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, ello se reafirma en materia de elección de los jueces de paz que en la Constitución se garantiza que debe ser “por votación universal, directa y secreta” y que en la propuesta de reforma del artículo 258, lo que se establece es que los jueces de “paz serán designados por la asamblea de ciudadanos por votación universal, directa y secreta”, es decir, **eliminando el carácter popular de la elección**.

En definitiva, en nombre de la “democracia participativa” lo se busca es eliminar la democracia representativa a nivel local, y sustituirla por una supuesta “democracia directa” de “participación” en asambleas de ciudadanos, comunidades, comunas y ciudades, **que no son entes políticos territoriales autónomos**, todas controladas desde el Poder Central; y si bien en las propuestas de reforma de los artículos 16 y 136 se habla formas de autogobierno y del autogobierno de las ciudades, no es indica que los mismos deban ser el resultado de elección popular.

Debe indicarse, por último, en relación con las organizaciones del Poder Popular que como la Constitución de 1999 reconoció el derecho de los trabajadores y de la comunidad, para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas, para realizar cualquier tipo de actividad económica (art. 118); ahora, conforme a las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca que en el artículo 118 se agregue, a los “**consejos comunales, organizaciones comunitarias, comunidades indígenas, empresas de producción social**”, con la precisión de que el Estado debe ejercer “la **supervisión e incluso la intervención** necesaria para evitar que se **desvíen** de su objetivo comunitario, cooperativo y de interés social, para constituirse en **meros instrumentos de intereses privados particulares**”.

II. LA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA CON LA PROPUESTA DE REELECCIÓN INDEFINIDA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Conforme al artículo 4 de la Constitución, el gobierno de la República y de todas las entidades políticas que la componen tiene que ser democrático alternativo, y de allí las limitaciones que la Constitución establece respecto de la reelección de funcionarios.

En efecto, en cuanto al Presidente de la República, el artículo 230, cambiando radicalmente la tradición constitucional anterior, estableció la posibilidad de la reelección inmediata del Presidente de la República, aún cuando por una sola vez, para un nuevo período; el artículo 192 dispuso que los diputados a la Asamblea Nacional podían ser reelegidos sólo “por dos periodos consecutivos como máximo”; el artículo 160 dispuso que los Gobernadores de Estado podían ser “reelegidos, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”; el artículo 162 dispuso que los legisladores a los Consejos

Legislativos de los Estados podían ser reelegidos sólo “por dos periodos consecutivos como máximo”; y el artículo 174 dispuso que los Alcaldes podían ser “reelegidos, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se ha propuesto reformar el artículo 230, aumentando el período constitucional del Presidente de la República a **siete años**, y establecerse que el Presidente de la República “**puede ser reelegido o reelegida de inmediato para un nuevo período**”.

III. EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE ASOCIACIÓN POLÍTICA Y EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES ELECTORALES

En un marcado criterio reactivo contra los partidos políticos, en la Constitución de 1999 se eliminó tal expresión estableciéndose, en cambio, un conjunto de regulaciones contra lo que habían sido los partidos políticos tradicionales, pero garantizándose el derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección.

Ahora bien, uno de los problemas vinculados a los partidos políticos había sido el tema del financiamiento público de los mismos que regulaba la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, lo que había conducido a un acaparamiento inequitativo de dichos fondos. Los redactores de la Constitución reaccionaron contra ello, prohibiendo simplemente dicho financiamiento público y exigiendo control respecto del financiamiento privado de los partidos (art. 67), con lo que se retrocedió en lo que es la constante en todo el mundo democrático, habiéndose abierto, de hecho, la posibilidad de financiamiento público irregular e ilegítimo a los partidos de gobierno.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, al igual que en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca modificar la **prohibición** establecida en el artículo 67 de financiamiento de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, previéndose que “**el Estado podrá financiar las actividades electorales**”, pero sin indicarse si se trata de un financiamiento a los partidos políticos en general o a las actividades electorales del partido único socialista o de los candidatos a reelección. En las propuestas se establece además una remisión a la ley para establecer “**los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y accesos a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos**”.

En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se agregaba que la ley debía establecer esos mecanismos “para el **financiamiento transparente** de las actividades electorales”, el uso de los espacios públicos y acceso a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las asociaciones con fines políticos”.

Sin embargo, tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca eliminar la prohibición general que regula el artículo 67 de la Constitución de 1999, en el sentido de que “Las direcciones de las asociaciones con fines **políticos no podrán contratar con entidades del sector público**”. En un sistema de partido único oficialista,

la eliminación propuesta es un llamado a la legitimación de la imbricación total entre el partido y el Estado.

Por otra parte, tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en la propuesta de reforma del artículo 67 se establece una prohibición general en cuanto al “financiamiento a las asociaciones con fines políticos o a quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia, por parte de **gobiernos o cualquier otra entidad pública o privada extranjeros**”.

Sección tercera:

LOS CAMBIOS EN LA FORMA DEL ESTADO: DE LA FEDERACIÓN CENTRALIZADA A LA CENTRALIZACIÓN TOTAL DEL ESTADO

La forma del Estado venezolano, desde que se creó la República en 1811, y luego, desde que se reconstituyó la República en 1830, ha sido siempre formalmente la de una **Federación**, en la cual el Poder Público está distribuido en el territorio ente **entidades políticas territoriales autónomas** en tres niveles: el nivel nacional (República), el nivel estatal (Estados) y el nivel municipal (Municipios), cuyas respectivas autonomías garantiza la propia Constitución.

Con todos sus altibajos, y a pesar de la tendencia a centralizar la Federación, esa ha sido la forma del Estado que siempre hemos tenido, y que implica la distribución vertical del Poder Público. Esta forma de Estado federal, sin embargo, aún cuando sin eliminarla formalmente, desaparece con las reformas propuestas, de nuevo, en fraude a la Constitución.

I. EL DESMORONAMIENTO DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO

1. *El vaciamiento del contenido territorial de la Federación*

En efecto, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, si bien no se elimina expresamente la Federación, la verdad es que de tal manera se la vacía de contenido, que materialmente desaparece.

En particular, en cuanto a los Estados y Municipios sobre cuya concepción se monta el sistema federal, conforme a la propuesta de reforma del artículo 16, si bien no se los elimina expresamente, de la norma **desaparece la garantía constitucional de la autonomía municipal y la descentralización político administrativa** que establece dicha norma de la Constitución de 1999 como condición esencial de la división territorial, sentándose las bases para vaciarlos de sentido y de competencias. Además, en cuanto a los Municipios, en la propuesta de reforma se les quita el carácter de **unidad política primaria** que el artículo 168 de la Constitución de 1999 les garantiza, y se dispone, en cambio, que “la unidad política primaria de la organización territorial nacional será **la ciudad, entendida esta como todo asentamiento poblacional dentro del Municipio, e integrada por áreas o extensiones geográficas denominadas Comunas**”.

Estas **Comunas** conforme al mismo artículo 16, “serán las células geo-humanas del territorio y **estarán conformadas por las Comunidades**, cada una de las cuales constituirá el núcleo espacial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano, donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia”. Y se concluye indicando que “a partir de **la Comunidad y la Comuna, el Poder Popular desarrollará formas de agregación comunitaria Político-Territorial**, las cuales serán reguladas en la Ley, y que constituyan formas de **Autogobierno y cualquier otra expresión de Democracia Directa**”.

La propuesta de reforma del *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en el artículo 16 agrega, además, que “la **Ciudad Comunal** se constituye cuando en la totalidad de su perímetro, se hayan establecido las **Comunidades** organizadas, las **Comunas** y los Auto Gobiernos Comunales, estando sujeta su creación a un referéndum popular **que convocará el Presidente de la República en Consejo de Ministros**”.

Pero además, en la propuesta de reforma del artículo 136 relativo al Poder Público, se precisa el esquema, indicándose que “**El Poder Popular se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles** y otros entes que señale la ley”, y que el mismo, es decir, **el Poder Popular “no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”**. Se trata, en definitiva, de la **eliminación de la democracia representativa y de la autonomía política local, es decir, de la descentralización política como condición para la participación política**.

2. La nueva división territorial de la República sujeta al Poder Central y con autoridades no electas

Con todo el esquema antes indicado, lo que se propone en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, es el descuartizamiento de la forma de federal del Estado que, como se dijo, implica un a organización política del territorio en “entidades políticas”, es decir, que gozan esencialmente de autonomía política territorial, y cuyo gobierno, como lo exige el artículo 6 de la Constitución, debe ser entre otros aspectos “electivo”.

En efecto, en lugar de la organización política de la República montada en la división del territorio nacional en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales, todas con gobiernos democráticos electos mediante sufragio, en la reforma del artículo 16 que se propone en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, “el territorio nacional se conforma a los fines político-territoriales y de acuerdo con la nueva geometría del poder, por un **Distrito Federal** en el cual tendrá su sede la capital de la República, por los **Estados**, las **Regiones Marítimas**, los **Territorios Federales**, los **Municipios Federales** y los **Distritos Insulares**”, quedando “la vigencia de los Territorios Federales y de los Municipios Federales supeditada a la realización de un referéndum aprobatorio en la entidad respectiva”, ya que con la creación de los mismos se afecta la división política

territorial de los Estados. Se dispone, sin embargo, que la organización político-territorial de la República se debe regir por una Ley Orgánica.

Además, conforme a la propuesta del mismo artículo 16, y dejando aparte las de orden local ya referidas mediante las cuales el Municipio se vacía en las Comunidades, comunas y ciudades, a partir de las cuales se propone desarrollar el Poder Popular, se busca autorizar al **Presidente de la República, en Consejo de Ministros**, para que “previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional”, pueda “**crear mediante decreto, Provincias Federales, Ciudades Federales y Distritos Funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca la Ley**”. Es decir, con la propuesta de reforma, la división político territorial de la República deja de ser una materia de rango constitucional como siempre lo ha sido, y se pretende que pase a ser una materia ni siquiera de regulación mediante ley, sino de la sola regulación ejecutiva.

Respecto de esas entidades territoriales nuevas, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se indica que los “**Distritos Funcionales**” que pueden ser conformados “por uno o más Municipios o Lotes Territoriales de estos, **sin perjuicio del Estado al cual pertenezcan**”, se crearán conforme a las características históricas, socio-económicas y culturales del espacio geográfico correspondiente, así como en base a las potencialidades económicas que, desde ellos, sea necesario desarrollar en beneficio del país”; y que la creación de los mismos “implica la elaboración y activación de una **Misión Distrital con el respectivo Plan Estratégico-funcional a cargo del Gobierno Nacional**, con la participación de los habitantes de dicho Distrito Funcional y en consulta permanente con sus habitantes”.

En cuanto a las **Ciudades federales**, conforme a la propuesta de reforma, su organización y funcionamiento debe hacerse “de conformidad con los que establezca la ley respectiva”, y en este caso, también e implica “la activación de una Misión Local con su correspondiente plan estratégico de desarrollo”.

En cuanto al los **Territorios Federales, los Municipios Federales y las Ciudades Federales**, se trata, conforme a la propuesta de reforma, no de entidades políticas con alguna autonomía, sino de entidades sujetas al Poder Central, de manera que se propone que sea “el Poder Nacional” el que designe “las autoridades respectivas, por un lapso máximo que establecerá la Ley y sujeto a mandatos revocables”.

En cuanto a las “**Provincias Federales**”, en la propuesta de reforma se dispone que las mismas “se conformarán como unidades de agregación y coordinación de políticas territoriales, sociales y económicas a escala regional, siempre en función de los planes estratégicos nacionales y el enfoque estratégico internacional del Estado venezolano”, y se “constituirán pudiendo agregar indistintamente Estados y Municipios, sin que estos sean menoscabados en las atribuciones que esta Constitución les confiere”.

En forma esquemática, todas estas propuestas de división territorial que en general quedarían a la sola decisión del Poder Ejecutivo, darían lugar al siguiente esquema:

República

C. 1999

Reforma 2007

Estados /Distrito Capital

Territorios y Dependencias Federales

Municipios:

Unidad política primaria

Otras entidades locales

Estados/Distrito Federal

Territorios federales (art. 16; 156,11; 236,3), Regiones marítimas, Distritos insulares (art. 16); Dependencias federales (art. 156,10); Provincias Federales (arts. 16; 156,11; 36,3), Territorios Comunales (art. 156,11)

Distritos funcionales (art. 16).

Misión Distrital, Misión Local (art. 16)

Municipios

Municipios federales (art. 16)

Ciudad: unidad política primaria (art. 16)

Ciudades federales (arts. 16; 156,11; 236,3)

Ciudades Comunales (art. 16; 156,11)

Comunas (arts. 16; 18; 184)

Comunidades (art. 16; 18)

Asamblea de Ciudadanos (Consejo Comunal) (arts. 70; 136; 184)

(Consejos obreros, Consejos campesinos, Consejos estudiantiles) (art. 70; 136)

Como se dijo, si bien en las propuestas del *Anteproyecto* no se propuso la eliminación formal de los Estados y Municipios, sin embargo, como se verá, las propuestas en materia de distribución de competencias y de vaciamiento de las mismas en los Consejos Comunales, hacen que materialmente desaparezcan por inoperantes. Por otra parte, y salvo en el caso de los Estados y Municipios, todas las otras entidades territoriales se establecen sin garantía alguna de que sus gobiernos serán electos mediante sufragio universal, directo y secreto. Al contrario, respecto de en tanto que son básicamente nuevas organizaciones que se integran al Poder Popular, sobre este, se propone indicar en el artículo 136 que como “El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular”, “**este no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”.

Todas estas propuestas del *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en cierta forma ya se habían anunciado las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, también en relación con el artículo 16, en el cual al buscarse cambiar la división político territorial, solo se agregaba a los “**territorios Comunales**” aún cuando sin definirse, y al disponerse que el objetivo de la división territorial era garantizar “la participación del **Poder Popular**”, cuya definición conceptual no se establece, ya que no se conoce la propuesta de reforma del artículo 136. En cuanto a la creación de los territorios federales especiales que conforme a la Constitución de 1999 exige que se haga mediante Ley Orgánica previa la realización de un referendo también, esta exigencia se busca eliminarla, y se le atribuye tal **facultad al Presidente de la República** previa aprobación de la mayoría de la Asamblea Nacional. Igual sucede con la creación de territorios Comunales.

La creación de estos territorios, por supuesto, afecta el de los Estados, y por ello, el artículo 16 de la Constitución de la Constitución de 1999 exige la participación activa de la población del mismo para aprobar mediante **referendo** toda afectación del territorio del Estado, lo que **se buscó eliminar** en la *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*.

3. La nueva concepción de la Ciudad Capital sin autonomía política ni gobierno democrático local

Una de las reformas importantes en la Constitución de 1999 fue la de asegurar definitivamente un régimen de gobierno local descentralizado y democrático para la ciudad capital, garantizando la autonomía municipal y la participación política de las diversas entidades que componen la ciudad. Por ello la figura del gobierno metropolitano a dos niveles: para asegurar el gobierno global (metropolitano) de la ciudad y a la vez, asegurar el gobierno local. En esta forma se eliminó el Distrito Federal que había quedado como vestigio decimonónico del esquema tradicional de las federaciones, en el cual la ciudad capital carecía de autogobierno.

En las propuestas de reforma constitucional que se han anunciado en 2007, lamentablemente, se propone volver al mismo esquema del siglo XIX, ya superado en todas las Federaciones del mundo, de ausencia de gobierno local en la ciudad capital.

En efecto, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en relación con el artículo 18, se propone **eliminar el Distrito Capital** y la organización municipal del mismo, y su sustitución por un **Distrito Federal**, que se propuso revivir, pero **sin garantía constitucional alguna de la autonomía municipal o territorial** ni “carácter democrático y participativo de su gobierno” como lo establece la Constitución de 1999, con lo cual se busca que pase a estar **controlado por el Poder Nacional, como fue la concepción original del Distrito Federal en 1863**, para que en la capital de la República y sede del **Poder nacional, no exista gobierno local y democrático alguno con autonomía**. En lugar del artículo 18 de la Constitución de 1999 se propone que la norma se redacte de manera de regular a la ciudad de Caracas como la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional, remitiendo a una ley especial el establecimiento “de la unidad político

territorial de la ciudad de Caracas, la cual será llamada la Cuna de Bolívar y Reina del *Guaraira Repano*". Dicha organización, dependiente del Poder Central, se concibe sin autonomía local alguna, agregándose en la norma que "El Poder Nacional **por intermedio del Poder Ejecutivo** y con la colaboración y participación de todos los entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como del **Poder Popular, sus Comunidades, Comuna, Consejos Comunales** y demás organizaciones sociales, dispondrá todo lo necesario para el reordenamiento urbano, reestructuración vial, recuperación ambiental, logros de niveles óptimos de seguridad personal y pública, fortalecimiento integral de los barrios, urbanizaciones, sistemas de salud, educación, deporte, diversiones y cultura, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas Ciudades Satélites a lo largo de sus ejes territoriales de expansión y, en general, lograr la mayor suma de humanización posible en la Cuna de Bolívar y Reina del *Guaraira Repano*".

Estas propuestas de reforma se habían anunciado en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en relación con el artículo 18 de la Constitución, también **eliminando el Distrito Capital** y la organización municipal del mismo, creando en su lugar un **Distrito Federal sin autonomía municipal o territorial** ni gobierno democrático.

4. *El sistema nacional de ciudades y el derecho a la ciudad*

Por otra parte, en la misma norma del artículo 18 de la Constitución, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, sin que ello tenga relación directa con el Distrito federal, se propone incorporar la definición de políticas de ordenamiento territorial y urbano, en el sentido de que el Estado Venezolano debe desarrollar "una política integral, para articular un **sistema nacional de ciudades**, estructurando lógica y razonablemente las relaciones entre las ciudades y sus territorios asociados y uniendo y sustentando las escalas locales y regionales en la visión sistémica del país".

Se propone agregar, además, que "a tales efectos, el Estado enfrentará toda acción especulativa respecto a la renta de la tierra, los desequilibrios económicos, las asimetrías en la dotación de servicios e infraestructura, así como sobre las condiciones de accesibilidad, físicas y económicas, de cada uno de los componentes del citado sistema nacional de ciudades".

Además, se indica que todos los ciudadanos "sin discriminación de género, edad, etnia, orientación política y religiosa o condición social, disfrutarán y serán titulares del **Derecho a la Ciudad**, y ese derecho debe entenderse como el beneficio equitativo que perciba, cada uno de los habitantes, conforme al rol estratégico que la ciudad articula, tanto en el contexto urbano regional como en el Sistema Nacional de Ciudades".

Estas disposiciones serán aplicables a todo el Sistema Nacional de Ciudades y a sus componentes regionales.

II. EL ABANDONO DEL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER PÚBLICO EN NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL CON LA INCORPORACIÓN DEL PODER POPULAR

En las Constituciones venezolanas, la forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del Poder Público, comenzó a expresarse formalmente en texto constitucional en la Constitución de 1858, que estableció que “El Poder Público se divide en Nacional y Municipal” (art. 9), a lo que posteriormente, a partir de la Constitución de 1925, se agregó el Poder Municipal. Por ello, el artículo 136 de la Constitución de 1999 dispone en su artículo 136 que: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional”.

Esta distribución tradicional del Poder público se busca cambiar radicalmente en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, al proponerse que en el artículo 136 se agregue un nuevo nivel territorial de distribución del Poder Público, además del poder municipal, del poder estatal y del poder nacional, que es el **Poder Popular**. En relación con este último, como ya se ha destacado, se propone que en la norma se indique que “el pueblo es el depositario de la soberanía y la **ejerce directamente** a través del Poder Popular” y que “**éste no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”, el cual “se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley”.

Estas propuestas relativas al Poder Popular ya se habían anunciado en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en las cuales en forma indirecta aparecía el concepto de **Poder Popular**, por ejemplo, en la propuesta de reforma del artículo 16 donde se indica que “la división político territorial será regulada por ley orgánica, que garantice la **participación del Poder Popular**”; en la propuesta de reforma del artículo 149 donde se busca agregar a las categorías de contratos del Estado, además de los de interés municipal, estatal o nacional, los **contratos de interés público comunal**; en la propuesta de reforma del artículo 174, que busca agregar un párrafo indicando que el Alcalde está obligado “a rendir cuenta de su gestión, anual y públicamente, mediante un informe que presentará ante el **Consejo Municipal del Poder Popular** y ante la **Federación de los Consejos Comunales existentes en el Municipio**”; en la propuesta de reforma del artículo 175, en la cual se indica que “la función legislativa del Municipio corresponde al **Consejo Municipal del Poder Popular**”; en la propuesta de reforma del artículo 186, donde se identifica a la Asamblea Nacional, como “**Asamblea Nacional del Poder Popular**”; en la propuesta de reforma del artículo 189,3, sobre incompatibilidades de elección donde se habla de **funcionarios comunales**; en la propuesta de reforma del artículo 239, en la cual se atribuye al Vicepresidente de la República la competencia de “presidir el **Consejo de Gobierno del Poder Popular**” (art. 239,6); en la propuesta de reforma del artículo 293, en la cual se faculta al Consejo Nacional Electoral para “cooperar en los procesos electorales de otras **organizaciones del Poder Popular**”; en la propuesta de reforma del artículo 297 en la cual se cambia la configuración del Comité de Evaluación del Poder

Ciudadano para estar “por Diputados y voceros de los **diferentes sectores del Poder Popular**”; y en la propuesta de reforma del artículo 350, en la cual se hace referencia al “pueblo de Venezuela en **ejercicio del Poder Popular**”.

III. EL “NACIONALIZACIÓN” DE COMPETENCIAS QUE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 ATRIBUYE A LOS ESTADOS

La Constitución en su artículo 136, al organizar al Estado “Federal” conforme al principio de la distribución vertical del Poder Público, distribuye y asigna diversas competencias a los tres niveles de gobierno, es decir, al Poder Nacional, al Poder Estatal y al Poder Municipal, aún cuando siguiendo la tendencia centralista de los últimos cien años, centralizó casi todas las competencias públicas en el nivel nacional, con muy pocas competencias en el nivel estatal intermedio y con competencias en materia de la vida local atribuida a los Municipios.

En todo caso, las competencias de cada nivel territorial deben ejercerse con autonomía, en el sentido de que ésta no podría ser limitada por ley nacional posterior, pues de ello se trata, al establecerse una distribución constitucional del Poder Público en el territorio. En la Constitución, sin embargo, la regulación del funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos Estadales se remite a la ley nacional (art. 162), lo cual, además de contradictorio con la atribución de los Estados de dictarse su Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164, ord. 1), es una intromisión inaceptable del Poder Nacional en el régimen de los Estados.

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, también se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley nacional (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado.

Por otra parte, en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en todas las Federaciones, lo que no se satisfizo de manera que los Estados han seguido dependientes del Situado Constitucional.

Ahora, en las Propuestas de reforma 2007 relativas a la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, las mismas **terminan de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional**, mediante la asignación de nuevas competencias al Poder Nacional; mediante la **centralización de competencias** que tienen los Estados en la Constitución de 1999, que se eliminan; y mediante la obligación impuesta a los Estados y Municipios de transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que se quedan como entequeias vacías.

Entre las nuevas competencias que se busca asignar al Poder Nacional tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, está la del **Registro Civil de Bienes**

(art. 156,5), quizás ignorándose que desde el siglo XIX esta es y ha sido una competencia del Poder Nacional establecida en el Código Civil (Registro Público).

También se busca, en las propuestas de reforma 2007, asignar al Poder nacional competencia en materia de las **políticas de control fiscal** (art. 156,22), lo que implica la **centralización total de la materia en la Contraloría General de la República**, eliminándose la supuesta autonomía de las contralorías de los Estados y Municipios (art. 290). Estas propuestas se complementan con la que se formula respecto del artículo 163 en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en el cual se busca que las **Contralorías estatales** ejerzan el control sobre las Administraciones de los Estados, respecto del “cumplimiento de las metas, objetivos y programas previstos en los respectivos presupuestos, **bajo la rectoría de la Contraloría General de la República**”. Igualmente se propone en dichas Propuestas, en relación con las **Contralorías Municipales**, que las mismas deben actuar bajo la **rectoría de la Contraloría General de la República** (art. 176).

Se busca agregar también, como competencia nacional, la relativa a los **teleféricos** (art. 156, 28).

Llama la atención que en el artículo 156, se busque atribuir al Poder Nacional competencia además de en materia de derecho internacional privado que siempre ha sido del ámbito nacional, competencia en cuanto a la **legislación de derecho internacional público**. No se entiende cómo se pretende que el derecho internacional público, **cuya creación corresponde a la comunidad internacional y a las relaciones entre Estados**, se pueda atribuir al Poder nacional de la República.

Además, en el artículo 156,30, que regula los servicios públicos domiciliarios se busca atribuir al Poder Nacional, competencia en materia de servicios de **telefonía por cable, inalámbrica y satelital y televisión por suscripción**, ignorando que todos son servicios de telecomunicaciones ya están atribuidos al Poder Nacional en la misma norma (art. 156, 28). Igualmente, se busca asignar al Poder Nacional en el artículo 156, 32, competencia en materia de **legislación económica y financiera** ignorando que un Título entero de la Constitución (Título VI) se destina a la materia como competencia nacional.

Entre las materias que tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone asignar al Poder Nacional, destacan aquellas que implican una completa centralización de competencias en el Poder Nacional y de ahogamiento definitivo de las competencias estatales y municipales, al pretenderse atribuir al Poder Nacional en el artículo 156,10, competencia para “**la ordenación y gestión del territorio y el régimen territorial del Distrito Federal, los Estados, los Municipios, las Dependencias Federales** y demás entidades regionales” y en el Artículo 156,11, competencia para “la creación, ordenación, y gestión de **Provincias federales, Territorios federales y Comunales, Ciudades Federales y Comunales**”. En esta forma, los Estados y Municipios dejan de ser “entidades políticas” y pasan a **depender totalmente del nivel nacional**, como órganos **sin autonomía alguna, es decir, como administraciones periféricas del Poder central** sometidas a la ordenación y gestión que establezca el Poder Nacional.

Por ello en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, también se **propone eliminar la obligación que la Constitución impone a la Asamblea Nacional de “velar por la autonomía de los Estados”** (art. 187,16). En este **esquema de sumisión centralista** en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, también se propone reformar el artículo 164,2 de la Constitución de 1999, para establecer que los Estados tengan competencia para ejercer “la **coordinación de sus municipios y demás entidades locales** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 ordinal 10 de esta Constitución” lo que implica la **eliminación de la autonomía municipal**.

Por ello, incluso, en la en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, relativa al artículo 168 sobre la **autonomía municipal**, se propone eliminar de ella, “la gestión de las materias de su competencia”, y se propone agregar que el ejercicio de las competencias por los municipios, debe realizarse “**en armonía con las orientaciones, la planificación y las políticas del Poder Nacional**” (art. 176).

Además, tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en relación con el artículo 156,32, se busca atribuir al Poder Nacional competencia en cuanto a la legislación **administrativa**, lo que implica la **centralización total de la legislación sobre la Administración Pública**, así sea estatal o municipal.

Por último, tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca eliminar varias competencias que en la Constitución de 1999 se atribuyen tanto los Estados y Municipios, y asignarlas al Poder Nacional, como una muestra más de la **orientación totalmente centralista** de la propuesta. En particular, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se busca atribuir en el artículo 156,27, al Poder Nacional (“nacionalizar”) la competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuyó a los Estados en materia de la **conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales** como un avance en el proceso de descentralización, lo que implica también la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, que asignan competencia a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de **carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial**, en coordinación con el Ejecutivo Nacional”.

Además, en esta misma orientación, tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, **se propone eliminar** la competencia de los Estados establecida en el artículo 164,5 de la Constitución de 1999 en materia del **régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, las salinas y ostrales**, dejándose a los Estados competencias en materia de administración de tierras baldías” (art. 164, 5), lo que se atribuye al Poder nacional (art. 156,17). En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, sin embargo, se prevé la posibilidad de que el régimen y aprovechamiento de dichos minerales no metálicos se pueda “delegar” a los Estados (156,17).

En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, también se **propuso eliminar** la competencia de los Estados establecida en el artículo 164,5 de la Constitución

de 1999 en materia de “organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable”, buscándose **eliminar la competencia de los Estados en relación con la policía municipal**, y disponerse **la centralización total del régimen de las policías**, al proponerse sustituir esa norma por el artículo 164,6 que sujeta a “la organización de la policía estatal **conforme a las competencias que la legislación nacional determine**”. Igualmente en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en materia de **policía municipal**, se buscó disponer que la competencia municipal en la materia se ejerza **conforme a la legislación nacional**” (art. 178,15).

La competencia establecida en el artículo 164,7 de la Constitución de 1999 en materia de “La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos **de papel sellado, timbres y estampillas**”, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se buscó minimizar y neutralizar con la propuesta de agregar al nuevo artículo 164,7 que esa competencia es “sin menoscabo de la obligación de **aceptar especies de valor equivalente expedidas por el Poder Nacional u otros estados**”.

Por otra parte, el artículo 165 de la Constitución al regular las materias de **competencia concurrente**, es decir, que corresponden a los tres niveles de gobierno (nacional, estatal y municipal), dispone que su regulación se debe realizar “mediante leyes de bases dictadas por el Poder nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados”. En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca **convertir dichas competencias concurrentes en competencias exclusivamente nacionales** al proponerse en dicho artículo 165, pura y simplemente, que “las materias objeto **de competencias concurrentes serán reguladas por el Poder Nacional**”, perdiendo los Estados toda competencia en la materia.

Por último, tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, el **golpe de gracia definitivo a la forma federal del Estado**, es la propuesta de eliminar la tradicional **competencia residual** de los Estados establecida en el artículo 164,11 de la Constitución de 1999, en el sentido de que les corresponde “todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal”; buscándose sustituir esta disposición en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, por otra que establezca una situación inversa, es decir, atribuir la competencia residual al Poder Nacional en el artículo 156 al proponerse su redacción indicando que corresponde al Poder Nacional “**toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza**, o que no este atribuido expresamente a la competencia estatal o municipal”, y en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, por la atribución a los Estados sólo de “todo lo que le atribuya esta Constitución o Ley Nacional” (art.164,11).

Además, en cuanto a la competencias de los Estados en materia de ingresos, si bien en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* se propone aumentar su monto a un 25 % de los ingresos ordinarios estimados en la ley de presupuesto (donde no están los recursos derivados de las reservas excedentarias), **se propone eliminar** del artículo 167,5 de la Constitución la exigencia de la Constitución de 1999

de que “El porcentaje del ingreso nacional ordinario estimado que se destine al situado constitucional, no será menor al quince por ciento del ingreso ordinario estimado, para lo cual se tendrá en cuenta la situación y sostenibilidad financiera de la Hacienda Pública Nacional, sin menoscabo de la capacidad de las administraciones estatales para atender adecuadamente los servicios de su competencia”.

Por último, en materia de competencia nacional compartida con la municipal, se propone **eliminar toda referencia al ámbito municipal** de la previsión del artículo 156,14 de la Constitución de 1999 según la cual compete al Poder Nacional la creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, “**cuya recaudación y control corresponda a los municipios, de conformidad con esta Constitución**”. Por ello, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone en el artículo 156,15 agregar como competencia del Poder Nacional, la “**recaudación** de los impuestos territoriales o sobre predios rurales”, y en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007* se propone eliminar del artículo 179 de la Constitución de 1999, **como ingreso municipal, “el impuesto territorial rural o sobre predios rurales”** que se busca que pase a ser un impuesto nacional exclusivamente.

IV. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS DE DESPRENDERSE (DESCENTRALIZAR) SUS COMPETENCIAS Y TRANSFERIRLAS EN LOS ÓRGANOS DEL PODER POPULAR

La Constitución de 1999 en su artículo 184 estableció el principio de que la ley debía crear mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo entre otras, la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos; la participación de las comunidades y de ciudadanos, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades estatales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción; y la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.

En esta materia, el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, redefine materialmente el Estado democrático federal descentralizado y busca convertirlo en un Estado Comunal centralizado no democrático. En efecto, en relación con el antes mencionado artículo 184 de la Constitución, la propuesta del *Anteproyecto* establece que esa “descentralización y transferencia” que debe regular la ley debe ser hecha

a “**las Comunidades organizadas, a los Consejos Comunales, a las Comunas y otros Entes del Poder Popular**”, implicando incluso, entre otros casos, “**la asunción por parte de las organizaciones comunales de la gestión de las empresas públicas municipales y/o estatales**”(ord. 2), y “**la transferencia a las organizaciones Comunales de la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales, con fundamento en el principio de corresponsabilidad en la gestión pública**”(ord .7).

En la propuesta, además, como se ha visto, se define la estructura de “**la Comunidad organizada**” indicando que “**tendrá como máxima autoridad la Asamblea de ciudadanos y ciudadanas del Poder Popular, quien en tal virtud designa y revoca a los órganos del Poder Comunal en las comunidades, Comunas y otros entes político-territoriales que se conformen en la ciudad, como la unidad política primaria del territorio**”; y además, que “**El Consejo Comunal constituye el órgano ejecutor de las decisiones de las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, articulando e integrando las diversas organizaciones comunales y grupos sociales, igualmente asumirá la Justicia de Paz y la prevención y protección vecinal**”, que han sido competencias tradicionales de los Municipios. Además, se dispone que “**por Ley se creará un Fondo destinado al financiamiento de los proyectos de los Consejos Comunales**”.

Este esquema institucional, por supuesto hay que concatenarlo que lo que el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, propone para reformar el artículo 136, relativo al Poder Popular y **eliminar todo vestigio democrático representativo**, al indicar, como antes se ha dicho, que “**El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Este no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población**” y se “**se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley**”.

En cuanto a la “**promoción de la participación**” en el ejercicio de las competencias municipales que prevé el artículo 178 de la Constitución, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca encasillar el tema al buscar precisar que se trata de “**la promoción de la participación protagónica del pueblo organizado desde la comunidad**”. Por otra parte, en materia de **descentralización y transferencia de servicios “a las comunidades y grupos vecinales**” que regula el artículo 184 de la Constitución de 1999, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007* también se buscó encasillar dicha descentralización sólo a “**las comunidades organizadas como una política primaria de la organización nacional de la República**” y “**previa planificación democráticamente elaborada**” (art. 184).

V. LA LIMITACIÓN A LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y de autonomía, comprende, la elección de sus autoridades; la gestión de las materias de su competencia; la creación, recaudación e inversión de sus ingresos, y que sus actos

“no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley”; por lo que no pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del Poder Nacional ni de los Estados.

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca eliminar esta última autonomía jurídica e institucional de los Municipios que establece el artículo 168 de la Constitución de 1999, dejándose entonces a la ley la posibilidad de establecer que los actos de los Municipios **pueden ser impugnados ante otros órganos del Estados no judiciales.**

VI. LA SUSTITUCIÓN DEL CONSEJO FEDERAL DE GOBIERNO POR UN CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNO

Otra innovación de la Constitución de 1999, fue la creación del Consejo federal de Gobierno, que aún cuando nunca ha funcionado, se lo concibió en el artículo 185 como un ente intergubernamental encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del **proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios**, que presidía el Vicepresidente Ejecutivo y debía estar integrado por los Ministros, los Gobernadores, un Alcalde por cada Estado y representantes de la sociedad organizada, de acuerdo con la ley, del cual debía depender el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se cambia radicalmente esta entidad, y en la propuesta de reforma del artículo 185 se lo busca convertir en un ente exclusivamente nacional, como **Consejo Nacional de Gobierno, totalmente desligado de la política de descentralización que se elimina de la Constitución**, encargado de “evaluar los diversos proyectos comunales, locales, estadales y provinciales, para articularlos al plan de desarrollo integral de la nación, dar seguimiento a la ejecución de las propuestas aprobadas y realizar los ajustes convenientes a los fines de garantizar el logro de sus objetivos”. Se propone que ahora sea presidido por el Presidente de la República quien lo convoca, e integrado por los Vicepresidentes, los Ministros, los Gobernadores y Alcaldes **“convocados por el Presidente de la República”**.

Sección cuarta:

LOS CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN DEL PODER NACIONAL: LA ACENTUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, las propuestas que se formulan en relación con los órganos del Poder nacional, se refieren básicamente a los que conforman el Poder Ejecutivo, con una acentuación creciente del presidencialismo.

I. LA EXTENSIÓN DEL PERÍODO PRESIDENCIAL

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, lo primero que se ha propuesto, además de **establecer la reelección indefinida** del Presidente de la república, es la **extensión del período presidencial de seis a siete años**, en forma contraria a la tradición constitucional venezolana (art. 230).

II. LOS NUEVOS ÓRGANOS EJECUTIVOS: LOS VICE PRESIDENTES

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999, fue la creación del cargo de Vicepresidente Ejecutivo, pero para disipar cualquier duda sobre la posible inclusión de un elemento del parlamentarismo en el texto constitucional, con la previsión expresa de que es del libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (art. 225).

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en relación con el artículo 225 se ha propuesto que además de cambiarle el nombre al Vicepresidente Ejecutivo por **Primer Vicepresidente, el Presidente pueda designar Vice Presidentes**, en el número “**que estime necesario**”, quienes también ejercen el Poder Ejecutivo.

En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en las propuestas de reforma de los artículos 236,3; 238; 239,10; 241, y 243, se repite esta propuesta de creación de la figura de los “**Vicepresidentes para determinado territorio, sector o materia, quienes tendrán las competencias**” que les asigne el Presidente”, configurándose dicho funcionario como un mecanismo para reforzar la acción directa del Presidente en el territorio o en determinadas materias, independientemente del sistema de distribución vertical del Poder Público o de las posibles autonomías territoriales que puedan existir, con lo que se acentúa aún más el **centralismo de Estado controlado por el Presidente**.

III. LA EXTENSIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El artículo 236 de la Constitución de 1999 enumera las competencias del Presidente de la República siguiendo la tradición constitucional anterior, con algunas innovaciones como la de formular el Plan de desarrollo nacional y dirigir su ejecución con la aprobación de la Asamblea (art. 236, 18) y fijar el número, organización y competencia de los Ministerios y otros organismos de la Administración (art. 236,20).

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en las reformas al artículo 236 de la Constitución, se proponen nuevas atribuciones del Presidente de la república, y la ampliación de las que tiene, en la siguiente forma:

1. Se le atribuye la competencia para no sólo dirigir las acciones del Gobierno, sino del **Estado, y además**, coordinar las relaciones con los otros Poderes Públicos Nacionales en su carácter de Jefe de Estado (art. 236, 2).
2. Se le atribuye una nueva competencia para iniciar en la organización territorial del Estado, **creando “las Provincias Federales, los Territorios Federales y/o**

las Ciudades Federales según lo establecido en la Constitución y designar sus autoridades, según la ley (art. 236,3).

3. Se le atribuye la competencia para **“formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución”** (art. 236,19), **eliminándose la necesaria aprobación de la Asamblea Nacional en relación con la formulación y ejecución del Plan Nacional de desarrollo que dispone la Constitución de 1999** (art. 236, 18).
4. En lugar de “dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente” y de “ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos” como dicen los artículo 236,5 y 236,6 de la Constitución de 1999, se propone asignarle la competencia para **“comandar la Fuerza Armada Bolivariana en su carácter de Comandante en Jefe, ejerciendo la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades, determinando su contingente”** (art. 236,6), y **“promover a sus oficiales en todos los grados y jerarquías y designarlos o designarlas para los cargos correspondientes”** (art. 236,7).

Además, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se le asignan al Presidente de la República competencias para:

1. En el artículo 11 se propone asignarle al Presidente de la República competencia para **“decretar Regiones Especiales Militares** con fines estratégicos y de defensa, en cualquier parte del territorio y demás espacios geográficos de la República” y para **“decretar Autoridades Especiales** en situaciones de contingencia, desastres naturales, etc.”.
2. En el artículo 16 se propone asignarle competencia para **convocar referendo popular** en caso de constitución de una **Ciudad Comunal** cuando en la totalidad de su perímetro se hayan establecido las Comunidades organizadas, las Comunas y los Auto Gobiernos Comunales.
3. En el mismo artículo 16 se propone asignarle competencia al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de los diputados de la Asamblea Nacional, para **“crear mediante decreto, Provincias Federales, Ciudades Federales y Distritos Funcionales**, así como cualquier otra entidad que establezca la Ley”; y al “Gobierno Nacional”, **la elaboración y activación de una Misión Distrital con el respectivo Plan Estratégico-funcional con motivo de la creación de un Distrito Funcional**.
4. En el artículo 18 se propone atribuir al “Poder Ejecutivo” con la colaboración y participación de todos los entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como del Poder Popular, sus Comunidades, Comuna, Consejos Comunales y demás organizaciones sociales, el **disponer “todo lo necesario para el reordenamiento urbano, reestructuración vial, recuperación ambiental, logros de niveles óptimos de seguridad personal y pública, fortalecimiento integral de los barrios, urbanizaciones, sistemas de salud, educación, deporte, diversiones y cultura, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas Ciudades Satélites a lo largo de sus ejes territoriales de expansión”**.

5. En el artículo 141 se le asigna al “Poder Ejecutivo” competencia para establecer como “administraciones públicas” **mediante reglamentos organizativos y funcionales**, a “**las misiones**”, como “organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales”.
6. En el artículo 318 se propone asignarle al Presidente de la República o al Poder Ejecutivo competencia para, en coordinación con el **Banco Central de Venezuela**, **fijar “las políticas monetarias y ejercerán las competencias monetarias del Poder Nacional”**; para conjuntamente con el Banco Central de Venezuela, “**lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria**”; para compartir con el Banco Central de Venezuela **las funciones “de participar en la formulación y ejecución de la política monetaria, en el diseño y ejecución de la política cambiaria, en la regulación de la moneda, el crédito y fijación de las tasas de interés”**; y para como administrador de la Hacienda Pública Nacional, la competencia **para administrar y dirigir las reservas internacionales de la República** manejadas por el Banco Central de Venezuela.
7. En el artículo 321 se propone atribuirle al “Jefe del Estado”, en el marco de su función de administración de las reservas internacionales, el establecer, en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, **el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional, así como el monto de las reservas excedentarias**, las cuales se deben destinar a fondos que “**disponga el Ejecutivo Nacional para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de las misiones** y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”.

IV. LA TRANSFORMACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Otra innovación de la Constitución de 1999 fue el establecimiento del Consejo de Estado como órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional, de carácter intergubernamental, con competencia para recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión (art. 251); el cual debía estar presidido por el Vicepresidente Ejecutivo y conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente de la República; un representante designado por la Asamblea Nacional; un representante designado por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estatales (art. 252). Dicho órgano, nunca se configuró.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone cambiar radicalmente la configuración de este Consejo de Estado, y convertirlo en un órgano exclusivamente nacional, como **órgano superior de consulta y asesoramiento del Estado y Gobierno Nacional**, el cual en forma por demás incongruente se propone que ejerza sus atribuciones “**con autonomía funcional**”, aun cuando “**sus opiniones o dictámenes no tendrán carácter vinculante**”. Se propone atribuirle competencia para: “1. Emitir opinión sobre el objeto de la consulta. 2. Velar por la

observancia de la Constitución y el ordenamiento jurídico. 3. Emitir dictámenes sobre los asuntos que se sometan a su consideración y 4. Recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos de especial trascendencia (art. 251).

A tal efecto, la propuesta de reforma cambia la conformación del Consejo de Gobierno y dispone que lo preside el Presidente de la República y estará además conformado, por el Presidente de la Asamblea Nacional; el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Poder Ciudadano, el Presidente del Consejo Nacional Electoral y las personas que el Presidente de la República considere necesario convocar para tratar la materia a la que se refiere la consulta (art. 252).

Sección quinta:

LOS CAMBIOS EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: DE UN ESTADO SOCIAL Y PROMOTOR DE ECONOMÍA MIXTA, A UN ESTADO SOCIALISTA, DE ECONOMÍA ESTATAL CENTRALIZADA Y CONFISCATORIA

Uno de los componentes normativos esenciales de toda Constitución contemporánea, es la *Constitución Económica* que tiene por objeto establecer los principios del régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado, y que conforme al constitucionalismo desarrollado desde mitades del siglo pasado, estableció un modelo económico de economía mixta, basado en el principio de la libertad como **opuesto al de economía dirigida**, similar al que existe en todos los países occidentales.

La aplicación práctica de ese modelo constitucional provocó el desenvolvimiento de una economía basada en la libertad económica y la iniciativa privada, pero con una intervención importante y necesaria del Estado para asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico; lo que se ha acrecentado por el hecho de ser el Estado, el ser titular desde siempre del dominio público sobre el subsuelo.

Conforme a esa orientación, la Constitución de 1999 estableció un **sistema económico de economía mixta**, es decir, **de economía social de mercado que se fundamenta en la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requieren de la intervención del Estado**. Por ello, conforme al artículo 299 de la Constitución de 1999, el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los siguientes principios: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El sistema de economía mixta en la Constitución, por otra parte, conforme se dispone expresamente en el artículo 299, obliga al Estado, **“conjuntamente con la iniciativa privada”, a promover “el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país,**

garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia, equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza **mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta**".

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone cambiar radicalmente ese modelo, acentuando el desequilibrio existente entre lo público y lo privado, y transformarlo en un sistema de **economía estatal, de planificación centralizada, propia de un Estado y economía socialista**.

I. LA ELIMINACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL AL LIBRE EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

En efecto, el artículo 112 de la Constitución establece como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, el derecho de todas las personas de poder **dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia**, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, a cuyo efecto, **el Estado está obligado a promover "la iniciativa privada**, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la **libertad de trabajo, empresa, comercio, industria**, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país".

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone **eliminar este derecho y la libertad económica**, y sustituir esta norma por otra en la cual lo que se propone es establezca la definición de una política estatal para promover "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"; agregándose que el Estado, 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 y/o distribución social, pudiendo ser estas 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**".

Es decir, en un artículo como el 112 ubicado en el Capítulo constitucional sobre los **derechos económicos**, simplemente **se elimina el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas y la propia libertad económica**. Ello, por supuesto, es contrario al principio de la progresividad en materia de derechos humanos y constitucionales que garantiza en artículo 19 de la Constitución. Además, debe destacarse en esta misma orientación que en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, respecto del artículo 299, se propuso eliminar de su texto el principio de **libre competencia**, y en

su lugar se busca establecer los principios de “predominio del interés común sobre el individual, ética pública y emulación”, estableciéndose como fines del sistema económico no sólo asegurar al desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, sino “el **establecimiento de una sociedad socialista**”. Por otra parte, la promoción del desarrollo económico no se asigna “**al Estado conjuntamente con la iniciativa privada**”, sino “**al Estado conjuntamente con la sociedad**”.

En la Constitución de 1999, por otra parte, se establecen un conjunto de atribuciones que facultan al Estado para regular el ejercicio de los derechos económicos, en particular, al precisarse el régimen de la prohibición de los monopolios (art. 113), declarándose contrarios a los principios fundamentales de la Constitución las actividades tendientes su establecimiento o que conduzcan a su existencia. También se declaró como contrario a dichos principios, el abuso de la posición de dominio que puedan adquirir los agentes económicos independientemente de su causa. En todos estos casos, la norma faculta al Estado para adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone **cambiar radicalmente el régimen de la actividad económica**, estableciéndose en la propuesta de reforma del artículo 113 una serie de limitaciones a la misma que van mucho más allá de la restricción de los monopolios y la posición dominante de empresas, privilegiándose la **economía estatal y los medios de producción socialista**.

En esta orientación, se propone agregar a la norma que en general no se permitirán actividades, acuerdos, prácticas, conductas y omisiones de los y las particulares que vulneren los **métodos y sistemas de producción social y colectiva** con los cuales **se afecte la propiedad social y colectiva** o impidan o dificulten la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios.

Además, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone agregar a la norma que en los casos de explotación de recursos naturales o de cualquier otro bien del dominio de la Nación de carácter estratégico, o de la prestación de servicios públicos vitales, el Estado podrá **reservarse la explotación o ejecución de los mismos, directamente o mediante empresas de su propiedad**, sin perjuicio de establecer empresas de **propiedad social directa, empresas mixtas y/o unidades de producción socialistas**, que aseguren la soberanía económica y social, respeten el control del Estado, y cumplan con las cargas sociales que se le impongan, todo ello conforme a los términos que desarrollen las leyes respectivas de cada sector de la economía”. Con ello, como se propone en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, lo que se busca es establecer que la prohibición de los monopolios no se aplica a aquellos casos en cuales el Estado “**los establezca, reservándose actividades o servicios en función del interés social, en aras de materializar los principios de la economía socialista y humanista**”, indicándose, además, que el Estado podrá **asumir posiciones de control** cuando por razones de estrategia así lo requiera.

En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, además, en relación con este artículo 113, se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución no sólo las actividades que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio, sino también de un “**oligopolio, monopsonio u oligopsonio**”; se prohíbe la posición de dominio sólo en relación con las empresas **de propiedad privada**; y se propone incluir una disposición conforme a la cual, “el Estado, en corresponsabilidad con los particulares **planificará y adoptará las medidas** que fueren necesarias para **evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas**, teniendo como finalidad la **protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía**”. También se propone declarar en la norma que “la **concentración de la propiedad privada sobre los medios de comunicación y empresas del mismo ramo**, vinculado a ello, en condiciones de monopolio y oligopolio, es contraria tanto al derecho, a la pluralidad y libertad de la comunidad como al interés social, y **será materia de limitación, regulación y sanción por la ley**, la cual dispondrá medidas expeditas para evitar esta indebida restricción de la competencia.

II. LA ELIMINACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Por otra parte, otro de los pilares fundamentales de la Constitución de 1999, además de la libertad económica, es la garantía del derecho de propiedad privada, que conforme al artículo 115 de la Constitución de 1999, se lo concibe como el derecho que tiene toda persona “**al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes**”, aún cuando sometida a “las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”. Dicha garantía implica que “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.

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone cambiar radicalmente el régimen de la **propiedad privada, la cual se busca que quede materialmente eliminada y reducida a la que pueda existir sobre los bienes de consumo, quedando por tanto minimizada y marginalizada en relación con la propiedad pública**. Además, contrario a lo que garantiza la Constitución de 1999 al prohibir las confiscaciones, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca constitucionalizar las confiscaciones.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* en efecto, respecto del artículo 115 de la Constitución, en lugar de garantizarse la propiedad privada, lo que se propone es que reconozca y garantice son “**las diferentes formas de propiedad**”, las cuales se enumeran así:

1. “**La propiedad pública** es aquella que pertenece a los entes del Estado; **la propiedad social** es aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones, y **podrá ser de dos tipos**:
 - A. “**La propiedad social indirecta**, cuando es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad”, y

- B. “**La propiedad social directa**, cuando el Estado la asigna, bajo distintas formas y en ámbitos territoriales demarcados, a una o varias comunidades, a una o varias comunas, constituyéndose así en **propiedad comunal**, o a una o varias ciudades, constituyéndose así en **propiedad ciudadana**;”
2. “**La propiedad colectiva** es la perteneciente a grupos sociales o personas, para su aprovechamiento, uso o goce en común, pudiendo ser de origen social o de origen privado”;
 3. “**La propiedad mixta** es la conformada entre el sector público, el sector social, el sector colectivo y el sector privado, en distintas combinaciones, para el aprovechamiento de recursos o ejecución de actividades, siempre sometida al respeto absoluto de la soberanía económica y social de la nación”; y
 4. “**La propiedad privada es aquella que pertenece a personas naturales o jurídicas y que se reconoce sobre bienes de uso y consumo, y medios de producción legítimamente adquiridos**”.

La propiedad privada, en consecuencia, queda reducida a los bienes de consumo a los medios de producción. Debe destacarse, por otra parte, que en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, incluso se incluyó otra posible redacción del artículo 115, en la cual se restringe aún más el ámbito de la propiedad privada, que quedaría reducida a las remuneraciones del trabajo, y a los bienes necesarios para satisfacer las necesidades vitales, así: “En virtud que el trabajo es el origen de todo valor económico, todos y todas tienen derecho a la propiedad privada sobre las remuneraciones, ingresos y ahorros provenientes de su trabajo, así como sobre los bienes necesarios para satisfacer sus necesidades costeados por ellos, incluida la vivienda adquirida de tal forma o mediante título legítimo, así como el derecho de herencia sobre tales bienes. Se reconoce también la propiedad privada personal sobre los instrumentos de trabajo de profesionales, investigadores, artesanos, artistas o grupos de producción familiar siempre que no sean aplicados como medios de producción para explotar el trabajo de terceros”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, por otra parte, se propone agregar en la norma del artículo 115 que “toda propiedad, estará sometida a las contribuciones, cargas, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”; y que “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, sin perjuicio de la facultad de los Órganos del Estado, de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación**, conforme a los requisitos establecidos en la ley”.

Con esta propuesta, al igual que la formulada en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se pretende **constitucionalizar el mecanismo de la ocupación previa**.

Debe destacarse, además, que en lugar de la prohibición de las confiscaciones, en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca establecer lo contrario, en el sentido de que: “**La propiedad cuyo uso atente o afecte los derechos de terceros o de la sociedad, podrá ser objeto de confiscación por parte del Gobierno Nacional**, de acuerdo a la ley”.

En esta redacción del artículo 115, además, se busca establecer la posibilidad de la expropiación sin garantía judicial alguna, así: “La República podrá **declarar mediante resolución administrativa la expropiación de bienes por causa de utilidad pública o interés social, a cuyo efecto pagará justa indemnización determinada por los órganos de los poderes públicos, de acuerdo con la ley**”.

Con estas propuestas de reforma, **simplemente desaparece el derecho de propiedad como elemento fundamental del orden jurídico, lo que sin duda es la intención de las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007***, en las cuales se generalizan las confiscaciones que en la Constitución de 1999 se encuentran prohibidas salvo en los casos permitidos por la propia Constitución y, en particular, por vía de excepción, mediante sentencia firme, respecto de los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, o de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (art. 116 y 271).

En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, en cambio, en relación con el artículo 155, se busca establecer como principio general que “La **propiedad cuyo uso atente o afecte los derechos de terceros o de la sociedad, podrá ser objeto de confiscación por parte del Gobierno Nacional**, de acuerdo a la ley”. Además, en relación con el artículo 116, relativo a la prohibición de las confiscaciones, se propone, no sólo **eliminar la necesidad de sentencia firme**, sino ampliar la excepción para incluir la posibilidad de confiscación en los casos de delitos de “**falsificación de moneda y operaciones comerciales y legítimas de bienes prohibidos o regulados**”; y “**de trata de personas y la destrucción de recursos naturales y de la ecología**, así como los de las personas incurso en las contravenciones señaladas en los artículos 114 y 117 de esta Constitución, quedando a salvo los derechos del afectado de recurrir ante los Tribunales competentes”. En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, también se buscan establecer también la **confiscación**, en materia de **seguridad alimentaria** (art. 305) y de eliminación del **latifundio** (art. 307).

III. LA ELIMINACIÓN DEL LATIFUNDIO

El artículo 307 de la Constitución de 1999 declara al régimen latifundista como contrario al interés social, y remite al legislador para disponer lo conducente **en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecer las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas**, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola.

Por otra parte, la norma establece el derecho de los campesinos y demás productores agropecuarios a la propiedad de la tierra, en los casos y formas especificados por la ley respectiva, con la obligación para el Estado de **proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola**, y para velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola con el objeto de asegurar su potencial agroalimentario.

Excepcionalmente dispone el mismo artículo constitucional, que el legislador creará contribuciones parafiscales con el fin de facilitar fondos para financiamiento, investigación, asistencia técnica, transferencia tecnológica y otras actividades que promuevan la productividad y la competitividad del sector agrícola.

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone eliminar del artículo 307 toda idea de promover la desaparición del latifundio mediante medidas **tributarias** para gravar las tierras ociosas, así como la política de transformar el latifundio en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola; y su sustitución por una disposición que establezca que **“la República determinará mediante Ley la forma en la cual los latifundios serán transferidos a la propiedad del Estado, o de los entes o empresas públicas, cooperativas, comunidades u organizaciones sociales capaces de administrar y hacer productivas las tierras”**.

Se propone agregar a la norma, además, que a los fines de garantizar la producción agrícola, el Estado **protegerá y promoverá la propiedad social**; y que la ley **creará tributos sobre las tierras productivas que no sean empleadas para la producción agrícola o pecuaria**.

Por último, se propone agregar a la norma que **“se confiscarán aquellos fundos cuyos dueños ejecuten en ellos actos irreparables de destrucción ambiental, los dediquen a la producción de sustancias psicotrópicas o estupefacientes o la trata de personas o los utilicen o permitan su utilización como ámbitos para la comisión de delitos contra la seguridad y defensa de la Nación”**.

Debe mencionarse, por último, en materia de derechos económicos, que otra innovación de la Constitución de 1999 fue el derecho que regula el artículo 117, de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca agregar a dicha norma, en primer lugar, la indicación de que las personas también **“tienen derecho a producir socialmente”**; en segundo lugar, declarar que queda **“terminantemente prohibida la paralización directa o indirecta de los servicios prestaciones públicas, como consecuencia de acciones y omisiones de personas o grupo de personas que afecten el interés social”**, con la indicación de que **“la ley determinará severamente las sanciones para este tipo de conductas y facultará al Estado para tomar las medidas necesarias para asegurar la continuidad y eficiencia de los servicios o prestaciones públicas, en función de la primacía del interés colectivo sobre el interés individual”**; en tercer lugar, la previsión general de que los ciudadanos **“de manera individual, así como los comités de usuarios, consejos comunales y otras organizaciones sociales tienen el deber y el derecho de ejercer la vigilancia y contraloría social, no solo sobre la calidad de los bienes y servicios, sino sobre la diligencia y la efectividad en el cumplimiento de su deber de los funcionarios encargados de garantizar tales derechos y de ejercer contra ellos acciones de amparo y de cualquier índole por negación de derechos constitucionales y legales”**.

La política comercial se reguló en el artículo 301 de la Constitución, reservándose al Estado, a los efectos de defender las actividades económicas de las **empresas nacionales públicas y privadas**, disponiendo en relación con las **inversiones extranjeras que estarían sujetas a las mismas condiciones que la inversión nacional**. En las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone agregar dentro de los objetivos de la política comercial defender y promover no sólo las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas, sino de las **empresas mixtas, cooperativas y otras unidades productivas comunitarias nacionales; eliminándose toda referencia a las inversiones extranjeras**.

Por último, en cuanto a los ilícitos económicos, es decir, a “la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos” que conforme al artículo 114 de la Constitución deben ser penados severamente de acuerdo con la ley; en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca establecer en la norma en forma más amplia que “la **destrucción de los bienes de la República y de los entes públicos, de las organizaciones sociales, cooperativas y comunidades indígenas**, así como el daño causado a ello por acción u omisión, **el ilícito económico, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito de divisas, adulteración de bienes de primera necesidad, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos**, originan responsabilidad civil y administrativa y serán penados severamente de acuerdo con la ley”.

IV. EL RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

En cuanto a la intervención del Estado en la economía, la forma clásica es mediante la constitución de empresas públicas, respecto de cuya regulación, el artículo 300 de la Constitución remitió a la ley nacional para el establecimiento de las condiciones para su creación como 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.

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca cambiar la concepción de esta regulación, **eliminándose toda referencia a la descentralización** y reduciéndose la posibilidad de creación de empresas o entidades para la promoción y realización de **los fines de la economía socialista**. En particular, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone que la norma sólo se refiera a la creación de **empresas o entidades regionales**, para la promoción y realización de actividades económicas o sociales, **bajo los principios de la economía socialista**, estableciendo los mecanismos de control y fiscalización que aseguren la transparencia en el manejo de los recursos públicos que en ellas se inviertan, y su razonable productividad económica y social

En cuanto a la reserva de actividades al Estado, el artículo 302 de la Constitución, luego de intensos debates estableció que “el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera”, agregando

que también se puede reservar en la misma forma “industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”. En esta forma, si bien la reserva de la industria petrolera efectuada mediante la Ley Orgánica de 1975, adquirió rango constitucional en el texto de 1999, ello se sujetó a lo que estableciera la ley orgánica respectiva, la cual podría ser modificada, como en efecto ha ocurrido en 2000. La reserva que se estableció en 1999, por tanto, no fue ni rígida ni absoluta, sino flexible, conforme lo estableciera la ley orgánica respectiva.

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se busca cambiar radicalmente la concepción de esta regulación, proponiéndose el establecimiento de la reserva en la propia Constitución, **por razones de conveniencia nacional**, en una forma materialmente ilimitada, no sólo respecto de “**la actividad explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos**”, sino de las “**explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico**”, sin precisión ni definición alguna. Con esta propuesta, **todo servicio que se declare en una ley como de interés público, quedaría reservado al Estado.**

Además, se propone agregar a la norma que “el Estado privilegiará por carácter estratégico y de soberanía, el uso de tecnología nacional para el **procesamiento de los hidrocarburos líquidos, gaseosos y sólidos**, especialmente de aquellos cuyas características constituyen **la mayoría de las reservas** y sus derivados”.

Una importante innovación en la Constitución de 1999 fue la regulación en el artículo 305 de los principios y políticas en materia de producción de la agricultura sustentable y de la seguridad alimentaria. Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone agregar al artículo 305 una disposición que establece que “si ello fuere necesario para garantizar la seguridad alimentaria, **la República podrá asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola indispensables a tal efecto, y podrá transferir su ejercicio a entes autónomos, empresas públicas y organizaciones sociales, cooperativas o comunitarias.** Así como utilizar a plenitud las **potestades de expropiación, afectación y ocupación** en los términos de esta Constitución y la Ley”.

V. EL RÉGIMEN FISCAL Y ECONÓMICO DEL ESTADO

En materia del régimen fiscal, por primera vez en el constitucionalismo venezolano se incorporaron al texto fundamental un conjunto de normas relativas al Banco Central de Venezuela y a la política macroeconómica del Estado (arts. 318 a 321). En particular, sobre el Banco Central de Venezuela la Constitución de 1999 le atribuyó las competencias monetarias del Poder Nacional para ejercerlas de manera exclusiva y obligatoria, estableciéndose como su objetivo fundamental lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, y garantizándose su autonomía para la formulación de las políticas de su competencia. La Constitución además, le asignó al banco para el adecuado cumplimiento de su objetivo, la atribución de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política

cambiaría, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

1. La eliminación de la autonomía del Banco Central de Venezuela y la asunción de la política monetaria por el Ejecutivo

Tanto en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, como en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, se propone **cambiar total y radicalmente** el régimen de la política monetaria y del Banco Central de Venezuela, **eliminándosele sus competencias y su autonomía, y estableciendo su total dependencia directa del Ejecutivo Nacional.**

A tal efecto, se proponen las siguientes reformas al artículo 318:

En primer lugar, se busca precisar que **“El sistema monetario nacional debe propender al logro de los fines esenciales del Estado Socialista y el bienestar del pueblo, por encima de cualquier otra consideración.”**

En segundo lugar, las competencias para fijar las políticas monetarias del Poder Nacional que la Constitución de 1999 asignó “exclusivamente” al Banco Central, se busca **atribuirlas al Ejecutivo Nacional y al Banco Central “en estricta y obligatoria coordinación”**.

En segundo lugar, se precisa que el objetivo específico del Banco Central de Venezuela, **“conjuntamente con el Ejecutivo Nacional”**, es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria.

En tercer lugar, **se elimina formalmente la autonomía** del Banco Central, al disponerse que **“es persona de derecho público sin autonomía** para la formulación y el ejercicio de las políticas correspondientes”, y se agrega que sus funciones estarán **supeditadas a la política económica general y al Plan Nacional de Desarrollo** para alcanzar los **objetivos superiores del Estado Socialista** y la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo”.

En cuarto lugar, se establece que **las funciones del Banco Central son “compartidas con el Poder Ejecutivo”**, al proponerse precisar en el artículo 118 que para el adecuado cumplimiento de su objetivo específico, el Banco Central de Venezuela **“tendrá entre sus funciones, compartidas con el Poder Ejecutivo Nacional”**, **sólo “participar** en la formulación y ejecución de la política monetaria, en el diseño y ejecución de la política cambiaria, en la regulación de la moneda, el crédito y fijación de las tasas de interés”.

En quinto lugar, **se le quita al Banco Central de Venezuela la competencia de “administrar las reservas internacionales”** y en su lugar se propone establecer, que “las reservas internacionales de la República serán manejadas por el Banco Central de Venezuela, **bajo la administración y dirección del Presidente o Presidenta de la República, como administrador o administradora de la Hacienda Pública Nacional”**.

Debe destacarse, que en las *Propuestas de Reforma del CPRC, junio 2007*, incluso lo que se proponía al eliminarse **la autonomía del Banco Central de Venezuela** para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia, era que el Banco

debía “**colaborar y apoyar técnicamente al Ejecutivo Nacional en la formulación de las políticas monetarias, y velar por la ejecución de las mismas**”, con la indicación de que debía ejercer “sus funciones en estricto **cumplimiento de la política económica, financiera, monetaria y productiva general diseñada y establecida por el Ejecutivo Nacional**, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación”; y que debía “ejecutar la política monetaria y cambiaria **formulada por el Ejecutivo Nacional**, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales **en estricto apego a la política general monetaria establecida por el Ejecutivo Nacional** bajo los lineamientos de esta Constitución y las leyes”.

2. La política macroeconómica a la merced del Ejecutivo Nacional

Por otra parte, en el artículo 320 de la Constitución de 1999, en relación con la coordinación macroeconómica, se estableció una detallada regulación, primero sobre la estabilidad económica y segundo sobre el Fondo de Estabilización macroeconómica. En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, ambas regulaciones se busca cambiarlas radicalmente.

En efecto, el artículo 320 de la Constitución de 1999 se dispone que “el Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social”, disponiéndose **la obligación** para “el ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela” de contribuir “a la **armonización de la política fiscal con la política monetaria**, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos” y con la precisión de que “**en el ejercicio de sus funciones, el Banco Central de Venezuela no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias**”.

En la norma, además, se precisó que **la actuación coordinada del Poder Ejecutivo y del Banco Central de Venezuela se debía realizar “mediante un acuerdo anual de políticas”**, en el cual se debían establecer “los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria; así como los niveles de las variables intermedias e instrumentales requeridos para alcanzar dichos objetivos finales”. La norma del artículo 320 precisa las formalidades de dicho acuerdo, el cual debe ser firmado por el Presidente del Banco Central de Venezuela y el titular del ministerio responsable de las finanzas, **el cual se debe divulgar en el momento de la aprobación del presupuesto por la Asamblea Nacional**. De acuerdo con la Constitución, es responsabilidad de las instituciones firmantes del acuerdo “que las acciones de política sean consistentes con sus objetivos”, debiendo especificarse en el acuerdo, “los resultados esperados, las políticas y las acciones dirigidas a lograrlos”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone eliminar todo este detallado marco regulatorio para garantizar la estabilidad económica y la coordinación entre el Ejecutivo nacional y el Banco Central, y en su lugar se propone que el artículo 320 tenga la siguiente redacción: “El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por

la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social. Igualmente velará por la armonización de la política fiscal con la política monetaria, para el logro de los objetivos macroeconómicos”. Con ello, se elimina todo principio de coordinación entre el Ejecutivo nacional y el Banco Central, el cual queda sin autonomía como un brazo ejecutor de lo que aquél disponga.

En cuanto al régimen del fondo de estabilización macroeconómica que el artículo 321 de la Constitución de 1999 se exige que se establezca por Ley para “garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles municipal, regional y nacional, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios”, con la precisión de que el funcionamiento del fondo debe sujetarse a los “principios básicos la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propone eliminar totalmente la existencia del Fondo de Estabilización macroeconómica, y en su lugar se propone que la norma del artículo 321 quede redactada de manera que de **atribuir “al jefe de Estado” la función “de administración de las reservas internacionales”**, para lo cual **se lo autoriza a “establecer, en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional**, así como el monto de las **reservas excedentarias”** con la expresa indicación de que las mismas se deben destinar **“a fondos que disponga el Ejecutivo Nacional** para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento **de las misiones** y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”.

Sección sexta:

LOS CAMBIOS EN LOS DERECHOS LABORALES: UNA “REFORMA” CONSTITUCIONAL INÚTIL

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se ha propuesta la reforma de dos artículos del capítulo de la Constitución relativo a los derechos laborales, cuyo contenido, en realidad, no ameritan de reforma constitucional alguna para su implementación.

La primera propuesta se refiere al artículo 87, básicamente en relación con el régimen de seguridad social de los trabajadores no dependientes. Dicha norma, en efecto, además de establecer que toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar, dispone que el Estado debe garantizar la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho; declarando como “fin del Estado fomentar el empleo” y remitiendo a la **ley la adopción de medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores no dependientes**. La norma, además, exige que todo patrono debe garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados, obligando al Estado a adoptar medidas y crear instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.

La propuesta de reforma relativa a dicho artículo fundamentalmente consiste, primero, **en eliminar la declaración de que el fomento del empleo es un fin del Estado**; segundo, **en eliminar la obligación de los patronos de garantizar a los trabajadores condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo** adecuados, y sustituirla con la previsión de la **obligación del Estado de garantizar** que en todos los centros laborales se cumplan las condiciones de seguridad, higiene, ambiente y relaciones sociales acordes con la dignidad humana y de crear instituciones que permitan el control y supervisión del cumplimiento de estas condiciones de trabajo, y la formulación del principio de que en aplicación de los **principios de corresponsabilidad y solidaridad el patrono** “debe adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de dichas condiciones”; y tercero, en lugar de sólo remitir a la **ley para la adopción de medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes**, se propone definir algunos contenidos de la misma al prever que “a los fines de garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes, como taxistas, transportistas, comerciantes, artesanos, profesionales y todo aquel que ejerza por cuenta propia cualquier actividad productiva para el sustento de sí mismo y de su familia, **la Ley creará y desarrollará todo lo concerniente a un “Fondo de estabilidad social para trabajadores y trabajadoras por cuenta propia”, para que con el aporte del Estado y del trabajador**, pueda éste último gozar de los derechos laborales fundamentales tales como jubilaciones, pensiones, vacaciones, reposos, prenatal, post natal y otros que establezcan las leyes”.

La verdad es que para la implementación de lo que se propone en esta “reforma” bastaba sancionar una ley que regulara todos esos aspectos, conforme a la norma vigente. La “reforma”, en realidad, nada cambia en relación a lo que conforme a la norma del artículo 87 de la Constitución pudiera desarrollarse por el legislador.

La segunda de las reformas propuestas en materia de derechos laborales, se refiere al artículo 90 en relación con la jornada de trabajo. En efecto, el artículo 90 de la Constitución de 1999 dispone que **“la jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales”** y en los casos “en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna **no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales”**, prohibiéndose a los patronos a “obligar a los trabajadores a laborar horas extraordinarias”. El artículo, además, establece el principio de que **se debe propender “a la progresiva disminución de la jornada de trabajo** dentro del interés social y del ámbito que se determine” y se debe “disponer lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras”; y consagra el derecho de los trabajadores “al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas”.

La propuesta de reforma relativa a dicho artículo fundamentalmente consiste, primero, **en reducir los límites máximos de la jornada de trabajo a seis horas diarias y treinta y seis horas semanales**, para la jornada diurna; y a **seis horas diarias ni de treinta y cuatro semanales**, para la jornada nocturna, para lo cual, en realidad, hubiera bastado la sanción de una ley, ya que lo que se establece en la Constitución es un límite máximo; y en segundo lugar, en indicar que la mejor **utilización del tiempo libre de los trabajadores no sólo es en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de**

los mismos, sino además, en beneficio de **la educación, formación integral, desarrollo humano, moral, y técnico** de los trabajadores, para lo cual, de nuevo, no es necesario “reformular” la Constitución, bastando que ello se establezca en la ley.

Por tanto, en esta materia laboral, la “reforma” propuesta de los artículos 87 y 90 de la Constitución es un ejercicio inútil, pues lo que en ellas se propone puede establecerse mediante ley en ejecución de las normas de la Constitución de 1999, tal como están redactadas¹⁷.

Sección séptima:

LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DE LA FUERZA ARMADA: DE UN ESTADO DE CONDUCCIÓN CIVIL A UN ESTADO MILITARISTA

Otra materia que constituyó una novedad en la Constitución de 1999 es la relativa a las Fuerza Armada Nacional dentro del régimen de la seguridad y defensa, con acentuado carácter militarista.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, además de cambiarse el nombre de la institución de **Fuerza Armada Nacional por Fuerza Armada Bolivariana** (art. 156,8; 236,6; 328 y 329) y de sus componentes de **Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional**, por **Ejército Bolivariano, Armada Bolivariana, Aviación Bolivariana, Guardia Territorial Bolivariana y Milicia Popular Bolivariana** (Art. 329); se formulan propuestas de reforma respecto de los artículos 328 y 329 de la Constitución.

En cuanto al artículo 328 de la Constitución de 1999, el mismo dispone que la Fuerza Armada Nacional **constituye “una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico”**, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley. La norma agrega, que “en el cumplimiento de sus funciones, **está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna**”, siendo sus pilares fundamentales “la disciplina, la obediencia y la subordinación”.

En la propuesta de reforma del artículo 328, en primer lugar, **se busca eliminar la previsión constitucional de que la Fuerza Armada es “institución esencialmente profesional, sin militancia política”**, y en su lugar se propone establecer que constituye **“un cuerpo esencialmente patriótico popular y antiimperialista”**. Con ello, **desaparece la institución militar como institución profesional, y desaparece la prohibición de que la misma no tenga militancia política, definiéndoselo un como “patriótico popular y antiimperialista”**, lo que busca abrir el camino constitucional para la

¹⁷ La única explicación razonable de estas “reformas” constitucionales inútiles, es la que se deriva de la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral, de que el referendo sobre la aprobación de la Constitución debe ser “en bloque”, y no separadamente, de manera de desestimule el posible voto “NO”, que podría significar votar en contra de estas mejoras laborales que, como se dijo, sin embargo, no requieren estar previstas en la Constitución para ser implementadas.

integración de la Fuerza Armada **en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (como se propone en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución).**

En segundo lugar, entre los objetivos de la Fuerza Armada, además de ser organizada para **“garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad del espacio geográfico”**, se propone agregar, además, que es para **“preservarla de cualquier ataque externo o interno”**.

En tercer lugar, en lugar de establecerse que esos objetivos se deben lograr **“mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional”**, se propone que se regule que se deben lograr **“mediante el estudio, planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa militar integral y la guerra popular de resistencia, la participación permanente en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana, y conservación del orden interno, así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la nación”**. Se incorpora, en esta forma, la **“doctrina militar bolivariana”**, como elemento esencial de la actuación de la Fuerza Armada, aún cuando se desconozca su contenido exacto, se incorporan elementos de guerrilla como **“la guerra popular de resistencia”**, y se convierte a la Fuerza Armada en organización de policía nacional, al atribuírsele la competencia en materia de **seguridad ciudadana y conservación del orden interno**. Además, con la previsión de que entre sus funciones está la de participar en forma **“activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la nación”**, **se constitucionaliza la militarización del Estado y la Administración.**

En cuarto lugar, en lugar de establecerse como lo prevé la Constitución de 1999 que en el cumplimiento de sus funciones, la Fuerza Armada **“está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna”**, se propone sustituir esta disposición por la indicación de que en **“el cumplimiento de su función, estará siempre al servicio del pueblo venezolano en defensa de sus sagrados intereses y en ningún caso al de oligarquía alguna o poder imperial extranjero”**. La consecuencia de este cambio, es **la eliminación de la prohibición impuesta constitucionalmente a la Fuerza Armada de que pueda estar al servicio de persona o parcialidad política alguna**, lo que de nuevo busca abrir el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada **en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (como se propone en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución), quien la puede poner a su servicio o al servicio del partido del gobierno.**

Recuérdese, además, que en la reforma que se propone al artículo 236,7, se busca atribuir al Presidente de la república, en tal carácter de Comandante en jefe, la potestad de **promover a sus oficiales en todos los grados y jerarquías y designarlos o designarlas para los cargos correspondientes (art. 236,7), lo que constituye el instrumento para asegurar la sujeción política de los mismos.**

En quinto lugar, además de establecerse que sus pilares fundamentales son la Constitución y las leyes, así como la disciplina, la obediencia y la subordinación, se

propone agregar que **“sus pilares históricos están en el mandato de Bolívar: “Libertar a la patria, empuñar la espada en defensa de las garantías sociales y merecer las bendiciones del pueblo”**”.

En cuanto al artículo 329 de la Constitución de 1999, el mismo dispone que, “el Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación”, y en cuanto a la Guardia Nacional, la misma debe “cooperar en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país”. La norma agrega que “la Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley”.

En la propuesta de reforma del artículo 329, en primer lugar, se **aumentan a cinco los componentes militares de la Fuerza Armada Bolivariana**, como cuerpos de tierra, mar y aire, organizados administrativamente así: **el Ejército Bolivariano, la Armada Bolivariana, la Aviación Bolivariana, la Guardia Territorial Bolivariana y la Milicia Popular Bolivariana**.

En segundo lugar, se busca disponer en la norma constitucional que los cinco componentes o cuerpos militares se deben **“estructurar en unidades combinadas de guarnición, unidades combinadas de adiestramiento y unidades de operaciones conjuntas**, tanto en el nivel táctico como en el nivel estratégico, a efectos del cumplimiento de su misión”.

En tercer lugar, mediante una “Disposición Transitoria” se busca establecer en cuanto a la Guardia Nacional, además de que la misma **“cambiará su denominación militar por el de Guardia Territorial”**, que dicho cuerpo “se convertirá en un cuerpo esencialmente militar, pudiendo ser destinada por su Comandante en Jefe para conformar cuerpos de tierra, mar y aire como parte integrante de otros componentes militares; y además, que **también podrán “formarse cuerpos policiales con una parte de sus recursos humanos, técnicos y materiales”**”.

En cuarto lugar, en otra “Disposición Transitoria” se busca establecer que **“las unidades y cuerpos de la reserva militar se transformarán en unidades de la Milicia Popular Bolivariana”**.

Con estas reformas se busca **terminar de acentuar el carácter político de la Fuerza Armada y el militarismo del Estado**, que se había iniciado en la propia Constitución de 1999, de cuyas normas ya había desaparecido “el carácter apolítico y no deliberante” de la Fuerza Armada que establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961; la obligación esencial que tenía la Fuerza Armada Nacional conforme a ese mismo artículo, de asegurar “la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”; la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no podían ejercerse simultáneamente, que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961; el control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación (art. 331, C. 1961).

New York, agosto 2007

XVII

SOBRE EL DERECHO CIUDADANO A LA CONSTITUCIÓN

(TEXTO PARA UN PRÓLOGO)

En 2007, un alumno de la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA), quién dijo haber trabajado una tesis sobre *La Constitución. Un Pacto Social*, cuyo texto me envió, me solicitó le prologara su trabajo para una publicación que nunca supe si se materializó. El texto que me fue enviado reflejaba una excelente labor de investigación y recopilación de doctrinas, criterios y legislación comparada, habiendo el autor analizado los aspectos medulares de la Constitución como pacto social, y luego, sucesivamente, los grandes temas del derecho constitucional contemporáneo en torno a la Constitución y su reforma; al régimen de participación que establece, particularmente en relación con la misma; a su defensa y al control de constitucionalidad; al régimen de las garantías constitucionales y de protección de los derechos humanos; al bloque de constitucionalidad y a la concepción del Estado como Estado social de derecho. En el texto del prólogo que preparé, que aquí incluyo, me referí al tema de la Constitución como derecho, o si se quiere, al tema del *derecho ciudadano a la Constitución*.¹

Es indudable que el elenco de los derechos constitucionales que en las últimas décadas han tenido una expansión considerable en las declaraciones constitucionales e internacionales, ha llevado a que además de los clásicos derechos civiles y políticos, se hayan venido incorporando los derechos sociales, culturales, económicos, ambientales y de los pueblos indígenas. Sin embargo, más recientemente se han comenzado a identificar

¹ Al tema me he referido en diversos trabajos, y entre ellos, en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, san José, 2005, pp. 74 ss. Debo recordar aquí, que el tema lo discutí en múltiples ocasiones con mi entrañable amigo Rodolfo Piza Escalante, quien fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Magistrado de la importante Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica

otros derechos constitucionales específicos que derivan de la propia concepción del Estado Constitucional moderno, como el derecho a la democracia, el derecho a la paz y el derecho a la Constitución, en este último caso como producto que es, precisamente, de un pacto social.

Para que una Constitución sea efectivamente la ley suprema de una sociedad en un momento dado de su historia, debe ser producto de esa misma sociedad, globalmente considerada, sin imposiciones externas ni internas. En este último caso, particularmente, las Constituciones impuestas por un grupo político al resto de los integrantes de la sociedad tienen no sólo una precaria supremacía, sino una duración limitada generalmente ligada a la presencia efectiva en el poder del grupo que la impuso. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, en este sentido, cuando todavía no se había lamentablemente convertido totalmente en un instrumento del autoritarismo², destacó en sentencia de 9 de noviembre de 2000 lo que consideró un “hecho fundamental” aunque no siempre “evidente a simple vista”, el cual es que:

“La Constitución es suprema en tanto es producto de la autodeterminación de un pueblo, que se la ha dado a sí mismo sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas. Así, la Constitución viene a ser, necesariamente, la norma fundamental a la cual se encuentran vinculadas las múltiples formas que adquieren las relaciones humanas en una sociedad y tiempo determinados”³.

De ello deriva el postulado antes señalado de que la Constitución, para ser tal, tiene que ser producto de un pacto social formulado por el pueblo, “sin intervención de elementos externos y sin imposiciones internas”, que es, además, lo que le da el carácter de norma suprema o fundamental, de obligatorio acatamiento por los gobernantes y los gobernados. Y es precisamente por ser la Constitución producto de la voluntad del pueblo expresada como pacto de la sociedad, que el propio pueblo colectivamente, y todos sus integrantes individualmente, tienen un derecho esencial a que esa Constitución se respete, a que se mantenga conforme a la voluntad popular y a que sea suprema. De ello deriva otro derecho fundamental que es el derecho ciudadano a la supremacía de la Constitución. Ambos derechos, como todo derecho constitucional, deben poder ser exigibles ante los tribunales.

Este derecho a la Constitución y a la supremacía constitucional, por otra parte, son de la esencia del Estado de Derecho que está montado, precisamente, sobre la idea de la Constitución como norma fundamental y suprema, que debe prevalecer sobre toda otra norma o acto estatal. Ese fue el gran y principal aporte de la revolución norteamericana al constitucionalismo moderno⁴, y su desarrollo progresivo ha sido el fundamento de los sistemas de justicia constitucional en el mundo contemporáneo,

² Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2007.

³ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1347 de 9 de noviembre de 2001, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 265.

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992.

en particular, los destinados a la protección y amparo de los derechos y libertades consagrados en las Constituciones.

Esta idea de la supremacía constitucional, fundamento del derecho a la Constitución como norma fundamental y suprema, puede decirse que fue doctrinalmente elaborada por primera vez en Norteamérica, en 1788, por Alexander Hamilton en *El Federalista*,⁵ cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley, señalando:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser vista por los jueces, como ley fundamental, por tanto, corresponde a ellos establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconocible entre los dos, por supuesto, aquel que tiene una superior validez es el que debe prevalecer; en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las leyes, *así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus agentes*”.

De esta afirmación, además del poder de los jueces para poder controlar la constitucionalidad de las leyes si la Constitución debe verse como norma suprema, deriva el postulado esencial de que la Constitución, como producto de la voluntad popular, debe siempre prevalecer sobre la intención de los gobernantes. Este es, precisamente, el derecho ciudadano a que la voluntad popular expresada en la Constitución sea respetada por quienes gobiernan, quienes en su gestión no pueden pretender hacer prevalecer su voluntad frente a la voluntad popular del pueblo expresada en la Constitución.

Además, por ello, el mismo Hamilton, al desarrollar el principio del poder de los jueces de declarar la nulidad de los actos legislativos contrarios a la Constitución, y argumentar que ello no significaba dar superioridad del Poder Judicial sobre el Legislador, señaló que ello:

“Lo único que supone es *que el poder del pueblo es superior a ambos*; y que en los casos en que la voluntad del legislador declarada en las leyes, esté en *oposición con la del pueblo declarada en la Constitución*, los Jueces deben estar condicionados por la última, antes que por las primeras”.

Concluyó Hamilton señalando que:

“Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, significaría afirmar que el subalterno es más importante que el principal; que el sirviente está por encima de sus patrones; *que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo*”.

De estas proposiciones de Hamilton lo que nos interesa aquí es destacar, más que el principio que se refiere al poder de la Corte Suprema de los Estados Unidos para declarar como nulas y sin valor las leyes estatales y federales contrarias a la Constitución⁶, lo que por supuesto tuvo un efecto fundamental en el desarrollo de los sistemas de justicia constitucional como materialización del derecho a la supremacía constitucional; es la idea misma antes expuesta de que siendo la Constitución manifestación de la voluntad del pueblo, el principal derecho constitucional que los ciudadanos pueden tener, *es el*

⁵ The Federalist (ed. por B.F. Wrigth), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

⁶ Véase los comentarios sobre los célebres casos Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 1776 y Masbury v. Madison, 1803 en Allan R. Brewer-Carías, Judicial Review in Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

derecho a dicha Constitución y a su supremacía, es decir, al respecto de la propia voluntad expresada en ella. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad del pueblo, es ley suprema que debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado y sobre la actuación de los individuos, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo, es decir, de los ciudadanos a dicha supremacía y, además, a exigir el respeto de esa Constitución, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva de la propia Constitución.

Por ello, en las Constituciones latinoamericanas más recientes, como la de Colombia, incluso se consagra expresamente el principio de la supremacía constitucional, al disponerse que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (art. 4). En igual sentido, en la Constitución de Venezuela de 1999 se establece que “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, a la cual quedan sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público” (art. 7)⁷; constituyendo, además, uno de los deberes constitucionales de los ciudadanos y funcionarios, el “cumplir y acatar” la Constitución (art. 131).

Esta idea de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, en todo caso, se ha conformado en América Latina conforme a una tradición normativa que se remonta al texto de la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, con la prescripción expresa de la obligatoriedad de sus normas tanto para todos los órganos que ejercen el Poder Público como para los particulares.

Por eso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en la misma sentencia antes citada señaló, en 2000, que de la supremacía deriva:

“Que la Constitución ostente, junto con el ordenamiento jurídico en su totalidad, un carácter normativo inmanente; esto es, un deber ser axiológico asumido por la comunidad como de obligatorio cumplimiento, contra cuyas infracciones se activen los mecanismos correctivos que el propio ordenamiento ha creado. La Constitución, también, sin que pueda ser de otro modo, impone modelos de conducta encaminados a cumplir pautas de comportamiento en una sociedad determinada”⁸.

Ahora bien, la consecuencia fundamental de la consagración expresa de este principio de la supremacía constitucional en Colombia y Venezuela, por ejemplo, ha sido, por una parte, la previsión en el propio texto constitucional de todo un sistema para la protección y garantía de esa supremacía constitucional frente a las leyes, a través del control de su constitucionalidad, lo cual, sin duda, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de Derecho⁹. Todo

⁷ Nos correspondió proponer en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 la consagración en forma expresa de dicho principio constitucional. Véase Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II, (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 24.

⁸ Véase en Sentencia de la Sala Constitucional N° 1347 de 9 de noviembre de 2001, en Revista de Derecho Público, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 264.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo I, Evolución Histórica del Estado, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 47 ss.

ello, derivó, en ambos países, en la consagración expresa del derecho constitucional fundamental ciudadano a la tutela de dicha supremacía, sea mediante el control difuso de la constitucionalidad (art. 4, Colombia; art. 334, Venezuela) o mediante el control concentrado de la constitucionalidad por la Corte Constitucional colombiana (art. 214) o por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela (art. 336)¹⁰; sea mediante el ejercicio de las acciones de *habeas corpus* o de amparo o de tutela de los derechos constitucionales fundamentales (arts. 30 y 86, Colombia; art. 27, Venezuela).

El constitucionalismo moderno, por tanto, en nuestro criterio, está montado no sólo sobre el derecho a la Constitución sino sobre la idea, como secuela del anterior principio, de que existe *un derecho del ciudadano a esa supremacía*, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en *un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional*, tanto respecto de la parte orgánica de la Constitución como respecto de su parte dogmática, para cuya preservación se establecen un conjunto de garantías. Ese derecho implica, además, en cuanto a la parte orgánica de la Constitución, el derecho ciudadano a la separación de poderes y el derecho a la distribución territorial del poder o a la autonomía de las instituciones político territoriales; y en cuanto a la parte dogmática, el derecho a la efectividad y goce de los derechos constitucionales mediante las garantías establecidas en la Constitución.

Para asegurar la supremacía, las Constituciones en efecto, establecen una serie de garantías, como la garantía objetiva que declara como nulos los actos contrarios a la Constitución; o la garantía de la reserva legal a los efectos del establecimiento de las limitaciones a los derechos, que no pueden establecerse por cualquier autoridad sino por ley formal. Además, está la garantía de la responsabilidad, por supuesto, que deriva de que todo acto contrario a la Constitución y a los derechos constitucionales genera responsabilidad respecto de quien lo ejecute.

Además de todas las anteriores mencionadas garantías, por supuesto, la garantía fundamental del derecho a la Constitución, a su supremacía y a los derechos constitucionales, es justamente la posibilidad de acudir ante los órganos judiciales para que estos aseguren que los derechos se hagan efectivos. Por ello, la garantía fundamental de los derechos constitucionales es la garantía judicial porque, en definitiva, el sistema judicial en cualquier país se establece precisamente para la protección de los derechos y garantías. Esto lo regulan, incluso, casi todas las Constituciones cuando se refieren al Poder Judicial o al derecho de acceder a la justicia, para la protección de los derechos y garantías.

Este derecho fundamental a la Constitución y a su supremacía, y con ellos, al respecto de los derechos constitucionales, como antes se dijo, se concreta tanto en un derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, sea mediante sistemas de justicia constitucional concentrados o difusos, y en un derecho al amparo judicial de los demás derechos fundamentales de las personas, sea mediante acciones o recursos de amparo u otros medios judiciales de protección inmediata de los mismos. La

¹⁰ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Justicia Constitucional, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997, 658 pp.; y *El Sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (Quaestiones Juridicae N° 5), Bogotá 1995..

consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.

Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental de los ciudadanos el de asegurar la supremacía constitucional mediante la tutela judicial de la misma, es evidente que sólo la Constitución podría limitar dicho derecho, es decir, es incompatible con la idea del derecho fundamental de la supremacía constitucional que postulamos, que se establezcan limitaciones legales a la misma, sea manifestada en actos estatales excluidos del control judicial de constitucionalidad; sea en derechos constitucionales cuya violación no pudiera ser amparable en forma inmediata. Tal como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela en 1962:

“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 acta 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 Tribunal”¹¹.

La supremacía constitucional es una noción absoluta, que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco puede admitir excepciones, salvo por supuesto, que sean establecidas en la propia Constitución. De lo anterior resulta que, en definitiva, en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional se ha estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental del ciudadano a la Constitución y a la supremacía constitucional.

En cierta forma, como lo señaló Sylvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional de Norteamérica, ésta ha surgido como un sustituto a la revolución¹², en el sentido de que los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato a los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho a la resistencia o revuelta que defendía John Locke¹³. Antes del surgimiento del Estado de derecho, en caso de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la vía de solución de los conflictos entre el pueblo y los gobernantes. Como sustituto de la misma, sin embargo, precisamente surgió el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Esa es, precisamente, la tarea del juez constitucional,

¹¹ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de 15-03-1962, en Gaceta Oficial., N° 760, Extraordinaria de 22-3-62.

¹² Véase Silvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press 1990, p. 113.

¹³ Véase John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge UK, 1967, pp. 211 y 221 ss.

quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

Sin embargo, a pesar de la previsión de los mecanismos de justicia constitucional, debe destacarse que muchas Constituciones aún consagran el derecho ciudadano a la desobediencia civil, respecto de regímenes, legislación y autoridades que contraríen la Constitución. Un ejemplo es el artículo 350 de la Constitución de Venezuela de 1999, en el cual se dispone que:

“El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos”.

Este artículo consagra constitucionalmente lo que la filosofía política moderna ha calificado como desobediencia civil¹⁴, que es una de las formas como se manifiesta el mencionado derecho de resistencia, que tuvo su origen histórico en el antes mencionado derecho a la insurrección que en la teoría política difundió por John Locke. Además, tiene su antecedente constitucional remoto en la Constitución Francesa de 1793 en el artículo 35, que era el último de los artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que la precedía, en el cual se estableció que “Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes”.

Esta norma, típica de un gobierno revolucionario como el del Terror, sin duda, fue anómala y desapareció de los anales del constitucionalismo. Sin embargo, ello no ha impedido la aparición en las Constituciones de algunas versiones contemporáneas, no del derecho a la insurrección, sino del derecho a la rebelión contra los gobiernos de fuerza, como el consagrado, por ejemplo, en el artículo 333 de la Constitución venezolana que establece el deber de “todo ciudadano investido o no de autoridad, de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución”, si la misma perdiera “su vigencia o dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”. Es el único caso en el cual una Constitución pacifista como la venezolana de 1999, admite que pueda haber un acto de fuerza para reaccionar contra un régimen que por la fuerza haya irrumpido contra la Constitución¹⁵. El tema central en esta materia, por supuesto, es la determinación de cuándo desaparece la obligación de la obediencia a las leyes y cuándo se reemplaza por

¹⁴ Sobre la desobediencia civil y el artículo 350 de la Constitución de Venezuela, véase: María L. Álvarez Chamosa y Paola A. A. Yrady, “La desobediencia civil como mecanismo de participación ciudadana”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (Enero-Junio). Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 7-21; Andrés A. Mezgravis, “¿Qué es la desobediencia civil?”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7 (enero-junio), Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 189-191; Marie Picard de Orsini, “Consideraciones acerca de la desobediencia civil como instrumento de la democracia”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 535-551; y Eloisa Avellaneda y Luis Salamanca, “El artículo 350 de la Constitución: derecho de rebelión, derecho resistencia o derecho a la desobediencia civil”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 553-583.

¹⁵ Véase expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La crisis de la democracia en Venezuela*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas 2002, pp. 33 ss.

la también obligación-derecho de desobedecerlas y esto ocurre, en general, cuando la ley es injusta; cuando es ilegítima, porque por ejemplo emana de un órgano que no tiene poder para legislar, o cuando es nula, por violar la Constitución.

En todo caso, todas estas no son más que manifestaciones del derecho que los ciudadanos tienen a la Constitución y a su supremacía, que es necesario continuar reafirmando y consolidando, sobre todo ante regímenes que en fraude a la Constitución y a la propia democracia, han venido usando sus propias normas para violarlas y demoler las bases de la democracia, tal como ha venido ocurriendo en algunos países de nuestra América latina en estos comienzos del Siglo XXI.

New York, marzo 2008

XVIII

EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES (MARZO 2011)^{1*}

Conferencia dictada en el *VIII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, organizado por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia de la República Dominicana y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo, 1 al 5 de marzo de 2011. Texto ampliado publicado en *Revista de Derecho Público*, No. 125, (enero-marzo 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 71-97; en el libro *VII Encuentro Iberoamericano de derecho procesal Constitucional*, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Santo Domingo 2011, Tomo I, pp. 285-330; y en el libro: *Estudios Constitucionales*, No. 9, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, pp. 303-338.

Con fecha 8 de noviembre de 2010, el Presidente de la República Dominicana, mediante Oficio No. 11339, sometió al Senado un Proyecto de *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales*, con el objeto de regular la organización del Tribunal Constitucional creado por la Constitución de enero de 2010, y “el ejercicio de la Justicia Constitucional entendida como la potestad del Tribunal Constitucional

¹ * Texto ampliado de la conferencia dictada en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Comisionaduría de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia de la República Dominicana y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo, 3 de marzo de 2010

y el Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia.”

En su comunicación, además, el Presidente resumió que

“la Justicia Constitucional se realiza mediante procesos y procedimientos constitucionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales, para garantizar la supremacía, integridad y eficacia de la Constitución, la defensa del orden constitucional, la adecuada interpretación constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales.”

A tal efecto, según expresó el Presidente en su comunicación, la Ley Orgánica estará regida por los siguientes principios rectores: “constitucionalidad, interdependencia, efectividad, oficiosidad, vinculatoriedad, invalidez, favorabilidad, accesibilidad, celeridad, informalidad, gratuidad, inderogabilidad y supletoriedad.”

El Presidente precisó además, que el Proyecto buscaba definir y regular, “la Justicia Constitucional y sus principios; la organización y atribuciones del Tribunal Constitucional; los procesos y procedimientos constitucionales, entre los que se encuentran: el control concentrado de constitucionalidad, el control difuso de constitucionalidad y el control preventivo de los tratados internacionales; los conflictos de competencia; las acciones de habeas corpus, habeas data y amparo; los procedimientos particulares de amparo, entre los cuales se encuentran: el amparo contra actos jurisdiccionales, el amparo de cumplimiento, el amparo colectivo y el amparo electoral; la revisión constitucional de sentencias; y el procedimiento de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego de las discusiones en la Cámara del Senado el Proyecto fue discutido en la Cámara de Diputados donde fue aprobado en fecha 1 de marzo de 2011, habiendo sido devuelto al senado mediante oficio No 201 de 4 de marzo de 2011 con el título de *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, el cual fue precedido de una serie de “Considerandos” en los cuales se motiva el mismo, expresándose entre otros aspectos sobre el “sistema robusto de justicia constitucional independiente y efectivo,” que “la tutela de la justicia constitucional fue conferida, tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial, a través del control concentrado y el control difuso” (Considerando Quinto).

En ese marco, las presentes notas están destinadas a analizar globalmente este importante Proyecto de Ley (en adelante “Ley Orgánica”), en su versión de fecha 1 de marzo de 2011, en especial solo en lo que se refiera a sus previsiones en materia de control difuso de la constitucionalidad (III); en materia de control concentrado de la constitucionalidad, incluyendo el control a posteriori de la constitucionalidad de los actos estatales y de omisiones legislativas, el control a priori de los tratados internacionales y la solución de conflictos de competencia de orden constitucional (IV); y la revisión constitucional de sentencias constitucionales (V) y de amparo (VI) por el Tribunal Constitucional. No nos referiremos por tanto, a los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales (amparo, habeas corpus, habeas data) que también están regulados detalladamente en la Ley Orgánica (arts. 63 a 114). Antes sin embargo, haremos algunas precisiones sobre los sistemas de justicia constitucional (I), y

sobre las previsiones en la materia en la Constitución de la República Dominicana, y algunos principios generales en la Ley Orgánica (II).

I. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A los efectos de asegurarle al que en el Estado Constitucional de derecho, los órganos superiores de justicia puedan asumir el rol esencial de interpretar la Constitución y de ejercer el control de la constitucionalidad de los actos estatales, en el mundo contemporáneo, y de acuerdo a las peculiaridades de cada país y de cada sistema constitucional, se han venido estableciendo una variedad de sistemas de justicia constitucional, los cuales siempre se pueden clasificar tomando en cuenta lo que se haya dispuesto en relación con el o los órganos judiciales o de otra índole constitucional llamados a ejercer tal control de la constitucionalidad.

Es decir, sea cual fuere el sistema de justicia constitucional, cuando la potestad de ejercer el control de la constitucionalidad se atribuye a los órganos judiciales, estos pueden ser o todos los jueces que integran el Poder Judicial, o un solo órgano del mismo, u otro órgano separado del Poder Judicial al cual se atribuye la Jurisdicción Constitucional.

De allí la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el método de control que se ejerce: en primer lugar, el llamado método difuso de control, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad, se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar, el llamado método concentrado de control, conforme al cual el poder anulatorio respecto de las leyes y demás actos estatales contrarios a la Constitución se atribuye a un solo órgano del Poder judicial, sea a la Corte Suprema de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello, que incluso puede ser ubicado fuera del Poder Judicial.

Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, aún cuando en su inicio respondían a principios diferentes, en muchos países coexisten en paralelo, como sucede en buena parte de los regímenes constitucionales de los países latinoamericanos y como está regulado expresamente en la Constitución de República Dominicana.

En cuanto al método difuso de control de constitucionalidad, como poder atribuido a todos los jueces para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley que deba aplicarse en un caso concreto, desaplicándola y aplicando preferentemente la Constitución, el mismo se lo regula expresamente en el artículo 188 de la Constitución de República Dominicana. Como en virtud de la supremacía de la Constitución, todo acto estatal contrario a la misma debe considerarse inconstitucional y nulo; todos los jueces tienen el poder-deber de apreciar dicha inconstitucionalidad. Ello es la consecuencia lógica cuando se habla de la Constitución como “norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico” (art. 6).

Ahora bien, correspondiendo el método difuso de control de la constitucionalidad a todos los jueces, su ejercicio se caracteriza por ser de carácter incidental, en el sentido de que se ejerce al decidirse un caso concreto, como poder que puede ejercer

cualquier juez, incluso de oficio. En estos casos, en consecuencia, no se trata de un proceso constitucional que tiene por objeto específico controlar la constitucionalidad de una ley, sino de una decisión judicial que se adopta en un proceso judicial cualquiera, con su propio objeto específico, en el cual, para decidirlo, se aprecia la inconstitucionalidad de la ley. Por ello, la decisión que en tal sentido se adopta, sólo tiene efectos *inter partes* y meramente declarativos. El juez, en estos casos, no anula la ley sino sólo la considera inconstitucional y nula, por lo que la decisión tiene en principio efectos *ex tunc, pro praeterito*.

En relación con este método difuso de control de constitucionalidad, en el derecho comparado se ha planteado el problema de la eventual falta de uniformidad o la disparidad de decisiones que podrían adoptar los jueces de distinta jerarquía, en torno a la inconstitucionalidad de una ley, habiéndose establecido diversos correctivos en los propios sistemas constitucionales.

Uno de ellos es, por ejemplo, la asignación del carácter vinculante a las decisiones que adopte la Corte Suprema de Justicia en la materia cuando el asunto llegue a ese nivel, como sucede en los Estados Unidos de América.

Otro correctivo es, por ejemplo, la atribución a la Corte Constitucional o Tribunal Supremo de la competencia para conocer de un recurso extraordinario de revisión, como se ha establecido en las Constituciones de Colombia o Venezuela, lo que permite al Tribunal constitucional uniformizar la jurisprudencia y resolver con carácter obligatorio y vinculante sobre el tema. Esta es la solución adoptada en la Constitución de la República Dominicana.

Adicionalmente, otro correctivo al problema se logra precisamente con el establecimiento, en paralelo del método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, como también ocurre en la Constitución de República Dominicana siguiendo el modelo mixto e integral que se desarrolló inicialmente en América Latina en Colombia y Venezuela, otorgándose a las decisiones del Tribunal Constitucional el carácter de “precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado “ (art. 184). El principio se reitera en el artículo 31 de la Ley Orgánica y, además, en el artículo 7.13 al definir el principio de la “vinculatoriedad” como uno de los principios rectores del sistema de justicia constitucional, indicando que:

“Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.”

Se destaca, en esta declaración, por supuesto, la importancia que significa la atribución mediante la Ley Orgánica, del carácter vinculante para el Estado de la república Dominicana que tienen las decisiones por ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, el método concentrado de control de constitucionalidad, como es sabido, tuvo su origen en América Latina y fue luego desarrollado durante el siglo pasado en Europa. Se caracteriza por la atribución a un solo órgano judicial, que puede ser el Tribunal o Corte Suprema con o sin Sala Constitucional, o un Tribunal Constitucional especial, del poder de conocer de la impugnación de

leyes por inconstitucionalidad, y de anularlas en caso de que sean contrarias a la Constitución, con efectos *erga omnes*. Esta última opción es la que se ha seguido en la Constitución de 2010 de la República Dominicana con la creación del Tribunal Constitucional “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” (art. 184).

Sin embargo, en realidad, lo que caracteriza al método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes no es la creación de un tribunal constitucional, sino la atribución a *un solo órgano judicial o tribunal constitucional del poder anulatorio* de las mismas. Es decir, lo importante es la concentración del poder anulatorio de control en un solo órgano judicial o de control constitucional, más que la forma o naturaleza que puede tener el mismo.

Este método concentrado de control de la constitucionalidad, a diferencia del método difuso, como se ha dicho, se ejerce en un proceso en el cual su objeto principal es, precisamente, el juzgamiento de la inconstitucionalidad de una ley, la cual puede consistir en una decisión anulatoria de la misma, con efectos generales, *erga omnes*, y en general *ex nunc*, es decir *pro futuro* teniendo la decisión en consecuencia, carácter constitutivo.

El método concentrado de control, por otra parte, puede ser previo o posterior, según que se pueda ejercer contra leyes antes de que entren en vigencia o sólo una vez que están vigentes. En el caso de la República Dominicana el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes en general es a posteriori, regulándose sin embargo un control en forma a priori respecto de “los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo” (art. 185,2), como también, por ejemplo, sucede en Colombia y en Venezuela.

El método concentrado de control, además, puede ser principal o incidental, según que la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley llegue al juez constitucional por vía de una acción de inconstitucionalidad, la cual incluso en algunos casos, como sucede en Colombia, Panamá y Venezuela, puede ser una acción popular; o que llegue por vía incidental, por una incidencia planteada en un juicio concreto, como excepción de inconstitucionalidad, lo cual no sucede por supuesto, cuando se establece en paralelo el control difuso de constitucionalidad como es el caso de los sistemas mixtos o integrales, como el que se establece en la República Dominicana.

Por último, además del método difuso y concentrado de control de la constitucionalidad de la legislación existente, en el mundo contemporáneo también se han venido desarrollando mecanismos de control de la constitucionalidad de las omisiones del Legislador, cuando ha dejado de sancionar leyes indispensables para la completa aplicación o vigencia de la Constitución. Se trata del control de la constitucionalidad de las misiones legislativas.

II. MARCO REGULATORIO GENERAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA DE 2010

1. *Base normativa de la justicia constitucional en la Constitución de 2010 y el sistema mixto o integral de justicia constitucional*

Como todas las Constituciones del mundo contemporáneo, la Constitución de la República Dominicana está revestida de supremacía en el ordenamiento jurídico, a cuyo efecto, en su propio texto se indica que:

“Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado” (art. 6).

En la Constitución se regula, además, la garantía objetiva de la misma, al indicar que:

“son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución” (art. 6).

Estos principios se complementan, en la Ley Orgánica al disponer el principio de “inconvalibilidad” en el sentido de que:

“la infracción de los valores, principios y reglas constitucionales está sancionada con la nulidad y se prohíbe su subsanación o convalidación” (art. 7.7)

La inconstitucionalidad, por tanto, no sólo se produce por violación directa de las normas constitucionales, sino de los valores, principios y reglas constitucionales, como lo indica artículo 6 de la Ley Orgánica, la Constitución se tiene por infringida:

“cuando haya contradicción del texto de la norma, acto u omisión cuestionado, de sus efectos o de su interpretación o aplicación con los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República Dominicana o cuando los mismos tengan como consecuencia restar efectividad a los principios y mandatos contenidos en los mismos.”

Para asegurar la supremacía normativa de la Constitución por sobre todo acto estatal, es decir, sobre todo acto dictado en ejercicio del Poder Público, incluyendo, por supuesto, las leyes y demás actos del Congreso, como se dijo, la propia Constitución ha establecido un marco general de la justicia constitucional, atribuyendo, por una parte, al Tribunal Constitucional en República Dominicana, competencia para ejercer tal control de constitucionalidad de dichos actos legislativos y otros actos estatales (art. 185,1), con potestad para anularlos cuando sean inconstitucionales; y además, por la otra, asignando a todos los tribunales competencia para declarar dichos actos como inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188). Como parte integrante de dicho control de constitucionalidad, está, por supuesto, el control de convencionalidad en relación con los tratados en materia de derechos humanos, ya que la Ley orgánica precisa que también hay infracción constitucional cuando se violan las normas, valores y reglas de los tratados.

Se trata, por tanto, como dijimos, de un sistema mixto o integral de justicia constitucional que combina el control difuso con el control concentrado de la

constitucionalidad y convencionalidad adoptado en otros países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y México.

La consecuencia de ello es que en República Dominicana, al contrario de los que sucede, por ejemplo, en países como Costa Rica o Panamá, la justicia constitucional no se concentra en un solo órgano que conforma la “Jurisdicción Constitucional” como el Tribunal Constitucional, sino que se ejerce por éste y por todos los órganos judiciales.

Se distingue, entonces, en la República Dominicana, la “justicia constitucional” de la “Jurisdicción Constitucional.” Esta última es una noción judicial o no que ejerce el control concentrado de la de carácter orgánico, que identifica un órgano estatal constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos generalmente dictados de ejecución inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios de las mismas, y que por ello, no tiene el monopolio de la “justicia constitucional.”

En cambio, la noción de “justicia constitucional,” es una noción material equiparable a “control de constitucionalidad,” la cual, como se ha dicho, además de por el Tribunal Constitucional, también se ejerce por todos los jueces u órganos jurisdiccionales mediante el método difuso de control de constitucionalidad. Así se precisa en el artículo 5 de la Ley Orgánica al disponerse que

“La justicia constitucional es la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales” (art. 5)

Por ello, en la Constitución, además de crearse el Tribunal Constitucional como “Jurisdicción Constitucional,” se regulan las competencias en materia de justicia constitucional que ejercen los demás tribunales de la República al decidir las excepciones de inconstitucionalidad cuando ejercen el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y al decidir los procesos iniciados mediante las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data, o.

En resumen, la noción de *justicia constitucional* es carácter material o sustantiva y se refiere a la competencia que ejercen todos los órganos judiciales cuando les corresponde decidir casos concretos o juicios de amparo aplicando y garantizando la Constitución; en tanto que la expresión *Jurisdicción Constitucional* es, en cambio, de carácter orgánica, e identifica al órgano jurisdiccional al cual se ha atribuido en la Constitución *competencia exclusiva* en materia de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, y que es el Tribunal Constitucional.

Esta distinción, en todo caso, se acoge en la Ley Orgánica cuando dispone en el artículo 2 que la misma tiene como finalidad, no sólo reglar “la organización del Tribunal Constitucional” el cual conforme al artículo 3 ejerce sus funciones como *Jurisdicción Constitucional*; sino regular “el ejercicio de la *justicia constitucional*” la cual como hemos dicho se define en el artículo 5 como la potestad de los tribunales (“del Tribunal Constitucional y del Poder judicial”) “de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia,” la cual “se realiza mediante procesos y procedimientos

constitucionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia de la Constitución, la defensa del orden constitucional, la adecuada interpretación constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales.” En el mismo sentido, en el artículo 2 de la Ley Orgánica se insiste en que la justicia constitucional es “para garantizar la supremacía y defensa de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.”

En este mismo sentido, por otra parte, es que se define la expresión “constitucionalidad” en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica, al declarar que:

“Corresponde al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, en el marco de sus respectivas competencias, garantizar la supremacía, integridad y eficacia de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.”

Por su parte, en cuanto al bloque de constitucionalidad, “que sirve de parámetro al control de la constitucionalidad y al cual está sujeto la validez formal y material de las normas infraconstitucionales,” conforme al artículo 7.10 de la Ley Orgánica, está integrado por:

“los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por los poderes públicos de la República Dominicana, conjuntamente con los derechos y garantías fundamentales de igual naturaleza a los expresamente contenidos en aquellos.”

En esta forma puede decirse que se materializa en la Ley Orgánica, la previsión del artículo 74,3 de la Constitución que otorga jerarquía internacional a los “tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano,” los cuales son, por tanto, “de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.” Por ello, como se dijo, en materia de derechos humanos, el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional y de los tribunales de la República, es además un control de convencionalidad.

En todo caso, todo este sistema mixto o integral de justicia constitucional en la Constitución de 2010 se concretiza en las previsiones expresas relativas al control concentrado de la constitucionalidad, al control difuso de la constitucionalidad y a los procesos de protección de los derechos fundamentales.

2. El control difuso de la constitucionalidad en la Constitución de 2010

En lo que se refiere al control difuso de la constitucionalidad, la Constitución de la República Dominicana lo reguló, en paralelo al control concentrado, al disponer en su artículo 188 que:

“Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.”

En estos casos, por tanto, todos los tribunales de la República tienen el carácter de jueces constitucionales cuando al resolver un caso concreto sobre el cual tengan

conocimiento, declaren la inconstitucionalidad de una norma (el juez la considera “nula”), como si la misma nunca se hubiese dictado (*ab initio*), y por tanto, la desapliquen al decidir el caso concreto. En estos casos, por supuesto, el juez no anula la ley cuestionada, competencia que está reservada al Tribunal Constitucional.

En este supuesto, la consideración de la ley aplicable al caso como inconstitucional con efectos retroactivos, debería permitir al juez, también, graduar dichos efectos, como es en general aceptado en el derecho comparado, en materia penal o sancionatoria si se trata de previsiones más favorables, o de respeto a ciertos derechos adquiridos.

3. El control concentrado de la constitucionalidad en la Constitución de 2010

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad se establece en la Constitución mediante la regulación en el propio texto constitucional, en forma expresa, de la acción de inconstitucionalidad, del control a priori de la constitucionalidad de los tratados internacionales, de los procesos de resolución de conflictos constitucionales entre órganos del Estado y del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. En forma indirecta, también se abre posibilidad en la Constitución para la estructuración del control de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos.

A tal efecto, el artículo 184 de la Constitución creó el Tribunal Constitucional “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales,” al cual conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica, le corresponde conocer de los casos previstos por el artículo 185 de la Constitución y de los que se le atribuyen en la Ley Orgánica, teniendo además competencia para conocer “de las cuestiones incidentales que surjan ante él y dirimirá las dificultades relativas a la ejecución de sus decisiones.”

A. Acción de inconstitucionalidad

En lo que se refiere al control concentrado de la constitucionalidad, el artículo 185.1 de la Constitución le atribuye al Tribunal Constitucional como Jurisdicción Constitucional, competencia para conocer en única instancia de:

“1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.”

Como consecuencia de esta competencia, el Tribunal Constitucional tiene el poder de anular los actos estatales inconstitucionales con efectos, en principio, hacia el futuro, aún cuando el Tribunal Constitucional tiene competencia para graduarlos y hacerlos retroactivos.

B. El control de constitucionalidad a priori de los tratados internacionales

Por otra parte, también como mecanismo de control concentrado de constitucionalidad, conforme al artículo 185.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene

competencia para conocer en única instancia, del “control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo.”

C. El control concentrado de los conflictos constitucionales

Además, en virtud de que el control concentrado de la constitucionalidad tiene por objeto, en particular, asegurar la efectiva vigencia de la parte orgánica de la Constitución, la cual en el mundo moderno y en el Estado democrático siempre se ha construido sobre la base de los principios tanto de la separación orgánica de poderes como de distribución territorial del Poder Público, en la Constitución se asigna también al Tribunal Constitucional competencia para resolver los “conflictos de competencia” entre los Poderes Públicos (art. 185,3).

Estos conflictos son básicamente, los que se originan entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo y, además, respecto de los otros órganos constitucionales con autonomía funcional, de manera que todos actúen conforme a los poderes atribuidos en la Constitución, sancionando toda usurpación, por inconstitucionalidad.

Sin embargo, también correspondería al Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de la constitucionalidad, mantener el principio de la distribución territorial del poder que establece la Constitución conforme al esquema de descentralización política adoptado, haciendo respetar la autonomía de las entidades municipales que están constitucionalmente establecidas. Por tanto, en el caso de los Municipios que en República Dominicana se dotan de autonomía (art. 199), los conflictos de competencia también caerían bajo la competencia del Tribunal Constitucional para resolver los conflictos de competencia constitucional entre las entidades territoriales.

D. El control de las omisiones legislativas absolutas

La Constitución de 2010 no reguló en forma expresa la potestad del Tribunal Constitucional de controlar la constitucionalidad de las omisiones absolutas del Legislador, como por ejemplo, se regula expresamente en las Constituciones de Brasil, Colombia y Venezuela.

Sin embargo, habiéndose creado el Tribunal constitucional en el artículo 184 de la Constitución “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales,” sin duda que el mismo, conforme a esta norma, tiene potestad para controlar la constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas, a los efectos de no sólo poder garantizar la supremacía de la Constitución frente a la omisión legislativa en regular mediante ley aspectos sustantivos necesarios para que aquélla tenga efectiva vigencia, sino para la defensa del orden constitucional y además, en particular, para la protección de los derechos fundamentales cuando la omisión legislativa pueda afectar su efectivo ejercicio.

Sobre esto, en todo caso, la Ley Orgánica dispuso al regular la acción directa de inconstitucionalidad, que la misma puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional “contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan, por acción u *omisión*, alguna norma sustantiva” (art. 36). Igualmente, el artículo 6 de la

Ley Orgánica dispuso que la Constitución también se tiene por infringida “cuando haya contradicción del texto de la norma, acto u *omisión* cuestionado, de sus efectos o de su interpretación o aplicación con los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución.”

E. El control de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos

Por último, también formaría parte del objeto del control de la constitucionalidad el velar por el mantenimiento del régimen político democrático, de manera de asegurar que no se rompa; sancionando cualquier actuación que sea contraria a los valores de la democracia que establece la Constitución. Por ello, incluso, en algunos países, los Tribunales Constitucionales tienen competencias para proscribir la actuación de partidos políticos cuyo objeto sea destruir la democracia misma. En la República Dominicana, por ejemplo, la actuación de los partidos debe realizarse “con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución (art. 216), por lo que el control último de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos también correspondería al Tribunal Constitucional.

4. El control de constitucionalidad y la garantía de los derechos fundamentales en la Constitución de 2010

Por otra parte, el control de constitucionalidad también tiene por objeto particular asegurar la vigencia de la parte dogmática de la Constitución, es decir, de los derechos fundamentales declarados en el texto constitucional, y en el caso de la República Dominicana, también los declarados en los tratados internacionales de derechos humanos a los que se da rango constitucional (art. 74,3).

A estos efectos en la República Dominicana la Constitución ha establecido acciones específicas de protección como las de amparo, hábeas corpus y hábeas data (arts. 70-72), cuyo conocimiento corresponde en forma difusa a los tribunales de la República, consagrándose como principio fundamental en la Ley Orgánica (art. 7.4), lo que se denomina el principio de “efectividad” en el sentido de que:

“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, respetando las garantías mínimas del debido proceso y está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades.”

5. Principios generales en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (01/03/2011)

Conforme al marco constitucional regulatorio de la justicia constitucional antes esbozada, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de 2010, se ha establece el marco regulatorio legislativo general de

todo el sistema mixto o integral de justicia constitucional de la República Dominicana, conforme a las previsiones que se resumen a continuación.

A. Los diversos procesos constitucionales en la Ley Orgánica

En la Ley Orgánica, en efecto, se regula en primer lugar, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado.

En segundo lugar, en la Ley Orgánica se regula el control concentrado de la constitucionalidad, previéndose la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del proceso constitucional el control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, el cual se ejerce mediante la acción de inconstitucionalidad; el procedimiento constitucional del control a priori en relación específicamente con los tratados internacionales; y el proceso constitucional de la resolución de conflictos constitucionales.

En tercer lugar, en la Ley Orgánica también se regula en forma detallada, el régimen general de la garantía judicial de los derechos fundamentales, regulándose los procesos constitucionales en materia de habeas corpus, habeas data y amparo, a cuyo efecto se deroga la Ley número 437-06 de Recurso de Amparo de fecha 30 de noviembre del año 2006.

En cuarto lugar, en la Ley Orgánica también se establecen algunas previsiones, aun cuando incompletas, relativas al control de constitucionalidad de las omisiones absolutas del Legislador.

Y en quinto lugar, también se establecen en la Ley Orgánica previsiones destinadas a regular la potestad del Tribunal Constitucional de revisión de sentencias en materia constitucional; y de conocer en segunda instancia de los casos de amparo, habeas corpus y habeas data vía un recurso de revisión.

B. El principio de la progresividad en materia de derechos fundamentales

En todos los procesos constitucionales que se regulan en la Ley Orgánica en los cuales esté en juego la protección de los derechos fundamentales, en la misma se ha establecido como principio rector que debe guiar los mismos, el principio de la progresividad o principio *pro homine*, que se denomina como principio de “favorabilidad” (art. 7.5), en el sentido de que se declara, primero, que “ninguna disposición de la presente ley puede ser interpretada en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales”; y segundo, que los jueces y funcionarios tienen el deber de interpretar y aplicar la Constitución y los derechos fundamentales de modo que se “optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental.” La consecuencia del principio es que “cuando exista conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad” debe prevalecer “la que sea más favorable al titular del derecho vulnerado,” agregándose que “Si una norma infraconstitucional es más favorable para el titular del derecho fundamental que las normas del bloque de constitucionalidad la primera se aplicará de forma complementaria, de manera tal que se asegure el máximo nivel de protección.”

C. Los principios rectores de carácter adjetivo del conjunto de procesos constitucionales

Respecto de todos estos procesos y procedimientos constitucionales, la Ley Orgánica, por otra parte, ha establecido en su artículo 7, un conjunto de principios rectores de carácter adjetivo, entre los cuales se destacan los siguientes:

En primer lugar, el principio de “accesibilidad” (art. 7.1), conforme al cual la jurisdicción debe estar “libre de obstáculos, impedimentos, formalismos o ritualismos que limiten irrazonablemente la accesibilidad y oportunidad de la justicia.”

En segundo lugar, el principio de la “celeridad” (art. 7.2), conforme al cual, “los procesos de justicia constitucional, en especial los de tutela de los derechos fundamentales deben resolverse dentro de los plazos constitucional y legalmente previstos y sin demora innecesaria.”

En tercer lugar, el principio de “informalidad” (art. 7.9), en el sentido de que los procesos y procedimientos constitucionales “deben estar exentos de formalismos o rigores innecesarios que afecten la tutela judicial efectiva.”

En cuarto lugar, el principio de la “gratuidad” (art. 7.6), precisando que “la justicia constitucional no está condicionada a sellos, fianzas o gastos de cualquier naturaleza que dificulten su acceso o efectividad y no está sujeta al pago de costas, salvo la excepción de inconstitucionalidad cuando aplique.”

En quinto lugar, el principio de la “inderogabilidad” (art. 7.8), disponiéndose que los procesos constitucionales “no se suspenden durante los estados de excepción y, en consecuencia, los actos adoptados que vulneren derechos protegidos o que afecten irrazonablemente derechos suspendidos, están sujetos al control jurisdiccional.”

Y en sexto lugar, el principio de la “supletoriedad” (art. 2.13), en el sentido de que para la solución de toda “imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad” de la Ley, se deben aplicar supletoriamente “los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y sólo subsidiariamente las normas procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.”

III. EL RÉGIMEN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ESTATALES

Como se dijo, el artículo 188 de la Constitución regula el “control difuso” de la constitucionalidad, al atribuir a los tribunales de la República competencia para conocer de la “excepción de constitucionalidad” en los asuntos sometidos a su conocimiento;” control que también podría consistir en un control de convencionalidad, en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano que, además, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado (art. 74.3).

Por ello, en el Considerando Octavo de la Ley Orgánica se definió el control difuso como el poder “otorgado a los tribunales del Poder Judicial, los cuales por disposición

de la propia normativa constitucional, tienen la facultad de revisar, en el marco de los procesos sometidos a su consideración, la constitucionalidad del ordenamiento jurídico dominicano;” habiéndose destinado los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica a regular, dentro de las modalidades de “control de constitucionalidad,” este control difuso de la constitucionalidad, conforme a las siguientes reglas:

En primer lugar, se trata de un control de la constitucionalidad que puede realizar “todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto” (art. 51)

En segundo lugar, es un control difuso de objeto amplio, en el sentido de que no sólo se establece respecto de las leyes, sino que procede respecto de tipo de acto estatal como una “ley, decreto, reglamento o acto” (art. 51). Es decir, ni en la Constitución ni en la Ley se establece que se trate exclusivamente de un control de constitucionalidad de las leyes ni siquiera de los actos normativos. Sin embargo, el control difuso no procede respecto de los Tratados internacionales una vez que se han reputado constitucionales por el Tribunal Constitucional, de manera que el artículo 57, Parágrafo Único de la Ley Orgánica dispone que luego de que hayan sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, “ello impide que posteriormente, el mismo sea cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional.”

En tercer lugar, la Ley Orgánica dispone que cuando ante un tribunal apoderado del fondo de un asunto “se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto,” dicho tribunal “tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso.”

En cuarto lugar, y contrariamente al sistema tradicional derivado del principio dispositivo, en el régimen de la República Dominicana revalorizándose el principio de la supremacía constitucional, se establece la posibilidad de que el control difuso de la constitucionalidad se pueda ejercer de oficio por todo juez o tribunal del Poder Judicial, en aquellas causas llamadas a su conocimiento. Se sigue aquí la misma orientación adoptada en el sistema venezolano, a cuyo efecto por una parte se define en la Ley Orgánica, como principio de “oficiosidad,” el que:

“Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o lo hayan sido erróneamente”(art. 2.4).

Y por la otra, el artículo 52 de la Ley Orgánica expresamente dispone que:

“El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento.”

En quinto lugar, cuanto se trate de una decisión que acepte la excepción de inconstitucionalidad y la consecuencia de la misma sea la desestimación de la acción, la sentencia dictada es entonces recurrible ante la instancia superior. En el caso de que la decisión judicial sea de rechazo de la excepción de inconstitucionalidad, en la Ley Orgánica se dispone que las mismas sólo pueden ser recurridas con la sentencia que recaiga sobre el fondo del asunto (art. 51, parágrafo único).

Debe mencionarse, por último, que en la versión inicial del Proyecto de Ley sometido al Senado por el Presidente de la República (art. 30.3) se buscaba regular expresamente los casos en los cuales dentro de los procesos judiciales, fuera la Suprema Corte de Justicia, o una de sus Salas, la que declarase en su sentencia, por vía de excepción, la inconstitucionalidad de una norma, en cuyo caso se proponía que la misma debía remitirse al Tribunal Constitucional para que éste se pronunciase de manera definitiva sobre la conformidad o no a la Constitución de la norma cuestionada, sin perjuicio de la autoridad de cosa juzgada en el caso. Esta propuesta, sin embargo, no fue acogida en el Proyecto aprobado en el Congreso. De haberlo sido, hubiera sido el único caso del ejercicio del control concentrado de constitucionalidad de las leyes y demás normas, por vía incidental, como consecuencia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de normas por la Corte Suprema.

IV. EL RÉGIMEN DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ESTATALES Y DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

1. La acción de inconstitucionalidad

El control concentrado de la constitucionalidad, como se dijo, en la Ley Orgánica y conforme a la Constitución, se atribuye al Tribunal Constitucional, el cual está definido como “el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad” (art. 1).

A tal efecto, y siguiendo lo previsto en la Constitución, en la Ley Orgánica se lo concibe como una institución autónoma de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado (art. 1), por lo cual los jueces integrantes del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad; no incurriendo en responsabilidad por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (art. 18). Por ello, el artículo 3 de la Ley Orgánica expresamente dispone que “en el cumplimiento de sus funciones como jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional solo se encuentra sometido a la Constitución, a las normas que integran el bloque de Constitucionalidad, a esta Ley Orgánica y a sus reglamentos.”

Conforme a la Constitución, en definitiva, el Tribunal Constitucional fue concebido “con el objetivo de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” (Considerando Sexto de la Ley), con la competencia para conocer “de los procesos previstos por el artículo 185 de la Constitución.”

A. La competencia del Tribunal Constitucional

a. La precisión del objeto de la acción de inconstitucionalidad

La competencia del Tribunal Constitucional en materia de control concentrado de la constitucionalidad está definida en la Ley Orgánica, en la Sección I (“Del control concentrado de constitucionalidad”) del Capítulo I (“Del control de constitucionalidad”)

del Título II (“De los procesos y procedimientos constitucionales”), estableciéndose que dicho control se ejerce mediante el conocimiento de “la acción directa de inconstitucionalidad” que puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional “contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma sustantiva.” (art. 36). Se entiende, por supuesto, que en esta expresión de infracción de “norma sustantiva” el artículo se está refiriendo a las infracciones constitucionales tal como se definen en el artículo 6 de la Ley Orgánica.

En el caso de los tratados internacionales, sin embargo, en la Ley Orgánica se dispone que los mismos, luego de que hayan sido objeto de control preventivo de constitucionalidad, y sean reputados como constitucionales, ello impide que los mismos pueden ser cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional (artículo 57, Párrafo único).

Ahora bien, con esta última excepción, se trata en general, de un control concentrado de constitucionalidad que se regula en la Ley en forma universal, que abarca materialmente todos los actos del Estado. Ello, sin duda, constituye una disidencia respecto de los sistemas de control concentrados de la constitucionalidad en el derecho comparado, cuyo objeto se limita normalmente a las leyes o demás actos de igual rango y valor (como los decretos leyes), así como respecto de actos de los órganos superiores del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como por ejemplo serían los *interna corporis* del Congreso, los actos de gobierno, como los que declaran los estados de excepción, o las resoluciones, por ejemplo dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Es cierto que el artículo 184 de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional competencia para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas;” pero también es cierto que la misma Constitución regula la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyendo a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos competencia para “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” (art. 165.2).

Por tanto, esta la Ley reguladora de la Jurisdicción Constitucional tendría que haber sido precisamente la que debía establecer con precisión el deslinde de su ámbito u objeto con relación al de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos jueces también son jueces constitucionales, no sólo cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad como cualquier juez en los casos que resuelven, sin cuando anulan actos administrativos por razones de inconstitucionalidad que es una forma de “contrariedad del derecho.”

En el caso de la República Dominicana, puede decirse que la Jurisdicción Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad; sino que lo que tiene es el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad de ciertos actos estatales, como las leyes y los demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución. El control concentrado de la constitucionalidad de los actos administrativos, en cambio, debe seguir bajo la competencia de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

b. El necesario deslinde entre el objeto de la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción contencioso administrativa

El necesario deslinde de estas competencias entre los tribunales de las dos Jurisdicciones, la Constitucional y la Contencioso Administrativa, deberá ser, sin duda, una de las tareas iniciales del Tribunal Constitucional, lo que deberá hacer, como ha ocurrido en general en el derecho comparado, basándose en la naturaleza de los actos impugnados y no en los motivos de impugnación. Para ello, insistimos, resultan fundamentales las previsiones de la Constitución.

En cuanto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los actos administrativos, o como lo dice el artículo 165,2 de la Constitución de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” por contrariedad al derecho, es decir, por vicios de inconstitucionalidad o de legalidad propiamente dicha. Por supuesto, la clave de esta norma está en determinar, primero, si los actos administrativos normativos, como los reglamentos, se consideran o no como actos administrativos; y además, segundo, si hay actos administrativos que puedan estar excluidos del control contencioso administrativo, lo que en principio parece no permitir la norma.

En cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la competencia del Tribunal Constitucional es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” tal como lo establece el artículo 185,2 de la Constitución. Ahora bien, es esta materia que el Tribunal Constitucional deberá interpretar la Constitución para distribuir la competencia entre ambas Jurisdicciones, pues si se atiene literalmente al texto, algunos “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” pueden ser considerados o contener actos administrativos, y otros no.

Es decir, en ausencia de una precisa determinación legal por el legislador, deberá ser el Tribunal Constitucional el que precise cuándo algunos “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” son meros actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y cuándo otros “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” no son actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción Constitucional; y la clave para ello no es otra que la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados (Kelsen, Merkl) de manera que llámense como se llamen los actos estatales, deberían estar sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, aquellos actos estatales, como lo son las leyes, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de previsiones constitucionales, con rango legal en la formación del orden jurídico. De resto, los otros actos estatales serían de rango sub-legal como los actos administrativos, dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y, por tanto, sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Esto implica que el criterio de distinción entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe establecerse con claridad con base en la naturaleza de los actos impugnados, independientemente de su denominación formal

o de su forma jurídica, y por supuesto, de ninguna manera con base en los motivos de impugnación, pues los motivos de inconstitucionalidad se pueden formular en ambas Jurisdicciones.

De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución el control de “legalidad” de los actos de la Administración Pública lo ejercen los tribunales, y en particular, los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que deben conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas “contrarias al Derecho” realizadas como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares (Artículo 165,2). Y “contrariedad al derecho” implica contrariedad a la Constitución y, además, a las leyes y demás fuentes de derecho, por lo que la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad, es una competencia exclusiva de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no puede corresponder a la Jurisdicción Constitucional.

Por tanto, como se dijo, frente a los “decretos, resoluciones y ordenanzas” debe precisarse si en cada caso se trata o no de actos administrativos, pues si se trata de actos administrativos, la competencia para conocer de su impugnación corresponde a los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún cuando los motivos de impugnación sean de inconstitucionalidad. Solo en el caso de los “reglamentos,” sin embargo, en particular los dictados por el Presidente de la República (Reglamentos Ejecutivos), aún tratándose de actos administrativos, en virtud de la mención expresa de la Constitución, podrían considerarse que como excepción, la competencia para conocer de su impugnación corresponde en forma exclusiva a la Jurisdicción Constitucional. Pero ello no debería aplicarse a reglamentos es decir, actos normativos dictados por otros funcionarios de la Administración.

En nuestro criterio, por ejemplo, la Ley Orgánica pudo haberse dispuesto, casuísticamente, que la acción directa de inconstitucionalidad podía ser interpuesta contra las leyes y resoluciones dictados por el Congreso Nacional; contra los reglamentos dictados por el Presidente de la República; contra los decretos ejecutivos y demás resoluciones emanados de los diversos órganos de los poderes públicos y dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluyendo las declaratorias de los estados de excepción; y contra las ordenanzas, como leyes locales municipales; siempre que no se trate de actos administrativos cuya impugnación debe realizarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En tal sentido, además, debería aclararse en todo caso, que los actos administrativos de efectos particulares solo pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún cuando el motivo de impugnación sea su inconstitucionalidad.

La redacción de los artículos 184 y 185.1 de la Constitución impone que se interprete la competencia de las dos Jurisdicciones en el sentido de que los actos llamados a ser impugnados ante el Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional), con excepción de los reglamentos, sólo deben ser los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; o en otros términos, que no debe proceder la impugnación ante la Jurisdicción Constitucional de los actos administrativos, los cuales sólo deben ser impugnados, conforme al artículo 165.2 de la Constitución, ante los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En la enumeración de actos estatales incluida en el artículo 36 de la Ley Orgánica, sin embargo, se sigue a la letra la misma que trae el artículo 185.1 de la Constitución, de la cual resulta, sin duda, unos actos estatales que definitivamente no son actos administrativos, como es el caso de las “leyes” y algunas “resoluciones” que dicta el Congreso Nacional o la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a los “reglamentos,” como se dijo, aún siendo actos administrativos, es la Constitución la que prevé su impugnación ante el Tribunal Constitucional, por lo que en ausencia de precisión legal, es el Tribunal Constitucional el llamado a determinar si se trata de cualquier reglamento o acto reglamentario o normativo (que son actos administrativos) o sólo de ciertos Reglamentos como los Reglamentos Ejecutivos, es decir, los dictados por el Presidente de la República conforme al artículo 128,1,b de la Constitución. Todos los otros actos administrativos reglamentarios dictados por cualquier otra autoridad administrativa nacional, provincial o municipal deberían ser impugnables ante los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto a los otros actos enumerados en la norma del artículo 36 de la Ley Orgánica, también deberá ser el Tribunal Constitucional el que determine en su jurisprudencia interpretativa cuáles se reservan al conocimiento de la Jurisdicción Constitucional, que deberían ser solo aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Ello será necesario, por ejemplo, en relación con los “Decretos” que debe presumirse que se refiere a los dictados por el Presidente de la República. Estos, en general, son actos administrativos (impugnables, por tanto, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa) excepto aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que serían los únicos que deberían ser impugnables ante la Jurisdicción Constitucional, como serían muchos de los dictados por el Presidente de la República como Jefe de Estado, por ejemplo, en materia de declaratoria de estados de excepción o estado de defensa nacional conforme al artículo 128,1 e y f de la Constitución, que serían lo que en otras latitudes se conocen como “actos de gobierno” impugnables ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las “Ordenanzas” debe observarse que en la Constitución esa palabra sólo se utiliza precisamente en el artículo 185.2, y no se la usa para calificar ningún acto estatal específico. En la terminología de otros países de América Latina, las Ordenanza serían las “leyes locales,” es decir, los actos normativos dictados por los Concejos Municipales autónomos, en las materias que la Constitución les asigna y reserva, que presumimos es el mismo sentido que tienen en la República Dominicana.

B. La legitimación activa para intentar la acción de inconstitucionalidad

El artículo 37 de la Ley Orgánica regula la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, distinguiendo dos supuestos distintos con criterios diferentes

a. Legitimación activa del Presidente de la República y de representantes de las Cámaras Legislativas

En primer lugar, se dispone que la acción directa en inconstitucionalidad puede ser interpuesta a instancia del Presidente de la República o de una tercera parte de los

miembros del Senado o de la Cámara de Diputados. En estos casos, la legitimación activa que se regula es específica, sin consideración alguna al interés que puedan tener dichos funcionarios en la impugnación.

b. Legitimación respecto de los ciudadanos: la exigencia de un interés legítimo y protegido

En segundo lugar, se establece en general que la acción de inconstitucionalidad puede ser impuesta por cualquier persona “con interés legítimo y jurídicamente protegido” (art. 37). En consecuencia, sea cual fuere la naturaleza del acto estatal objeto de la impugnación, es decir, trátese o no de un acto estatal de carácter normativo, la condición legal para intentar la acción de inconstitucionalidad es que sólo las personas afectadas por los mismos, y que por tanto, sean titulares de un “interés legítimo,” es decir, derivado de un título jurídico, y que se encuentre jurídicamente protegido, pueden interponerla.

En esta forma, se eliminó de la Ley Orgánica toda posibilidad de que la acción de inconstitucionalidad se pudiera configurar como una acción popular, que corresponde a todos los ciudadanos por el simple interés en la constitucionalidad, como existe en Colombia y Venezuela. A tal efecto, en el Proyecto enviado al Senado por el Presidente de la república en 2010 (art. 99), se disponía que frente a los actos normativos se presumía siempre que toda persona tenía un interés legítimo y jurídicamente protegido, con lo que la acción de inconstitucionalidad contra los actos normativos, se configuraba como una acción popular, pudiendo cualquier persona interponerla. No estableciéndose en el texto de la Ley Orgánica esta presunción legal, es forzado que se interprete que todo ciudadano siempre tiene “interés legítimo” en la constitucionalidad de los actos estatales, y que dado el principio constitucional de la supremacía, se presume que por ello ese interés en la constitucionalidad está “jurídicamente protegido.”

Nada se estableció expresamente en la Ley Orgánica sobre la posibilidad de acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra actos estatales que vulneren derechos colectivos y del medio ambiente o intereses colectivos y difusos, por lo que respecto de los mismos se aplica la misma regla del interés legítimo y jurídicamente protegido.

C. Los principios del procedimiento en el proceso constitucional de anulación

En cuanto al procedimiento en los procesos de control de constitucionalidad, la Ley Orgánica establece las siguientes reglas principales de procedimiento:

a. Escrito de la demanda

El escrito mediante el cual se interponga la acción de inconstitucionalidad debe ser presentado ante la Secretaría del Tribunal Constitucional, y en el mismo deben exponerse sus “fundamentos en forma clara y precisa, con cita concreta de las disposiciones constitucionales que se consideren infringidas” (art. 38).

b. Admisión de la acción

Si el Presidente del Tribunal Constitucional considera que se han cumplido los requisitos antes indicados, debe decidir sobre la admisión de la acción, debiendo en el auto de admisión de la acción, notificar el escrito al Procurador General República y a la autoridad de la que emane la norma o acto cuestionado, para que en el plazo de 30 días a partir de su recepción, manifiesten su opinión al respecto (art. 39). La falta de dictamen del Procurador o de las observaciones de la autoridad cuya norma o acto se cuestione no impide la tramitación y fallo de la acción en inconstitucionalidad (art. 39, Parágrafo único).

El Presidente del Tribunal debe igualmente en el mismo acto de admisión, disponer que un extracto de la acción que ha sido incoada se publique en el portal institucional del Tribunal y en cualquier otro medio que se estime pertinente (art. 40).

En el Proyecto de Ley Orgánica sometido por el Presidente de la República al Senado (art. 30.16), se había previsto que conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad, y mediante instancia separada, el accionante podía solicitar que mientras se decidiera la acción de inconstitucionalidad de la norma o acto impugnado, el Tribunal Constitucional podía disponer sobre la suspensión de sus efectos, hasta tanto dictara sentencia sobre la acción principal. Esta previsión fue eliminada al sancionarse la Ley Orgánica.

c. Audiencia oral

Una vez vencido el plazo antes indicado para la manifestación de la opinión del Procurador y de la autoridad de la que emane la norma o acto cuestionado, el Tribunal debe convocar a una audiencia oral y pública, a fin de que el accionante, dicha autoridad y el Procurador presenten sus conclusiones. La no comparecencia de las partes no impide el fallo de la acción en inconstitucionalidad (art. 41).

En esta forma, al eliminarse de la ley Orgánica la popularidad de la acción, se eliminó también del procedimiento la posibilidad de intervención de terceros como coadyuvantes en las alegaciones que pudieren justificar la procedencia o improcedencia de la inconstitucionalidad, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les pudiese interesar, tal como se había dispuesto en el Proyecto de ley Orgánica que el Presidente de la república sometió al Senado en 2010 (art. 29.4).

d. Informes técnicos

El Tribunal Constitucional puede requerir de instituciones públicas o privadas informes técnicos para mejor resolver en ocasión de una acción de inconstitucionalidad (art. 42).

e. Lapso de decisión

El Tribunal Constitucional debe resolver la acción de inconstitucionalidad dentro de un término máximo de cuatro (4) meses, a partir de la fecha en que concluya la vista. (art. 43).

D. Las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de control concentrado de constitucionalidad

La Ley Orgánica establece en el artículo 30, los siguientes tipos de tipos de sentencias en los procesos de control de constitucionalidad:

a. Sentencias desestimatorias o de denegación

En primer lugar, están las sentencias desestimatorias o de denegación de la acción en las cuales el Tribunal debe examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla.

Estas sentencias únicamente surten efecto entre las partes en el caso concreto y no producen cosa juzgada (art. 44).

b. Sentencias estimatorias y de anulación

En segundo lugar, están las sentencias estimatorias o de acogimiento de la acción, que declaran la inconstitucionalidad y que, en consecuencia, disponen la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados.

Estas sentencias producen cosa juzgada y eliminan la norma o acto del ordenamiento jurídico, lo que rige “a partir de la publicación de la sentencia” (art. 45). Esto significa que las sentencias anulatorias del Tribunal Constitucional tienen, en principio, efectos *pro futuro, ex nunc*; lo que se reafirma en el artículo 48 donde se afirma que “la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos inmediatos y para el porvenir.” Sin embargo, la norma autoriza por vía de excepción al Tribunal Constitucional para “reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones de acuerdo a las exigencias del caso.”

Estas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma o disposición general, deben declarar también la inconstitucionalidad de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra norma o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexidad, así como la de los actos de aplicación cuestionados (art. 46).

c. Sentencias interpretativas en armonía con la Constitución y de desestimación de la anulación

En tercer lugar, están las sentencias interpretativas de acuerdo con la Constitución y de desestimación de la anulación, sobre las cuales el artículo 47, dispone que el Tribunal Constitucional, en todos los casos que conozca, puede dictar “sentencias interpretativas de desestimación o rechazo que descartan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto impugnado, en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados.” Se trata de las sentencias de interpretación de la ley en armonía con la Constitución evitando su anulación.

d. Sentencias aditivas en los casos de estimación de la omisión legislativa relativa inconstitucional

En cuarto lugar, están las sentencias aditivas o exhortativas dictadas en los casos de control de la constitucionalidad de omisiones legislativas relativas. En tal sentido, el artículo 47.I dispone expresamente la posibilidad para el Tribunal Constitucional, al controlar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, de dictar sentencias interpretativas de estimación en las cuales se puede declarar expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte a su texto.

Puede tratarse de las llamadas sentencias interpretativas “aditivas,” que son las sentencias dictadas cuando el Tribunal considera inconstitucional una omisión legislativa relativa en el sentido amplio de “ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto,” interpretando la norma en el sentido de contener lo que conforme a la Constitución debía haberse previsto; o realizando una “interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado” para cubrir el vacío legislativo (art. 47.II).

E. El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional

Conforme a los principios establecidos en la Constitución (art. 184), las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad, son “definitivas e irrevocables,” constituyendo “precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y los órganos del Estado” (Considerando Séptimo de la ley Orgánica), lo que como se ha dicho se precisa en el artículo 7.13 la Ley Orgánica, y se reitera en el artículo 31 de la misma Ley Orgánica al disponerse que “las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.” Se prevé en la norma, sin embargo, que el Tribunal Constitucional puede resolver “apartándose de su precedente,” en cuyo caso debe expresar en los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión “las razones por las cuales ha variado su criterio (art. 31.I).

F. Algunas previsiones adjetivas en torno a las sentencias.

La Ley Orgánica, además, en torno a la sentencia, establece las siguientes provisiones generales de carácter adjetivo:

a. Notificación.

Una vez dictadas la sentencia, cualquiera que fuese su forma, se debe notificar siempre al Procurador General de la República, al accionante y “a las partes que hubieren intervenido” (art. 49), las que quedan reducidas a la autoridad o autoridades de las que emane la norma o acto cuestionado. Además, la Secretaría del Tribunal Constitucional la debe comunicar por nota a los funcionarios que conozcan del asunto principal y los de las demás partes, para que lo hagan constar en los autos, y debe publicar por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Constitucional así como en el portal institucional del

Tribunal (art. 49.I). La declaración de inconstitucionalidad se debe comunicar además, al Poder o Poderes, órganos o entidades que emitieron las normas o actos declarados inconstitucionales, así como, en su caso, “a los competentes para su corrección o conversión” (art. 49.II)

b. Publicación

El fallo debe publicarse íntegramente en el Boletín Constitucional, y reseñarse en un diario de circulación nacional y en las publicaciones oficiales de los textos a que pertenecían la norma o normas anuladas (art. 49.III).

A tal efecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica precisa que el Boletín Constitucional es el órgano de publicación oficial de los actos del Tribunal Constitucional, debiendo además tener el Tribunal su propio portal institucional.

c. Ejecución

El Tribunal Constitucional, además, puede disponer en la sentencia, o en actos posteriores, el responsable de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución (art. 50) conforme a lo dispuesto en el artículo 87 que regula los poderes del juez de amparo, conforme al cual, por tanto, el Tribunal Constitucional goza de los más amplios poderes para celebrar medidas de instrucción.

2. *El control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales*

Conforme al artículo 185.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer en única instancia, del “control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo,” razón por la cual en los artículos 55 y siguientes de la Ley Orgánica se regula el procedimiento constitucional, estableciéndose las siguientes reglas:

A. *Carácter automático del control*

En primer lugar, se ratifica el carácter preventivo y obligatorio o automático del control, al disponerse que “previo a su ratificación por el Congreso Nacional,” el Presidente de la República debe someter los tratados internacionales suscritos por la República al Tribunal Constitucional, “a fin de que éste ejerza sobre ellos el control previo de constitucionalidad” (55).

B. *Ámbito y competencia del Tribunal*

En segundo lugar, en cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional, el artículo 52 dispone que el mismo debe decidir “sobre la constitucionalidad o no de los tratados internacionales suscritos” dentro de los 30 días siguiente a su recibo, y, al hacerlo, el Tribunal debe indicar, si considerare que el Tratado es inconstitucional, “sobre cuales aspectos recae la inconstitucionalidad” así como las razones que fundamentan su decisión.

C. Efectos de las sentencias

En tercer lugar, en cuanto a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional también se dispone en la Ley Orgánica, por una parte, que la misma es vinculante para el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo (art. 57); y por la otra, en los casos en los cuales el tratado internacional sea reputado constitucional, la decisión impide que, posteriormente, el mismo tratado sea cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional (art. 57, Párrafo único).

D. Publicación de las sentencias

La decisión del Tribunal Constitucional sobre el control preventivo de los tratados, también debe publicarse por los medios oficiales del Tribunal Constitucional (art. 58), es decir, el Boletín Constitucional y el portal del Tribunal Constitucional (art. 4).

3. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativa absolutas

Es evidente que al atribuirle, el artículo 184 de la Constitución, al Tribunal Constitucional competencia “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales,” que frente a omisiones legislativas absolutas, el Tribunal tendría competencia para conocer de las denuncias que se formulen al respecto.

La Ley Orgánica, a tal efecto, reguló expresamente la posibilidad de intentar una acción autónoma de inconstitucionalidad contra las omisiones de las leyes (art. 36), considerando además las omisiones legislativas como infracciones constitucionales (art. 6).

La consecuencia de ello es la previsión en la Ley Orgánica, al regularse los tipos de sentencias que puede dictar el Tribunal, de las llamadas “sentencias exhortativas” en las cuales requiere o exhorta al legislador para dictar la normativa necesaria para cubrir un vacío legislativo absoluto. En tal sentido, en el artículo 47.III de la Ley Orgánica se incluyó la posibilidad para el Tribunal Constitucional de dictar en estos casos de omisiones legislativas “cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada” lo cual abre un campo muy amplio de justicia constitucional, por ejemplo, cuando en las sentencias exhortativas el Tribunal en su mismo texto se establece el régimen legal aplicable, de vigencia temporal hasta que debe regir hasta tanto el legislador dicte la legislación correspondiente.

4. El control de la constitucionalidad de los conflictos de competencia de orden constitucional

Conforme al artículo 185.3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer en única instancia de “los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares.”

A. Naturaleza constitucional del conflicto

Conforme al artículo 59 de la Ley Orgánica, este control es un control de constitucionalidad, por lo que los conflictos que el Tribunal Constitucional está llamado a resolver son sólo:

“los conflictos de competencia de orden constitucional entre los poderes del Estado, así como los que surjan entre cualesquiera de estos poderes, y entes órganos constitucionales, entidades descentralizadas y autónomas, los municipios u otras personas de Derecho Público, o los de cualesquiera de éstas entre sí, salvo aquellos conflictos que sean de la competencia de otras jurisdicciones en virtud de la Constitución o leyes especiales” (art. 59).

Por tanto, conflictos meramente administrativos entre órganos o entidades de la Administración sobre competencias no reguladas en la Constitución, se deben someter, por ejemplo, al conocimiento de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

B. Legitimación

En cuanto a la iniciativa para plantear el conflicto constitucional, la Ley Orgánica dispone que el mismo debe ser planteado “por el titular de cualquiera de los poderes del Estado, órganos o entidades en conflicto,” quien debe enviar a la Secretaría del Tribunal Constitucional, “un memorial con una exposición precisa de todas las razones jurídicas en que se fundamente el hecho en cuestión” (art. 60).

C. Audiencia

En cuanto al procedimiento, se dispone en la Ley Orgánica que el Presidente del Tribunal debe dar audiencia al titular del otro poder, órgano o entidad por un plazo improrrogable de 30 días, a partir de la recepción del memorial (art. 61).

D. Sentencia

Una vez cumplido el lapso antes mencionado para la audiencia, aunque no se hubiere contestado la audiencia, el Tribunal debe resolver el conflicto dentro de los siguientes 60 días, salvo que se considere indispensable practicar alguna prueba, en cuyo caso dicho plazo se contará a partir del momento en que ésta se haya practicado (art. 62). Por supuesto, en este caso, como en todas las sentencias del Tribunal Constitucional, la misma se considera como precedente vinculante.

V. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución de 2010 establece, como principio general, en su artículo 277, que todas las decisiones judiciales que hubieran adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en ejercicio del control directo de la

constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la Constitución (enero 2010), no pueden ser examinadas por el Tribunal Constitucional.

En cambio, dispuso la norma en relación con las sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, que las mismas están “sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia.”

Se estableció así, indirectamente, la posibilidad para el Tribunal Constitucional de revisar sentencias definitivamente firmes por motivos de inconstitucionalidad.

1. Previsión legal

Fue por tanto conforme a esta autorización constitucional que en la Ley Orgánica se ha previsto un procedimiento para la “revisión constitucional de las decisiones constitucionales,” conforme al cual, tal como lo dispone el artículo 53, el Tribunal Constitucional tiene “la potestad de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha de proclamación y entrada en vigencia de la Constitución,” en las cuales se haya resuelto alguna cuestión constitucional.

El fundamento de este procedimiento de revisión constitucional de sentencias constitucionales, se expresó en los Considerandos Noveno y Décimo de la ley Orgánica, al declarar lo siguiente:

“Considerando Noveno: Que se hace necesario establecer un mecanismo jurisdiccional a través del cual se garantice la coherencia y unidad de la jurisprudencia constitucional, siempre evitando la utilización de los mismos en perjuicio del debido proceso y la seguridad jurídica;

Considerando Décimo: Que en tal virtud, el artículo 277 de la Constitución de la República atribuyó a la ley la potestad de establecer las disposiciones necesarias para asegurar la adecuada protección y armonización de los bienes jurídicos envueltos en la sinergia institucional que debe darse entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, tales como la independencia judicial, la seguridad jurídica derivada de la adquisición de la autoridad de cosa juzgada y la necesidad de asegurar el establecimiento de criterios uniformes que garanticen en un grado máximo la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales.”

2. Supuestos de decisiones judiciales sujetas a revisión constitucional

De acuerdo con estas declaraciones y con el mismo artículo 53 de la Ley Orgánica que está destinado a regular la “revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales,” sujeto a la limitación temporal antes mencionada así como al carácter de sentencia que ha adquirido autoridad de cosa irrevocablemente juzgada, la revisión procede respecto de las siguientes:

A. Sentencias dictadas en materia de control difuso de la constitucionalidad

En primer lugar, cuando se trate de decisiones judiciales que “declaren inaplicables por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza,” en un caso

concreto, es decir, en los casos sentencias en las cuales se ejerza el control difuso de la constitucionalidad.

B. Sentencias que violen un precedente del Tribunal Constitucional

En segundo lugar, cuando se trate de decisiones judiciales en las cuales se “viole un precedente del Tribunal Constitucional.”

Siendo las sentencias del Tribunal Constitucional precedentes vinculantes, cuando una decisión judicial viole tal precedente su revisión constitucional.

C. Sentencias que violen derechos fundamentales

En tercer lugar, cuando se trate de sentencias en las cuales “se haya producido una violación de un derecho fundamental,” siempre que concurran y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a. Que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación haya tomado conocimiento de la misma;
- b. Que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada; y
- c. Que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar.

Debe mencionarse que en este tercer supuesto de revisión constitucional de sentencias, conforme al Párrafo único del artículo 53, la revisión sólo es admisible por el Tribunal Constitucional cuando éste considere “que, en razón de su especial trascendencia o relevancia constitucional, el contenido del recurso de revisión justifique un examen y una decisión sobre el asunto planteado.” En estos casos, el Tribunal siempre debe motivar su decisión, lo que se ratifica en el artículo 31, Párrafo II, al indicar en general que “en los casos en los cuales esta ley establezca el requisito de la relevancia o trascendencia constitucional como condición de recibibilidad de la acción o recurso, el Tribunal debe hacer constar en su decisión los motivos que justifican la admisión.”

D. Sentencias de amparo constitucional

En cuarto lugar, debe mencionarse en materia de las sentencias constitucionales sujetas a revisión por el Tribunal Constitucional, que también estarían las sentencias de amparo, aún cuando la revisión en este caso no se produzca mediante el recurso previsto en los artículos 53 y siguientes de la Ley Orgánica, sino mediante el recurso de revisión establecido en los artículos 94 y siguientes de la misma Ley Orgánica.

En estos casos, ciertamente, se regula la competencia del Tribunal Constitucional para conocer en segunda instancia (revisión o apelación) de las sentencias de primera instancia dictadas en materia de amparo, y si bien la revisión no es, por tanto, en principio, sólo de orden constitucional, pues comprende el conocimiento de la causa, uno de los motivos fundamentales de revisión es de tipo constitucional al punto de que se establece

como requisito de admisibilidad del recurso de revisión, a la existencia de una “especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales” (art. 100).

2. Legitimación activa

Aún cuando la Ley Orgánica no estableció expresamente las condiciones de legitimación para intentar el recurso, se entiende que la misma corresponde a quienes hayan sido parte en el proceso jurisdiccional correspondiente.

3. Normas generales de procedimiento

El artículo 54 de la Ley Orgánica establece las siguientes normas básicas de procedimiento a seguir en materia de revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales:

A. Lapso para recurrir y escrito del recurso.

El recurso de revisión constitucional debe interponerse mediante escrito motivado que debe ser depositado en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia recurrida, en un plazo no mayor de treinta días a partir de la notificación de la sentencia (art. 54.1).

B. Notificación a las partes y escrito de defensa

El escrito contentivo del recurso debe ser notificado a las partes que participaron en el proceso resuelto mediante la sentencia recurrida, en un plazo no mayor de cinco días a partir de la fecha de su depósito (art. 54.2).

La otra parte del proceso, o “el recurrido” debe depositar el escrito de defensa en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia, en un plazo no mayor de treinta días a partir de la fecha de la notificación del recurso. Este escrito de defensa debe ser notificado “al recurrente” en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su depósito (art. 54.3).

C. Remisión del expediente al Tribunal Constitucional y la decisión sobre la admisibilidad

El tribunal que dictó la sentencia recurrida debe remitir a la Secretaría del Tribunal Constitucional copia certificada de la misma, así como de los escritos correspondientes presentados por las partes en un plazo no mayor de diez días contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo para el depósito del escrito de defensa. Las partes ligadas en el diferendo pueden diligenciar la tramitación de los documentos anteriormente indicados, en interés de que la revisión sea conocida, con la celeridad que requiere el control de la constitucionalidad (art. 54.4).

El recurso de revisión no tiene efecto suspensivo, salvo que, a petición, debidamente motivada, de parte interesada, el Tribunal Constitucional disponga expresamente lo contrario (art. 54.8)

Una vez recibidos los recaudos en el Tribunal Constitucional, el mismo tiene un plazo no mayor de 30 días, a partir de la fecha de la recepción del expediente, para decidir sobre la admisibilidad del recurso, estando obligado a motivar su decisión “en caso de que decida admitirlo” (art. 54.5).

D. La sentencia de revisión y su efecto

El Tribunal Constitucional debe realizar la revisión en “Cámara de Consejo, sin necesidad de celebrar audiencia” (art. 54.6), debiendo dictar sentencia de revisión en un plazo no mayor de 90 días contados a partir de la fecha de la decisión sobre la admisibilidad del recurso (art. 54.7).

La decisión del Tribunal Constitucional que acogiere el recurso, debe anular la sentencia objeto del mismo y el Tribunal Constitucional debe devolver el expediente a la secretaría del tribunal que la dictó (art. 54.9).

E. La nueva decisión judicial

Con motivo de la devolución del expediente al tribunal que dictó la sentencia recurrida, este deberá conocerá nuevamente del caso, con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación del derecho fundamental violado o a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa (art. 54.10).

VI. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se dijo, de acuerdo con el artículo 94 de la Ley Orgánica, los procesos de amparo se desarrollan en dos instancias, siendo la segunda instancia el Tribunal Constitucional, razón por la cual, “todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión por ante el Tribunal Constitucional.” En consecuencia, ningún otro recurso es posible, salvo la tercería, en cuyo caso debe procederse “con arreglo a lo que establece el derecho común” (art. 94, Párrafo único).

1. Escrito de interposición del recurso

El recurso de revisión de las sentencias de amparo se debe interponer mediante escrito motivado que debe ser depositado en la secretaría del juez o tribunal que rindió la sentencia, en un plazo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de su notificación (art. 95).

Dicho escrito debe contener las menciones exigidas para la interposición de la acción de amparo, haciéndose constar además de forma clara y precisa los agravios causados por la decisión impugnada (art. 96).

2. Notificación y escrito de defensa

El recurso de revisión interpuesto debe ser notificado a las demás partes en el proceso, junto con las pruebas anexas, en un plazo no mayor de cinco (5) días (art. 97); de manera que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de dicha notificación del recurso, las demás partes en el proceso deben depositar en la secretaría del juez o tribunal que rindió la sentencia, su escrito de defensa, junto con las pruebas que lo avalan (art. 98).

3. Remisión al Tribunal Constitucional y requisitos de admisibilidad vinculados a la trascendencia constitucional de la cuestión

Al vencerse el plazo para la presentación del escrito de defensa, la secretaría de juez o tribunal debe remitir sin demora el expediente conformado al Tribunal Constitucional (art. 99), a los efectos de que este decida sobre la admisibilidad del recurso.

Se destaca, a este respecto, que la admisibilidad de los recursos de revisión contra las sentencias de amparo es limitada, sólo cuando existan cuestiones constitucionales, y más específicamente, cuando haya “especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada,” lo cual se debe apreciar por el Tribunal Constitucional, “atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales” (art. 100).

4. Audiencia y sentencia

En el curso del procedimiento que se sigue ante el Tribunal Constitucional, la posibilidad de convocar a una audiencia pública para una mejor sustanciación del caso, queda a juicio del Tribunal Constitucional, si “lo considera necesario” (art. 101).

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de revisión de las sentencias de amparo debe pronunciarse dentro del plazo máximo de 30 días que sigan a la recepción de las actuaciones (art. 102).

Santo Domingo, 3 de marzo de 2011

XIX

LOS ACTOS ESTATALES SUJETOS AL CONTROL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA, Y EL NECESARIO DESLINDE ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA^{1*}

Publicado en *Anuario 2012. Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Santo Domingo, República Dominicana 2013, pp. 185-214.

I. SOBRE EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

La consecuencia fundamental de los principios de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad que derivan del texto de la Constitución de la República Dominicana,² es que todos los actos estatales están sometidos a control jurisdiccional, no existiendo en el ordenamiento jurídico dominicano actos estatales excluidos de dicho control judicial. De allí que dentro del marco constitucional del derecho público dominicano también se identifique el principio de la universalidad del control de los actos estatales por parte de los órganos del Poder Judicial.

Por ello, dejando aparte el control judicial que se ejerce sobre los actos judiciales (sistemas procesales de apelación, revisión y casación, art. 154, Constitución), los demás actos estatales están sujetos al control judicial por parte de los jueces competentes para ejercer tanto la justicia constitucional como la justicia contencioso administrativa.

¹ * Trabajo preparado para el Anuario del Tribunal Constitucional, República Dominicana.

² Véase lo expuesto en nuestro estudio Allan R. Brewer-Carías, “Las bases constitucionales del derecho administrativo en la República Dominicana,” Ponencia para el Congreso Internacional de Derecho Administrativo con ocasión del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 12 de septiembre de 2012.

1. El control de la constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional)

En cuanto al sistema de justicia constitucional en República Dominicana el mismo tiene por objeto asegurar la supremacía normativa de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, y está concebido como un sistema mixto, en el cual: (i) el control difuso de la constitucionalidad se atribuye a todos los tribunales de la República con competencia para declarar los actos estatales normativos inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188); (ii) el control concentrado de constitucionalidad se atribuye al Tribunal Constitucional con competencia para anular ciertos actos estatales violatorios de la Constitución, (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas) con efectos *erga omnes*. (art. 184); y (iii) la protección de los derechos fundamentales se atribuye mediante las acciones de amparo, habeas corpus y habeas data, a todos los tribunales de la República (art. 70-72), con el objeto específico de asegurar la vigencia de la parte dogmática de la Constitución, es decir, de los derechos fundamentales declarados en el texto constitucional, y además, de los declarados en los tratados internacionales de derechos humanos, a los que se otorga rango constitucional (art. 74,3).

Ahora bien, en cuanto al método difuso de control de constitucionalidad como poder atribuido a todos los jueces para poder decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley o norma que deba aplicarse en un caso concreto, desaplicándola y aplicando preferentemente la Constitución (art. 188), responde al principio de la garantía objetiva de la supremacía de la Constitución. Conforme al mismo, todo acto contrario a la Constitución debe considerarse inconstitucional; y todos los jueces tienen el poder-deber de apreciar dicha inconstitucionalidad. Ello es la consecuencia lógica de considerar a la Constitución como “norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico” (art. 6).

Este método difuso de control de la constitucionalidad se caracteriza por ser de carácter incidental, en el sentido de que se ejerce por el juez al decidirse un caso concreto, como poder que incluso, en algunos países, puede ejercer cualquier juez de oficio. En la República Dominicana, la Constitución habla de excepción de constitucionalidad (art. 188) que el juez debe decidir, con efectos *inter partes* y meramente declarativos. El juez, en estos casos, nunca anula la ley, sólo la considera nula y la desaplica, por lo que la decisión tiene efectos *ex tunc, pro praeterito*.

La eventual falta de uniformidad que pueda resultar del ejercicio del control difuso de constitucionalidad, se resuelve en la Constitución al atribuirse al Tribunal Constitucional competencia, en paralelo, para ejercer el método concentrado de control de constitucionalidad de ciertos estatales (fundamentalmente los normativos: leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), que se entiende son dictados en ejecución directa de la Constitución, adoptando para tal fin decisiones de carácter vinculante, es decir, que se considera que “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado” (art. 184).

En cuanto a este control concentrado de la constitucionalidad, fundamentalmente está dirigido a asegurar, frente a los actos estatales, no sólo la efectiva vigencia de la parte dogmática de la Constitución, sino básicamente de su parte orgánica construida sobre la base de los principios de la separación orgánica de los poderes públicos y de su distribución territorial. Precisamente para ello, a los efectos de velar por el respeto del principio de la separación de poderes, en la República Dominicana, el Tribunal Constitucional, además de la competencia para anular actos estatales, tiene competencia para resolver los “conflictos de competencia” entre los poderes públicos (art. 185,3), básicamente, entre los poderes Legislativo y Ejecutivo y, además, respecto de los otros órganos constitucionales con autonomía funcional, de manera que todos actúen conforme a los poderes atribuidos en la Constitución, sancionando toda usurpación, por inconstitucionalidad.

Además, corresponde al Tribunal Constitucional, mantener el principio de la distribución territorial del poder que establece la Constitución conforme al esquema de descentralización política adoptado, haciendo respetar la autonomía de las entidades municipales que están constitucionalmente establecidas. En el caso de los Municipios que en República Dominicana se dotan de autonomía (art. 199), los conflictos de competencia de rango constitucional también caerían bajo la competencia del Tribunal Constitucional.

Por último, también podría formar parte del objeto del control judicial de la constitucionalidad el velar por el mantenimiento del régimen político democrático, de manera de asegurar que no se rompa; sancionando cualquier actuación que sea contraria a los valores de la democracia que establece la Constitución; por ejemplo, cuando la Constitución dispone que la actuación de los partidos debe realizarse “con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución (art. 216).

El método concentrado de control de constitucionalidad, a diferencia del método difuso, se ejerce en un proceso que se desarrolla ante el Tribunal Constitucional en el cual su objeto principal es, precisamente, la decisión sobre la inconstitucionalidad de un acto estatal (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), la cual cuando declara con lugar la acción respectiva, consiste en una decisión anulatoria del mismo, con efectos generales, *erga omnes*, y en general *ex nunc*, es decir *pro futuro* teniendo la decisión en consecuencia, carácter constitutivo. Este control está concebido en la Constitución en general como un control posterior, respecto de actos estatales vigentes, aún cuando se regula también como control previo respecto de” los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo” (art. 185,2).

Ahora bien, en el marco de este panorama constitucional, puede decirse que en República Dominicana, la justicia constitucional no se concentra en un solo órgano judicial como el Tribunal Constitucional y que conforma la Jurisdicción Constitucional. Se distinguen así, las nociones de “justicia constitucional” y de “Jurisdicción Constitucional,” de manera que esta última como noción orgánica, identifica un órgano judicial (el Tribunal Constitucional) que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales generalmente de ejecución inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios de las mismas; pero el cual no tiene el monopolio de la “justicia constitucional.” Por ello, la noción de “justicia constitucional,” como noción material

equiparable a “control de constitucionalidad,” se ejerce, además de por la Jurisdicción Constitucional, por todos los jueces u órganos jurisdiccionales mediante el método difuso de control de constitucionalidad.

Por ello, en la Constitución, además de crearse el Tribunal Constitucional como “Jurisdicción Constitucional,” se regulan las competencias en materia de justicia constitucional que ejercen los demás tribunales cuando conocen de las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data; cuando ejercen el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes,³ o cuando ejercen el control contencioso administrativo.

2. El control de la contrariedad al derecho de los actos administrativos (Jurisdicción contencioso administrativa)

Pero en paralelo al sistema de justicia constitucional, en la Constitución de la República Dominicana, a los efectos de asegurar la sumisión y conformidad al derecho de los reglamentos y demás actos administrativos conforme al principio de la legalidad que deriva del Estado de Derecho, también se ha previsto la garantía judicial específica respecto de los mismos a cargo de los tribunales de la Jurisdicción contencioso administrativa, es decir, del conjunto de órganos judiciales encargados de controlar la legalidad y la legitimidad de las actuaciones de la Administración, tanto por sus actos, omisiones y en general la actividad administrativa, como por las relaciones jurídico-administrativas en las cuales aquélla interviene⁴. La norma fundamental que constitucionaliza esta Jurisdicción en la República Dominicana está contenida en el artículo 165.2 de la Constitución, la cual atribuye a los tribunales de la misma competencia para:

“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...(..)”

El efecto inmediato de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta norma, en mi criterio, se manifiesta en los siguientes cuatro aspectos:⁵

En *primer* lugar, en la *universalidad del control* que la Constitución regula respecto de los actos administrativos, es decir, de los “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” en el sentido, de que todos,

³ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011), en VII Encuentro Iberoamericano de derecho procesal Constitucional, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Santo Domingo 2011, Tomo I, pp. 285-330; “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (marzo, 2011), en Revista de Derecho Público, No. 125, (enero-marzo 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 71-97. véase igualmente en Estudios Constitucionales, No. 9, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, pp. 303-338, y en http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_9_1_2011/14.%20EL%20SISTEMA_BREWER-CARIAS.pdf

⁴ Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pp. 295 y ss.

⁵ .Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993.

absolutamente todos los actos administrativos pueden ser sometidos a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, sea cual sea el motivo de la misma: inconstitucionalidad o ilegalidad en sentido estricto. La Constitución no admite excepciones, y “contrarios a derecho” es una enunciación general que precisamente evita enumeraciones que podrían ser peligrosas al dejar fuera de control algunos actos administrativos. Como en definitiva lo ha decidido el Tribunal Constitucional,

“cuando el artículo 165.2 de la Constitución emplea la denominación “contrariedad al derecho” ello implica contrariedad a la Constitución y, además, a las leyes y demás fuentes de derecho, por lo que la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad, es una competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y no puede corresponder a la jurisdicción constitucional.”⁶

Por tanto, la intención de la norma del artículo 165.2 fue la de que todos los actos administrativos, por cualquier motivo de impugnación que fuese, por contrariedad al derecho, pueden ser controlados por los Tribunales que conforman la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ello, por supuesto, trae como consecuencia fundamental que cualquier exclusión de control respecto de actos administrativos específicos sería inconstitucional, sea que dicha exclusión se haga por vía de ley o por las propias decisiones de los Tribunales

A los efectos de asegurar la universalidad del control contencioso administrativo, en general en el derecho comparado han sido los propios órganos de la jurisdicción contencioso administrativa los que han ido ampliando el concepto de acto administrativo, a los efectos de asegurar que todo acto administrativo pueda ser objeto de control judicial, de manera que no haya actos administrativos que queden excluidos de control. Es la tendencia a la universalidad del control que hemos destacado en otro lugar,⁷ lo que ha permitido, como hemos señalado, someter a control de legalidad y constitucionalidad a los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas no sólo en ejercicio de la función administrativa, sino en función normativa y jurisdiccional, así como los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado distintos a la Administración Pública, y por entes de derecho privado o de derecho público no estatales, y por particulares dictados en función normativa o administrativa.⁸

En *segundo* lugar y como consecuencia de esta tendencia hacia la universalidad del control, está el elenco de *recursos y acciones* puestos a disposición de los particulares para acceder a la justicia contencioso administrativa que, por supuesto, además (i) del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos

⁶ Sentencia TC/0073/12 de 29 de noviembre de 2012, en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200073-12%20C.pdf>. En igual sentido véase sentencia TC/0073/12 de 29-11-2012 en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200073-12%20C.pdf>

⁷ Véase Allan R. Brewer Carías, “La universalidad del control contencioso administrativo” en Libro de la Amistad en Homenaje a Enrique Pérez Olivares, Caracas 1992, pp. 203-226; y en *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 19 y ss.

⁸ Véase Allan R. Brewer Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit, pp. 25 y ss.

particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pre-tensión de amparo constitucional, comprende (ii) el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; (iii) el conjunto de demandas contra los entes públicos; y (iv) las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado.

Pero en *tercer lugar*, la importancia de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, del control judicial de constitucionalidad y legalidad de todos los actos administrativos, está en que no sólo la norma constitucional del artículo 165.2 persigue una asignación de competencias a unos órganos judiciales, sino en que consagra un *derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración*, en el sentido de lo establecido en el artículo 69 de la propia Constitución. En esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se configura constitucionalmente como un instrumento procesal de protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares. De allí la ratificación del principio de la universalidad del control, en el sentido de que tratándose de un derecho constitucional al mismo, no podría el Legislador excluir de control a determinados actos administrativos. Por otra parte, tratándose de un derecho fundamental al control, en la relación privilegios estatales-libertad ciudadana, esta última debe prevalecer.

Además, en *cuarto lugar*, la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación al juez contencioso-administrativo de *amplísimos* poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración. Por ello, el juez contencioso-administrativo tiene competencia no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para resolver “las acciones contencioso administrativas que nazcan de los conflictos surgidos entre la Administración Pública y sus funcionarios y empleados civiles” (art. 165.3); lo que le permite condenar a la Administración o a los funcionarios al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de los mismos, y además, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa.

3. La distinción entre el control que ejerce la Jurisdicción Constitucional y el control que ejerce la Jurisdicción contencioso administrativa

Ahora bien, el establecimiento paralelo de un sistema de control judicial de conformidad con el derecho de los actos estatales, atribuido en la República Dominicana, por una parte, a la Jurisdicción Constitucional para el control de constitucionalidad de ciertos actos estatales, y por la otra, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para el control de conformidad con el derecho de los actos administrativos, impone la realización de la tarea fundamental consistente en establecer una clara distinción entre ambas Jurisdicciones. Esta, en el caso de la República Dominicana como es en general en el derecho comparado, se ha establecido en la Constitución en relación con los actos

impugnados y no en relación con los motivos de impugnación, en el sentido de que la Jurisdicción Constitucional no es la única que controla la constitucionalidad de los actos estatales pues la Jurisdicción Contencioso Administrativa también controla la constitucionalidad de los actos estatales. En ambos casos, los tribunales actúan como juez constitucional, y lo que las diferencia es el objeto del control, es decir, los actos estatales sometidos a control en una y otra.

Para establecer la diferencia mencionada, sin duda resultan fundamentales las previsiones de la Constitución. En cuanto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los actos administrativos, o como lo dice el artículo 165.2 de la Constitución, de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares;” y por “contrariedad al derecho” ha de entenderse tanto por vicios de inconstitucionalidad como por vicios de legalidad propiamente dicha. Por supuesto, la clave de esta norma está en determinar primero, que los actos administrativos normativos, como los reglamentos, son actos administrativos; y además, segundo, que no hay actos administrativos que estén excluidos del control contencioso administrativo. El control de la conformidad al derecho por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por tanto, se refiere a los actos administrativos, cualquiera que sea la “forma” jurídica que revistan y el órgano estatal que los dicte, incluidos en ellos decretos, reglamentos y resoluciones, siempre que sean de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución de competencias atribuidas por las leyes o de normas infraconstitucionales.

En consecuencia, por ejemplo, como lo resolvió el Tribunal Constitucional, un acto administrativo contenido en un Oficio (en el caso, el Oficio ALM-AU No. 0082/2010, de 22-09-2010) emitido por la Dirección General de Impuestos Internos, no correspondía ser juzgado por inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, pues se trataba de un acto que tenía el “carácter de puro acto administrativo con efectos particulares, pues el funcionario público que suscribe el oficio impugnado arguye la potestad que le confiere la Ley No. 11-92 para reclamar el pago del ITBIS, por lo que se trata más bien de una situación litigiosa sujeta a un control de legalidad tributaria y cuya competencia corresponde a las jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 165.2 de la Ley Sustantiva.”⁹

En cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la competencia del Tribunal Constitucional es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” tal como lo establece el artículo 185,2 de la Constitución, lo cual sólo se refiere a aquellos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y que pueden considerarse en general como de rango legal, por ejecutar directamente el texto constitucional. El objeto del control por el Tribunal Constitucional en este caso, y por motivos de inconstitucionalidad, es sólo de ciertos actos estatales en el sentido de que no puede ser de todos los

⁹ Sentencia TC/0051/12 de 19-10-2012, en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200051-12%20C.pdf>. Véase la crítica a dicha sentencia, que no compartimos, formulada por el profesor Jorge Prats, “La acción de inconstitucionalidad entró en coma,” en Hoy, Santo Domingo, 9-11-2012, p. 10A

“decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” aún cuando sean actos administrativos, pues ello dejaría sin buena parte de su competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e implicaría reducir “contrariedad al derecho” a lo que sea sólo contrario a la ley o a la legalidad, lo que no se ajustaría a la Constitución.

Sin duda, como lo observamos en 2011 apenas la Ley de Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales salió publicada:

“será la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la que irá determinando cuáles “decretos, reglamentos, resoluciones,” son actos administrativos y por tanto sujetos al control de la Jurisdicción contencioso administrativa; y cuáles otros “decretos, reglamentos, resoluciones” no son actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción constitucional.”¹⁰

Y la clave para establecer dicha distinción no es otra que la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados,¹¹ de manera que llámense como se llamen los diversos actos estatales, los que deben estar sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional son las leyes nacionales y las ordenanzas municipales, y todos los demás actos estatales, llámense “decretos, reglamentos o resoluciones,” siempre que los mismos sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. De resto, los otros actos estatales, llámense igualmente “decretos, reglamentos o resoluciones,” serían actos administrativos dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y, por tanto, sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN DEL PROYECTO DE REGULACIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (MARZO 2010)

Con ocasión de la elaboración del proyecto de Ley de Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, en marzo de 2010, formulé los siguientes comentarios:¹²

1. *Apreciación general*

Sobre el sistema de justicia constitucional en la República Dominicana formulamos la siguiente apreciación general:

“1. El sistema de justicia constitucional concebido en la Constitución de la República Dominicana, sigue las características del sistema mixto o integral adoptado en otros países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y México, en el cual se combina el control difuso de la constitucionalidad de las leyes cuyo ejercicio corresponde a todos los

¹⁰ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011), en VII Encuentro Iberoamericano de derecho procesal Constitucional, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Santo Domingo 2011, Tomo I, pp. 285-330.

¹¹ Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993.

¹² Memorandum de fecha 10 de marzo de 2010 dirigido a los profesores Eduardo Jorge Pratt y Olivo Rodríguez.

jueces, con el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales atribuido a un Tribunal Constitucional, como Jurisdicción Constitucional. Ello implica la necesidad de delimitar conceptual y jurídicamente la expresión “justicia constitucional” de la expresión “Jurisdicción Constitucional,” ya que no son lo mismo, ni su significado es equivalente.

2. Es en el marco de este sistema mixto o integral que debe concebirse la Ley que, por tanto más que una Ley “del Tribunal Constitucional,” es una Ley que lo que regula es el sistema de justicia constitucional en la República Dominicana, uno de cuyos componentes es la Jurisdicción Constitucional atribuida al Tribunal Constitucional. Por ello estimo que debería revisarse el nombre de la Ley, y pensarse más en una “Ley de la Justicia Constitucional.” Ello implicaría la necesidad de abrir el Proyecto con algunas Disposiciones Generales donde se establezca el marco del sistema mixto, con previsiones generales sobre el método difuso y el método concentrado.

3. Siendo un sistema mixto o integral el establecido en la Constitución, no pueden incorporarse al Proyecto, previsiones que en otros sistemas, como los europeos, son propios de los sistemas exclusivamente concentrados, como sería el control concentrado por vía incidental que se ha incorporado en el Proyecto. Este es totalmente compatible con el control, difuso: si el juez ordinario puede decidir sobre la constitucionalidad de una ley aplicable al caso, declarando su inaplicabilidad, es contradictorio excusarlo que decida lo que debe decidir para el caso concreto, y abrir una incidencia ante el Tribunal Constitucional para resolver allí la inconstitucionalidad en forma general.

4. Por otra parte, la decisión de establecer una Jurisdicción Constitucional atribuida a un Tribunal Constitucional, impone la necesidad de delimitar, con precisión, su ámbito del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos jueces también son jueces constitucionales, no sólo cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad como cualquier juez, sin cuando anulan actos administrativos por razones de inconstitucionalidad que es una forma de contrariedad del derecho. En el caso de la República Dominicana, la Jurisdicción Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad; lo que tiene es el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad de ciertos actos estatales, las leyes y los demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución. El control concentrado de la constitucionalidad de los actos administrativos debe seguir en manos de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Lo que tendría el Tribunal Constitucional es un recurso último de revisión respecto de todas las sentencias “constitucionales” que se dicten.”

2. El universo del control judicial de la constitucionalidad

Sobre el tema del universo del control de constitucionalidad formulamos el siguiente comentario general:

“Estamos en presencia de una *Ley de Procesos Constitucionales*, de una *Ley de Control de Constitucionalidad* o de una *Ley de la Justicia Constitucional*, que se refiere al universo del control judicial de la constitucionalidad de los actos del Estado, que se puede determinar tomando en cuenta los siguientes elementos que se aprecian en el derecho comparado:

En cuanto a su objeto, el mismo consiste en asegurar la supremacía normativa de la Constitución por sobre todo acto estatal, es decir, sobre todo acto dictado en ejercicio del Poder Público, incluyendo, por supuesto, las leyes y demás actos del Congreso. Como consecuencia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en República Dominicana tiene competencia para ejercer tal control de constitucionalidad de dichos actos legislativos y otros actos estatales (art. 185,1), con potestad para anularlos cuando sean inconstitucionales; y además, todos los tribunales tienen competencia para declararlos inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188).

Por otra parte, el control de constitucionalidad también tiene por objeto particular asegurar la vigencia de la parte dogmática de la Constitución, es decir, de los derechos fundamentales declarados en el texto constitucional, y en el caso de la República Dominicana, también los declarados en los tratados internacionales de derechos humanos a los que se da rango constitucional (art. 74,3). A estos efectos por ejemplo en la República Dominicana se han establecido las acciones específicas de protección como las de amparo, hábeas corpus y hábeas data (arts. 70-72).

Además, el control judicial de la constitucionalidad también tiene por objeto asegurar la efectiva vigencia de la parte orgánica de la Constitución, la cual en el mundo moderno y en el Estado democrático, siempre se ha construido sobre la base de los principios tanto de la separación orgánica de poderes, como de la distribución territorial del Poder Público. Es decir, en definitiva, el control de constitucionalidad busca asegurar la vigencia de las normas constitucionales tanto atributivas de poder como limitativas del mismo. En tal sentido, por ejemplo, a los efectos de velar por el respeto del principio de la separación de poderes, en República Dominicana el Tribunal Constitucional tiene competencia para resolver los “conflictos de competencia” entre los Poderes Públicos (art. 185,3), básicamente, entre el Legislativo y Ejecutivo y, además, respecto de los otros órganos constitucionales con autonomía funcional, de manera que todos actúen conforme a los poderes atribuidos en la Constitución, sancionando toda usurpación, por inconstitucionalidad. Además, corresponde a los órganos judiciales encargados del control de la constitucionalidad, mantener el principio de la distribución territorial del poder que establece la Constitución conforme al esquema de descentralización política adoptado, haciendo respetar la autonomía de las entidades municipales que están constitucionalmente establecidas. En el caso de los Municipios que en República Dominicana se dotan de autonomía (art. 199), los conflictos de competencia también caerían bajo la competencia del Tribunal Constitucional.

Por último, también forma parte del objeto del control judicial de la constitucionalidad, velar por el mantenimiento del régimen político democrático, de manera de asegurar que no se rompa; sancionando cualquier actuación que sea contraria a los valores de la democracia que establece la Constitución. Por ello, incluso, en algunos países, los Tribunales Constitucionales tienen competencias para proscribir la actuación de partidos políticos cuyo objeto sea destruir la democracia misma. En la República Dominicana, por ejemplo, la actuación de los partidos debe realizarse “con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución (art. 216).

A los efectos de asegurarle al Poder Judicial la posibilidad de asumir el rol esencial que debe tener en el Estado Constitucional de derecho, de interpretación

de la Constitución y de ejercer el control de la constitucionalidad de los actos estatales; en el mundo contemporáneo se han venido estableciendo una variedad de sistemas de justicia constitucional de acuerdo a las peculiaridades de cada país y de cada sistema constitucional, y se pueden agrupar en relación con él o los órganos judiciales llamados a ejercer tal control de la constitucionalidad.

En efecto, en todos los sistemas de justicia constitucional, la potestad de ejercer el control de la constitucionalidad siempre se atribuye, o a todos los jueces que integran el Poder Judicial, o a un solo órgano del mismo. De allí la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el método de control que se ejerce: en primer lugar, el método difuso de control, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad, se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar, el método concentrado de control, conforme al cual el poder anulatorio de las leyes y demás actos estatales contrarios a la Constitución se atribuye a un solo órgano judicial, sea a la Corte Suprema de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello. Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, responden a principios diferentes, pero pueden coexistir en paralelo, como sucede en buena parte de los regímenes constitucionales de los países latinoamericanos y como está regulado expresamente en la Constitución de República Dominicana.

El método difuso de control de constitucionalidad, que como poder atribuido a todos los jueces para poder decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley que deba aplicarse en un caso concreto, desaplicándola y aplicando preferentemente la Constitución, se establece en el artículo 188 de la Constitución de República Dominicana, y responde al principio de la garantía objetiva de la supremacía de la Constitución. Conforme a este principio, todo acto contrario a la Constitución debe considerarse inconstitucional; y todos los jueces tienen el poder-deber de apreciar dicha inconstitucionalidad. Ello es la consecuencia lógica cuando se habla de la Constitución como “norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico” (art. 6).

El método difuso de control de la constitucionalidad, en todo caso, se caracteriza por ser de carácter incidental, en el sentido de que se ejerce al decidirse un caso concreto, como poder que puede ejercer cualquier juez, incluso de oficio. En estos casos, en consecuencia, la decisión adoptada sólo tiene efectos *inter partes* y meramente declarativos. El juez, en estos casos, nunca anula la ley, sólo la considera nula, por lo que la decisión tiene efectos *ex tunc, pro praeterito*.

En relación con este método difuso de control de constitucionalidad, se ha planteado el problema de la eventual falta de uniformidad o la disparidad de decisiones que podrían adoptar los jueces de distinta jerarquía, sobre un tema de inconstitucionalidad de una ley. La solución a este problema, en todo caso, se ha establecido mediante correctivos que los propios sistemas constitucionales han ido van adoptando, como la atribución del carácter vinculante a la decisión que adopte la Corte Suprema de Justicia en la materia, como sucede en los Estados Unidos de América, y como se ha establecido por ejemplo en las Constituciones de Colombia o Venezuela, al conocer de un recurso extraordinario de revisión, lo que permite al Tribunal constitucional uniformizar la jurisprudencia y resolver con carácter obligatorio y vinculante sobre el tema. En República Dominicana las decisiones

del Tribunal Constitucional “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado” (art. 184). Otro correctivo al problema se logra con el establecimiento, en paralelo del método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, como ocurre en la Constitución de República Dominicana siguiendo el modelo mixto e integral que se desarrolló inicialmente en Colombia y Venezuela.

En efecto, en cuanto al método concentrado de control de constitucionalidad, puede decirse que el mismo tiene su origen en América Latina y fue luego desarrollado durante el siglo pasado en Europa. Se caracteriza por la atribución a un solo órgano judicial, que puede ser el Tribunal o Corte Suprema con o sin Sala Constitucional, o un Tribunal Constitucional especial, del poder de conocer de la impugnación de leyes por inconstitucionalidad, y de anularlas en caso de que sean contrarias a la Constitución, con efectos *erga omnes*. Este último modelo es el que se ha seguido en República Dominicana con la creación del Tribunal Constitucional “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” (art. 184). Sin embargo, lo que caracteriza al método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, es la atribución a *un solo órgano judicial del poder anulatorio* de las mismas, más que la creación en sí de un Tribunal Constitucional. Es decir, lo importante es la concentración de control en un órgano judicial, más que la forma o naturaleza que puede tener el mismo.

Este método concentrado de control de la constitucionalidad, a diferencia del método difuso, se ejerce en un proceso en el cual su objeto principal es, precisamente, la decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley, la cual puede consistir en una decisión anulatoria de la misma, con efectos generales, *erga omnes*, y en general *ex nunc*, es decir *pro futuro* teniendo la decisión en consecuencia, carácter constitutivo.

El método concentrado de control, por otra parte, puede ser previo o posterior, según que se pueda ejercer contra leyes antes de que entren en vigor o sólo una vez que están vigentes. En el caso de la República Dominicana el control concentrado de la Constitucionalidad de las leyes en general es a posteriori, y se permite en forma a priori respecto de” los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo” (art. 185,2), como también, por ejemplo, sucede en Colombia y en Venezuela.

El método concentrado de control, además, puede ser principal o incidental, según que la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley llegue al juez constitucional por vía de una acción de inconstitucionalidad, la cual incluso en algunos casos, como sucede en Colombia, Panamá y Venezuela, puede ser una acción popular; o que llegue por vía incidental, por una incidencia planteada en un juicio concreto, como excepción de inconstitucionalidad, lo que en general sucede cuando no se establece en paralelo el control difuso de constitucionalidad.

Ahora bien, en el marco de este panorama, puede decirse que en República Dominicana, al contrario de los que sucede, por ejemplo, en Costa Rica o Panamá, la justicia constitucional no se concentra en un solo órgano judicial como el Tribunal Constitucional, que conforma la “Jurisdicción Constitucional.” Distinguimos, por tanto, las nociones de “justicia constitucional” de “Jurisdicción Constitucional,” de manera que esta última noción de “Jurisdicción Constitucional” es una noción

orgánica, que identifica un órgano judicial que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos generalmente de ejecución inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios de las mismas; pero el cual no tiene el monopolio de la “justicia constitucional.” Por su parte, esta noción de “justicia constitucional,” en cambio, es una noción material equiparable a “control de constitucionalidad,” la cual, como se ha dicho, también se ejerce por todos los jueces u órganos jurisdiccionales mediante el método difuso de control de constitucionalidad. Por ello, en la Constitución, además de crearse el Tribunal Constitucional como “Jurisdicción Constitucional,” se regulan las competencias en materia de justicia constitucional que ejercen los demás tribunales cuando conocen de las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data, o cuando ejercen el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.”

3. Algo sobre la distinción entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción contencioso administrativa

En relación con el texto para Artículo 26 (Representación procesal del Estado), del Proyecto de Ley en el cual se preveía establecer que “La representación del Estado en los casos de procesos constitucionales contra la Administración se regirá por las leyes de lo contencioso-administrativo vigentes. En los demás casos y materias, el Estado estará representado por el Ministerio Público o los abogados que el Estado tenga a bien designar. La no participación de los representantes del Estado no afecta el inicio, la continuación, la finalización ni la validez de los procesos constitucionales.”, formulamos el siguiente comentario:

“Comentario 46: La expresión “procesos constitucionales contra la Administración” que se desarrollan ante la jurisdicción contencioso administrativa, sugiere que el Proyecto sigue el criterio de distinción entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con base en los actos impugnados y no con base en los motivos de impugnación. De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución el control de “legalidad” de los actos de la Administración Pública lo ejercen los tribunales, y en particular, los de la jurisdicción contencioso administrativa, que deben 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 (Artículo 165,2). Y “contrariedad al derecho” implica contrariedad a la Constitución y a además, a las leyes y demás fuentes de derecho, por lo que la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad, es una competencia exclusiva de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la Jurisdicción constitucional.”

En relación con el texto para Artículo 97 (Objeto de control) del Proyecto de Ley en el cual se preveía establecer que “La acción directa de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional contra leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, ordenanzas, así como también las declaratorias de estados de excepción,” formulamos el siguiente comentario:

“Comentario 94: En materia de control de constitucionalidad, en sistemas como el de la República Dominicana que tienen una Jurisdicción Constitucional

y una Jurisdicción Contencioso Administrativa, una tarea inicial fundamental que debe hacerse es establecer una clara distinción entre ambas Jurisdicciones, la cual en el caso de la República Dominicana como es en general en el derecho comparado, se ha establecido por los actos impugnados y no por los motivos de impugnación.

Para ello, resultan fundamentales las previsiones de la Constitución. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los actos administrativos, o como lo dice el artículo 165,2 de la Constitución de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” por contrariedad al derecho, es decir, por vicios de inconstitucionalidad o de legalidad propiamente dicha. Por supuesto, la clave de esta norma está en determinar primero, si los actos administrativos normativos como los reglamentos, no se consideran actos administrativos; y además, segundo, si hay actos administrativos que estén excluidos del control contencioso administrativo, lo que en principio parece no permitir la norma.

En cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la competencia del Tribunal Constitucional es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” tal como lo establece el artículo 185,2 de la Constitución. Ahora bien, es esta materia es el legislador el que debe interpretar la Constitución para distribuir la competencia entre ambas jurisdicciones, pues si se atiene literalmente al texto, algunos “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” pueden contener actos administrativos, y otros no.

Es por tanto el legislador el que debe determinar cuando algunos “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” son actos administrativos y por tanto sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa; y cuando otros “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” no son actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la jurisdicción constitucional; y la clave para ello no es otra que la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados de Kelsen, de manera que llámense como se llamen los actos estatales, estarán sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, si los mismos son, como lo son las leyes, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; de resto serían actos administrativos, dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y por tanto sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

En relación con el texto para Artículo 99 (Interés legítimo y jurídicamente protegido) del Proyecto de Ley en el cual se preveía establecer que “En las acciones dirigidas contra leyes, reglamentos y disposiciones normativas dictadas por los poderes públicos se presume que toda persona tiene un interés legítimo y jurídicamente protegido en tanto eventual destinatario de la norma atacada en inconstitucionalidad. Los destinatarios de los actos no normativos o los afectados por los mismos se presumen tener un interés legítimo y jurídicamente protegido para accionar directamente en inconstitucionalidad. Si los actos cuestionados vulneran derechos colectivos y del medio ambiente o intereses colectivos y difusos tendrán legitimación para accionar las mismas personas legitimadas

para interponer acciones de amparo colectivo en virtud de esta ley,” formulamos el siguiente comentario:

“Comentario 96: Esta norma de acuerdo con lo que ya se ha mencionado en el **Comentario 94**, también requiere ser revisada. Dejando aparte las leyes cuya impugnación, indudablemente cae en la Jurisdicción Constitucional, en la norma se hace referencia a actos normativos (reglamentos y disposiciones normativas) y a actos no normativos, que pueden ser susceptibles de impugnación mediante la acción de inconstitucionalidad. El tema, de nuevo es determinar, cuales de esos actos son dictados en ejecución directa de la Constitución que ameriten ser sometidos a la Jurisdicción Constitucional y cuales son de ejecución directa de la Constitución que haga que deban ser sometidos a la Jurisdicción contencioso administrativa. Entre los actos normativos que caerían en la Jurisdicción constitucional, además de las leyes, estarían, por ejemplo, los actos parlamentarios sin forma de ley como los *interna corporis*, o reglamentos de las Cámaras del Congreso, o los actos que declaran el Estado de Emergencia. Entre los actos normativos que caerían en la Jurisdicción contencioso administrativa, por su parte, estarían los reglamentos y resoluciones normativas. En cuanto a los actos no normativos que caerían en la Jurisdicción constitucional, solo serían los decretos dictados por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución como los decretos que declaran el Estado de Emergencia y otros actos previstos en la Constitución (artículo 128); y los dictados por los otros Poderes públicos también en ejecución directa de la Constitución, como serían por ejemplo, además de las leyes, los actos dictados por las Cámaras del Senado o de Diputados conforme a sus atribuciones privativas (arts. 80, 83) y por el Congreso (artículo 93), como serían los parlamentarios sin forma de ley (*interna corporis*) es decir, los reglamentos de las Cámaras del Congreso. Entre los actos normativos que caerían en la Jurisdicción contencioso administrativa, por su parte, estarían los reglamentos y resoluciones normativas; y entre los actos no normativos, estarían los actos administrativos de efectos individuales.”

En relación con el texto para Artículo 122 (Conflictos de competencia) del Proyecto de Ley en el cual se preveía establecer que “Le corresponde al Tribunal Constitucional resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, así como los que surjan entre cualesquiera de estos poderes y entes u órganos creados por la Constitución, las entidades descentralizadas, autónomas, municipios u otras personas de Derecho Público, o los de cualesquiera de éstas, entre sí, salvo aquellos conflictos que sean de la competencia de otras jurisdicciones en virtud de la Constitución o leyes especiales,” formulamos el siguiente comentario:

“Comentario 104: En esta materia de control de constitucionalidad de los conflictos de competencia, de nuevo es indispensable distinguir entre los conflictos de orden constitucional, entre órganos del Poder Público, en virtud de normas constitucionales, que son los que deben ir al conocimiento de la Jurisdicción Constitucional; de los conflictos administrativos entre autoridades y órganos del Estado, que son los que caen bajo la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

III. SEGUNDA APROXIMACIÓN AL PROYECTO DE REGULACIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (JUNIO 2010)

Con ocasión de la discusión del proyecto de Ley de Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, en junio de 2010, formulé los siguientes comentarios:¹³

En relación con el texto para Artículo 82 (Objeto del control) del Proyecto de Ley en el cual se preveía establecer que “La acción directa de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional contra las leyes y resoluciones dictados por el Congreso Nacional; contra los reglamentos dictados por el Presidente de la República; contra los decretos ejecutivos y demás resoluciones emanados de los diversos órganos de los poderes públicos y dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluyendo las declaratorias de los estados de excepción; y contra las ordenanzas; siempre que no se trate de actos administrativos cuya impugnación debe realizarse ante la jurisdicción contencioso administrativa,” formulamos el siguiente comentario:

Nota 39. La redacción de este artículo requiere que se parta del supuesto de que los actos que pueden impugnarse ante el Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional), con excepción de los reglamentos, sólo deben ser actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución. O en otros términos, que no procede impugnar ante la Jurisdicción Constitucional a los actos administrativos, los cuales sólo pueden ser impugnados, conforme al artículo 165.2 de la Constitución, ante la jurisdicción contencioso administrativa. En la enumeración de actos incluida en el artículo, que sigue la que trae el artículo 185.2 de la Constitución, por tanto, hay actos que definitivamente NO son actos administrativos, como las “leyes” y las “resoluciones” que dicta el Congreso nacional. En cuanto a los “reglamentos” aún siendo actos administrativos, es la Constitución la que reserva su impugnación ante el Tribunal Constitucional, por lo que corresponde precisamente a la Ley Orgánica precisar que no se trata de cualquier reglamento o acto reglamentario (que son actos administrativos) sino sólo los Reglamentos Ejecutivos, es decir, los dictados por el Presidente de la República conforme al artículo 128.1.b. Todos los otros actos reglamentarios dictados por cualquier otra autoridad administrativa nacional, provincial o municipal serían impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa. En cuanto a los otros actos enumerados en la norma, es también precisamente la Ley Orgánica la que debe precisar que los que se reservan al conocimiento de la Jurisdicción Constitucional solo son aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Ello es claro, por ejemplo, en relación con los “Decretos” que debe presumirse que se refiere a los dictados por el Presidente de la República. Estos, en general, son actos administrativos (impugnables, por tanto, ante la jurisdicción contencioso administrativa) excepto aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que serían los únicos impugnables ante la Jurisdicción Constitucional, como serían muchos de los dictados por el Presidente de la República como Jefe de Estado, por ejemplo, en materia de estados de excepción o estado de defensa nacional conforme al artículo 128,1 e y f de la Constitución, que sería lo que en otras latitudes se conocen como “actos de gobierno” impugnables ante el Tribunal Constitucional. En cuanto a las “Ordenanzas”

¹³ . Memorandum de junio de 2010 dirigido a los profesores Eduardo Jorge Pratt y Olivo Rodríguez.

debe observarse que en la Constitución esa palabra sólo se usa en el artículo 185.2, y no se usa para calificar algún acto estatal específico. En la terminología de otros países de América Latina, las Ordenanzas son las “leyes locales,” es decir, los actos normativos dictados por los Concejos Municipales autónomos, en las materias que la Constitución les asigna y reserva. Me imagino que eso es a lo que se refiere la norma.

IV. TERCERA APROXIMACIÓN AL PROYECTO DE REGULACIÓN SOBRE EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Con ocasión de la discusión del proyecto de Ley del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, en agosto de 2010, formulé los siguientes comentarios:¹⁴

En relación con el texto para Artículo 48 (Objeto del control) del Proyecto de Ley en el cual se preveía establecer que “La acción directa de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, ordenanzas y otras disposiciones generales, incluso las adoptadas por sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma constitucional. Los actos administrativos de efectos particulares solo pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún cuando el motivo de impugnación sea su inconstitucionalidad. Procede además para revisar la constitucionalidad de la declaratoria de cualquiera de los estados de excepción formulamos el siguiente comentario:

“**Nota:** Insisto en que es indispensable establecer un criterio de distinción entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La Jurisdicción Constitucional no puede conocer de la impugnación de actos administrativos de efectos particulares por razones de inconstitucionalidad. Ello corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Contrariedad al derecho). Lo contrario significaría vaciar de contenido a esta última Jurisdicción. Menos aún puede pensarse que “actos administrativos adoptados por sujetos privados” puedan entrar en la competencia de la Jurisdicción Constitucional. Los sujetos privados por vía de excepción sólo pueden dictar actos administrativos, y en tal caso, los mismos deben controlarse por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En conclusión, la Jurisdicción Constitucional es la llamada a controlar la constitucionalidad de los actos estatales que *no sean actos administrativos*.”

Por ello estimo que debe agregarse a la norma la indicación marcada de que: “Los actos administrativos de efectos particulares solo pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa aun cuando el motivo de impugnación sea su inconstitucionalidad.”

¹⁴ . Memorándum de agosto de 2010 dirigido a los profesores Eduardo Jorge Pratt y Olivo Rodríguez.

V. COMENTARIOS SOBRE EL DESLINDE ENTRE EL LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AL SANCIONARSE LA LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES (2011)

Recién sancionada la Ley del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales de Marzo de 2011, sobre el tema del deslinde del objeto de control en la Jurisdicción Constitucional y en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hice los siguientes comentarios:¹⁵

1. La acción de inconstitucionalidad

En la Ley del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, el control concentrado de la constitucionalidad, conforme a la Constitución, se atribuye al Tribunal Constitucional, el cual está definido como “el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad” (art. 1).

A tal efecto, y siguiendo lo previsto en la Constitución, en la Ley Orgánica se lo concibe como una institución autónoma de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado (art. 1), por lo cual los jueces integrantes del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad; no incurriendo en responsabilidad por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (art. 18). Por ello, el artículo 3 de la Ley Orgánica expresamente dispone que “en el cumplimiento de sus funciones como Jurisdicción Constitucional, el Tribunal Constitucional solo se encuentra sometido a la Constitución, a las normas que integran el bloque de Constitucionalidad, a esta Ley Orgánica y a sus reglamentos.”

Conforme a la Constitución, en definitiva, el Tribunal Constitucional fue concebido “con el objetivo de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” (Considerando Sexto de la Ley), con la competencia para conocer “de los procesos previstos por el artículo 185 de la Constitución.”

2. Precisión sobre el objeto de la acción de inconstitucionalidad

La competencia del Tribunal Constitucional en materia de control concentrado de la constitucionalidad está definida en la Ley Orgánica, en la Sección I (“Del control concentrado de constitucionalidad”) del Capítulo I (“Del control de constitucionalidad”) del Título II (“De los procesos y procedimientos constitucionales”), estableciéndose que dicho control se ejerce mediante el conocimiento de “la acción directa de inconstitucionalidad” que puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional “contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan, por acción u omisión,

¹⁵ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011), en VII Encuentro Iberoamericano de derecho procesal Constitucional, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional, Santo Domingo 2011, Tomo I, pp. 285-330.

alguna norma sustantiva.” (art. 36). Se entiende, por supuesto, que en esta expresión de infracción de “norma sustantiva” el artículo se está refiriendo a las infracciones constitucionales tal como se definen en el artículo 6 de la Ley Orgánica.

En el caso de los tratados internacionales, sin embargo, en la Ley Orgánica se dispone que los mismos, luego de que hayan sido objeto de control preventivo de constitucionalidad, y sean reputados como constitucionales, ello impide que los mismos pueden ser cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional (artículo 57, Párrafo único).

Ahora bien, con esta última excepción, si se sigue literalmente el contenido de la norma, estimé en marzo de 2011 que se trataría en general, de un control concentrado de constitucionalidad que se regula en la Ley en forma universal, que abarcaría materialmente todos los actos del Estado. Ello, sin duda, consideré que constituiría una disidencia respecto de los sistemas de control concentrados de la constitucionalidad en el derecho comparado, cuyo objeto se limita normalmente a las leyes o demás actos de igual rango y valor (como los decretos leyes), así como respecto de actos de los órganos superiores del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como por ejemplo serían los *interna corporis* del Congreso, los actos de gobierno, como los que declaran los estados de excepción, o las resoluciones, por ejemplo dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Es cierto que el artículo 184 de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional competencia para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las **leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas;**” pero también es cierto que la misma Constitución regula la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyendo a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos competencia para “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” (art. 165.2).

Por tanto, estimé en marzo de 2011 que la Ley reguladora de la Jurisdicción Constitucional era precisamente la que debió establecer con precisión el deslinde de su ámbito u objeto con relación al de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos jueces también son jueces constitucionales, no sólo cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad como cualquier juez en los casos que resuelven, sin cuando anulan actos administrativos por razones de inconstitucionalidad que es una forma de “contrariedad del derecho.”

En el caso de la República Dominicana, puede decirse que la Jurisdicción Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad; sino que lo que tiene es el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad de ciertos actos estatales, como las leyes y los demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución. El control concentrado de la constitucionalidad de los actos administrativos, en cambio, está a cargo de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. De nuevo sobre el necesario deslinde entre el objeto de la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción contencioso administrativa

En ausencia de regulaciones precisas en la Ley Orgánica, insistí en marzo de 2011, que el deslinde de estas competencias entre los tribunales de las dos Jurisdicciones, la Constitucional y la Contencioso Administrativa, debía ser, sin duda, una de las tareas iniciales del Tribunal Constitucional, lo que estimé debía hacer, como ha ocurrido en general en el derecho comparado, basándose en la naturaleza de los actos impugnados y no en los motivos de impugnación. Para ello, insistimos, resultaban fundamentales las previsiones de la Constitución.

En cuanto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los **actos administrativos**, o como lo dice el artículo 165,2 de la Constitución de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” por contrariedad al derecho, es decir, por vicios de inconstitucionalidad o de legalidad propiamente dicha. Por supuesto, la clave de esta norma está en determinar, primero, si los actos administrativos normativos, como los reglamentos, se consideran o no como actos administrativos, lo que en mi criterio no tiene duda; y además, segundo, si hay actos administrativos que puedan estar excluidos del control contencioso administrativo, lo que en mi criterio en principio parece no permitir la norma.

En cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la competencia del Tribunal Constitucional es para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las **leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas**,” tal como lo establece el artículo 185,2 de la Constitución. Ahora bien, es esta materia que el Tribunal Constitucional debe interpretar la Constitución para distribuir la competencia entre ambas Jurisdicciones, pues si se atiende literalmente al texto, algunos “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” pueden ser considerados o contener actos administrativos, y otros no.

Es decir, en ausencia de una precisa determinación legal por el legislador, consideré desde el inicio que debía ser el Tribunal Constitucional el que precisara cuándo algunos “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” son meros actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y cuándo otros “decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas” no son actos administrativos y por tanto, sujetos al control de la Jurisdicción Constitucional; y la clave para ello consideré y considero que no es otra que la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados (Kelsen, Merkl) de manera que llámense como se llamen los actos estatales, deben estar sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, aquellos actos estatales, como lo son las leyes, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de previsiones constitucionales, con rango legal en la formación del orden jurídico. De resto, los otros actos estatales serían de rango sub-legal como los actos administrativos, dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y, por tanto, sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Esto implica que el criterio de distinción entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe establecerse con claridad con base en la naturaleza de los actos impugnados, independientemente de su denominación formal o de su forma jurídica, y por supuesto, de ninguna manera con base en los motivos de impugnación, pues los motivos de inconstitucionalidad se pueden formular en ambas Jurisdicciones.

De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución el control de “legalidad” de los actos de la Administración Pública lo ejercen los tribunales, y en particular, los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que deben conocer de los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas “contrarias al Derecho” realizadas como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares (Artículo 165,2). Y “contrariedad al derecho” implica contrariedad a la Constitución y, además, a las leyes y demás fuentes de derecho, por lo que la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad, es una competencia exclusiva de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no puede corresponder a la Jurisdicción Constitucional.

Por tanto, como se dijo, frente a los “decretos, resoluciones y ordenanzas” debe precisarse si en cada caso se trata o no de actos administrativos, pues si se trata de actos administrativos, la competencia para conocer de su impugnación corresponde a los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún cuando los motivos de impugnación sean de inconstitucionalidad. Solo en el caso de los “reglamentos,” sin embargo, en particular los dictados por el Presidente de la República (Reglamentos Ejecutivos), aún tratándose de actos administrativos, en virtud de la mención expresa de la Constitución, podrían considerarse que como excepción a la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, correspondiendo la competencia para conocer de su impugnación en forma exclusiva a la Jurisdicción Constitucional. Pero ello consideré que no debía aplicarse a reglamentos, es decir, a los actos administrativos normativos dictados por otros funcionarios de la Administración distintos al Presidente.

Por ello consideramos en marzo de 2011 que la Ley Orgánica pudo haberse dispuesto, casuísticamente, que la acción directa de inconstitucionalidad podía ser interpuesta:

- a. Contra las leyes y resoluciones dictados por el Congreso Nacional;
- b. Contra los reglamentos dictados por el Presidente de la República;
- c. Contra los decretos ejecutivos y demás resoluciones emanadas de los diversos órganos de los poderes públicos y dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, incluyendo las declaratorias de los estados de excepción; y
- d. Contra las ordenanzas, como leyes locales municipales; siempre que no se trate de actos administrativos cuya impugnación debe realizarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En tal sentido, además, consideraba en marzo de 2011 que debía haberse precisado en todo caso, que los actos administrativos de efectos particulares solo podían ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún cuando el motivo de impugnación sea su inconstitucionalidad.

La redacción de los artículos 184 y 185.1 de la Constitución impone que se interprete la competencia de las dos Jurisdicciones en el sentido de que los actos llamados a ser impugnados ante el Tribunal Constitucional (Jurisdicción Constitucional), con excepción de los reglamentos, sólo deben ser los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; o en otros términos, que no debe proceder la impugnación ante la Jurisdicción Constitucional de los actos administrativos, los cuales sólo deben ser impugnados, conforme al artículo 165.2 de la Constitución, ante los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En la enumeración de actos estatales que pueden ser objeto de impugnación ante la Jurisdicción Constitucional incluida en el artículo 36 de la Ley Orgánica, sin embargo, se sigue a la letra el mismo texto del artículo 185.1 de la Constitución (**leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas**), del cual resulta, sin duda, unos actos estatales que definitivamente *no son* actos administrativos, como es el caso de las “leyes” y las “ordenanzas” y algunas “resoluciones” que dicta el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia u otros órganos constitucionales con autonomía.

En cuanto a los “reglamentos,” como se dijo, aún siendo actos administrativos, es la Constitución la que prevé su impugnación ante el Tribunal Constitucional, por lo que en ausencia de precisión legal, consideré en marzo de 2011 que era el Tribunal Constitucional el llamado a determinar si se trata de cualquier reglamento o acto reglamentario o normativo (que son actos administrativos) o de sólo ciertos reglamentos como los Reglamentos Ejecutivos, es decir, los dictados por el Presidente de la República conforme al artículo 128,1,b de la Constitución, lo que sin duda es la solución acorde con la Constitución. Todos los otros actos administrativos reglamentarios dictados por cualquier otra autoridad administrativa nacional, provincial o municipal deben en cambio ser impugnados ante los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto a los otros actos enumerados en la norma del artículo 36 de la Ley Orgánica, también consideré en marzo de 2011 que debía ser el Tribunal Constitucional el que tiene que determinar en su jurisprudencia interpretativa cuáles se reservan al conocimiento de la Jurisdicción Constitucional, que deben ser solo aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Ello estimamos que era necesario, por ejemplo, en relación con los “Decretos” que debe presumirse que se refiere a los dictados por el Presidente de la República. Estos, en general, son actos administrativos (impugnables, por tanto, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa) excepto aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que serían los únicos que deberían ser impugnables ante la Jurisdicción Constitucional, como serían muchos de los dictados por el Presidente de la República como Jefe de Estado, por ejemplo, en materia de declaratoria de estados de excepción o estado de defensa nacional conforme al artículo 128,1 e y f de la Constitución, que serían lo que en otras latitudes se conocen como “actos de gobierno” impugnables ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las “Ordenanzas” debe observarse que en la Constitución esa palabra sólo se utiliza precisamente en el artículo 185.2, y no se la usa para calificar algún acto estatal específico. En la terminología de otros países de América Latina, las Ordenanza serían las “leyes locales,” es decir, los actos normativos dictados por los Concejos

Municipales autónomos, en las materias que la Constitución les asigna y reserva, que presumimos es el mismo sentido que tienen en la República Dominicana.

VI. CONCLUSIÓN: ENSAYO DE PRECISIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Con base en todo lo anteriormente expuesto, conforme al artículo 185.1 de la Constitución y al artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, corresponde al Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad en relación con las “leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” actos estatales todos que tienen el rasgo común de que han de ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y no en ejecución de lo dispuesto en la legislación o en previsiones infraconstitucionales.

De esa enumeración establecida en la norma resulta claro, por supuesto, que los actos judiciales no pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, no sólo porque no están enumerados en la norma, sino por que los mismos siempre tienen carácter sublegal, es decir, siempre son dictados en aplicación de normas infraconstitucionales.¹⁶

Los actos enumerados en la norma como objeto de la acción de inconstitucionalidad, por otra parte, puede decirse que *en general*, como lo expresó el Tribunal Constitucional, son “actos estatales de carácter normativo y alcance general,”¹⁷ considerando que la acción directa de inconstitucionalidad “está orientada al ejercicio de un control *in abstracto* de los actos normativos del poder público,”¹⁸ lo que es básicamente cierto siempre que sean dictados en ejecución directa de la Constitución.

En igual sentido, cuando el Tribunal Constitucional ha dicho que “la acción en inconstitucionalidad por vía directa o principal puede ser incoada no sólo contra la ley en sentido estricto, esto es, las disposiciones de carácter general y abstracto aprobadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Poder Ejecutivo, sino también contra toda norma obligatoria como los decretos, resoluciones y actos emanados de los poderes públicos,”¹⁹ hay que precisar que ello es cierto, siempre que se trate de normas dictadas en ejecución directa de la Constitución y no en aplicación de normas infraconstitucionales

¹⁶ El Tribunal Constitucional en sentencia TC/0052/12 de 19-10-2012, consideró con razón que “Las decisiones jurisdiccionales no están incluidas en la disposición constitucional que instituye dicho recurso.” Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200052-12%20C.pdf>

¹⁷ El Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0051/12 de 19-10-2012, resolvió que “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 de la República y 36 de la Ley Orgánica No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), es decir, aquellos actos estatales de carácter normativo y alcance general.” Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200051-12%20C.pdf>. El profesor Jorge Prats

¹⁸ Véase la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional en sentencia TC/0052/12 de 19-10-2012, consideró con razón que “Las decisiones jurisdiccionales no están incluidas en la disposición constitucional que instituye dicho recurso.” Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200052-12%20C.pdf>

¹⁹ Véase sentencia TC/0073/12 de 29-11-2012 en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200073-12%20C.pdf>

(sublegal). Estos, los actos estatales de carácter normativo dictados en ejecución de normas infraconstitucionales, están sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por tanto, los actos estatales que pueden ser objeto de la acción directa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, son entonces los siguientes:

1. *Las leyes*

En primer lugar están las **leyes**, debiendo entenderse estas como los actos dictados por el Congreso nacional como cuerpo legislador, es decir, en ejecución de sus “atribuciones en materia legislativa” establecidas en el artículo 93.1 de la Constitución, y que son sancionadas conforme al procedimiento de formación de las leyes establecido en los artículos 96 y siguientes de la Constitución, y promulgadas por el Presidente de la República conforme al artículo 128.1.b de la misma Constitución.

2. *Las ordenanzas*

En segundo lugar están las **Ordenanzas**, siempre que se entienda por tales, los actos normativos dictados por los Municipios que tienen el carácter de leyes locales, sancionadas con base en la “potestad normativa” que les asigna el artículo 199 de la Constitución, adoptados en cada Municipio por el Concejo de Regidores que conforme al artículo 201 de la propia Constitución “es un órgano exclusivamente normativo, reglamentario y de fiscalización.”

3. *Los reglamentos*

En tercer lugar están los **reglamentos**, siempre que se trate de reglamentos dictados en ejecución directa de atribuciones constitucionales, como es el caso: *primero*, de los **reglamentos ejecutivos**, es decir, los actos normativos dictados por el Presidente de la República con base en la atribución que le asigna el artículo 128.1.b de la Constitución;²⁰ y segundo, de los **reglamentos dictados por órganos constitucionales con autonomía funcional**, a los cuales la Constitución asigna directamente atribuciones reglamentarias como es el caso, por ejemplo, de la Junta Central Electoral, la cual conforme al artículo 212 de la Constitución “tiene facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia,” y conforme al artículo 212.IV tiene “facultad para reglamentar los tiempos y límites en los gastos de campaña, así como el acceso equitativo a los medios de comunicación.”

Todos los otros actos administrativos normativos o reglamentos dictados por funcionarios públicos en ejecución de atribuciones establecidas en las leyes, como actos administrativos de carácter sublegal que son, están sometidos a control de contrariedad al derecho por parte de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y escapan de la competencia del Tribunal Constitucional.

²⁰ Un ejemplo sería el decreto No. 452-02 relativo a los Administradores Generales de Bienes y casas o apartamentos promovidas y asignadas por el Estado, que fue anulado parcialmente por el Tribunal Constitucional. Véase sentencia TC/0093/12 de 21-12-2102. en <http://tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200093-12%20C.pdf>

4. *Los decretos*

En cuarto lugar están los **decretos** dictados por el Presidente de la República (artículo 128.1.b de la Constitución) siempre que se trate de actos ejecutivos emanados en ejecución directa de atribuciones establecidas en la Constitución, de lo contrario, si son dictados en ejecución de normas infra-constitucionales, al ser de carácter sub-legal, constituyen actos administrativos, en cuyo caso, la competencia para controlar su contrariedad al derecho (incluso su inconstitucionalidad) corresponde a los tribunales contencioso administrativos.

Entre esos decretos cuyo control de constitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional, por ejemplo, pueden mencionarse entre los dictados con base en las atribuciones establecidas en el artículo 128 la Constitución, los siguientes, y que en el derecho comparado se denominan actos de gobierno:²¹

f) Tomar las medidas necesarias para proveer y garantizar la legítima defensa de la Nación, en caso de ataque armado actual o inminente por parte de nación extranjera o poderes externos, debiendo informar al Congreso Nacional sobre las disposiciones adoptadas y solicitar la declaratoria de Estado de Defensa si fuere procedente;

g) Declarar, si no se encontrare reunido el Congreso Nacional, los estados de excepción de conformidad con las disposiciones previstas en los artículos 262 al 266 de esta Constitución;

h) Adoptar las medidas provisionales de policía y seguridad necesarias en caso de violación de las disposiciones del artículo 62, numeral 6 de esta Constitución que perturben o amenacen el orden público, la seguridad del Estado, el funcionamiento regular de los servicios públicos o de utilidad pública, o impidan el desenvolvimiento de las actividades económicas y que no constituyan los hechos previstos en los artículos 262 al 266 de esta Constitución.”

5. *Las resoluciones.*

Y en quinto lugar están las **resoluciones**, siempre que se trate de actos dictadas en ejecución directa e inmediata de atribuciones establecidas en la Constitución. Por tanto, en cuanto a las resoluciones del Presidente de la República (art. 128.1.b de la Constitución), si son dictadas en ejecución de atribuciones previstas en normas infra-constitucionales, al ser de carácter sublegal, su control de conformidad con el derecho corresponde a los tribunales constitucionales. En cuanto a las resoluciones dictadas por los Secretarios de Estado como órganos del Poder Ejecutivo, en general, se trata siempre

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos de gobierno y los actos preminentemente discrecionales,” en Víctor Hernández Mendible (Director), *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas 2012, pp. 131-189; . “El control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y el principio de la formación del derecho por grados en Venezuela,” en *Revista Jurídica UDABOL*, Universidad de Aquino Bolivia, Año 1, No. 1, La Paz 2012, pp. 83-129; “El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno” en *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano* (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001), Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, pp. 25-74

a de actos administrativos sometidos al control de contrariedad al derecho por parte de los tribunales constitucionales. Por ello, por ejemplo, en el caso de la impugnación por vía de acción de inconstitucionalidad contra una la Resolución No. 283/2000, dictada por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio reguladora del subsidio a los combustibles para la generación de electricidad, al analizar el acto impugnado, el Tribunal Constitucional constató que se trataba de un acto administrativo “dictado en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas infraconstitucionales, es decir, en normas de derecho inferiores a la Constitución” es decir, “dictada en ejecución directa e inmediata de la legislación,” en ese caso, entre otras, de la Ley No. 290-66, Orgánica de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, de la Ley No. 4115, que le concede a la Corporación Dominicana de Electricidad la facultad para celebrar toda clase de actos y contratos relativos a su función específica; y de la Ley de Reforma de la Empresa Pública No. 141-97), razón por la cual declaró inadmisibles la acción “al tratarse de una resolución que se emite en el ejercicio de un mandato directo de la ley.” El Tribunal Constitucional argumentó que, al contrario, era “el fuero administrativo el competente para dirimir cuestiones que han tenido su origen en actos administrativos ejercidos por mandato de la ley, y es al Tribunal Contencioso Administrativo al que corresponde examinar la cuestión;” y que en el caso, aun cuando los “medios invocados por la accionante” eran “de índole constitucional, en virtud de la naturaleza del acto atacado (resolución que prescribe sobre el desarrollo de un contrato administrativo) tales alegatos corresponden ser examinados en la jurisdicción administrativa,” conforme a lo dispuesto en los artículos 139 y 165.2 de la Constitución.²²

En cuanto a las resoluciones emanadas del Congreso (art. 128.1.b de la Constitución) y sus Cámaras, en general, se trata de actos estatales que se dictan en ejecución directa de atribuciones establecidas en la Constitución, entre los cuales están, por ejemplo, los *interna corporis*, como serían los reglamentos internos del Congreso (art. 90.3 Constitución), los reglamentos concerniente al su servicio interior y al despacho de los asuntos que le son peculiares a cada Cámara, en los cuales en el uso de sus facultades disciplinarias, pueden establecer las sanciones que procedan (art. 87, 88), y los reglamentos de organización y funcionamiento (art. 119).

Por último, en cuanto a las resoluciones que puedan dictar los órganos constitucionales del Estado que gozan de autonomía funcional, se destacan, por ejemplo, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Junta Central Electoral, cuyos actos dictados en ejecución directa de atribuciones constitucionales caerían dentro de la competencia del Tribunal Constitucional. de resto, los actos administrativos de dichos órganos sólo podrían impugnarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

New York, enero de 2013

²² Sentencia TC/0073/12 de 29 de noviembre de 2012, en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200073-12%20C.pdf>

XX

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU CONCEPTUALIZACIÓN Y SU NECESARIO DESLINDE RESPECTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

*Publicado en Liber Amicorum en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano
Gómez, Santo Domingo, República Dominicana, 2013, pp.*

INTRODUCCIÓN

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se entiende por control de convencionalidad¹ tanto la función judicial que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando decide sobre las violaciones cometidas por los Estados miembros a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, como la función jurisdiccional que ejercen los jueces y tribunales nacionales en el ámbito interno cuando aplican las normas de la Convención Americana de derechos Humanos para resolver denuncias sobre violaciones de los derechos consagrados en la misma. En ambos casos dicha función siempre tiene por objeto revisar las actuaciones de los órganos del Estado, incluidos los jueces, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de la propia jurisprudencia convencional sentada por la Corte Interamericana de manera de asegurar que las disposiciones de la Convención no se

¹ Véase en general sobre el tema: Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano,” en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-III, 2011, pp. 339-429.

vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, de lo que resulta la obligación que tiene la Corte Interamericana como los tribunales nacionales de hacer que aquellas prevalezcan sobre las normas del derecho interno.

Este control de convencionalidad, que ha adquirido tanta notoriedad en los últimos años, en realidad es tan viejo como la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.² En realidad, ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenando a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad, por ejemplo modificando la norma cuestionada.³

Ese también ha sido el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto.

En esta materia, en realidad, tanto a la Corte Interamericana como con los jueces nacionales estuvieron aplicando dicho control de convencionalidad por casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969) sin haberlo identificado con precisión, hasta que gracias a la importante conceptualización efectuada en 2003 por el juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se captara en sus propios contornos dicho control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad.

² Véase en el mismo sentido, Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 83-84

³ Por ello, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha señalado que el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.” Véase su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 22), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. También ha dicho con razón que “el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana.” Véase en Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p.132.

I. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS DOS VERTIENTES

En esta materia, por tanto, lo que realmente es nuevo ha sido, por una parte, la afortunada acuñación de un término como ha sido el de “control de convencionalidad”,⁴ que Sergio García Ramírez propuso en su Voto razonado a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003;⁵ y por la otra, la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes, dimensiones o manifestaciones: por un lado a nivel internacional por la Corte Interamericana, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.⁶ Estas dos vertientes, las identificó Sergio García Ramírez distinguiendo entre “el control propio, original o externo de convencionalidad” que ejerce la Corte Interamericana, y el “control interno de convencionalidad” que ejercen los tribunales nacionales;⁷ y Eduardo Ferrer Mac Gregor, distinguiendo entre el “control concentrado” de convencionalidad” que ejerce la Corte Interamericana, en sede internacional, y el “control difuso” de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, en sede interna.⁸

Estas dos vertientes, en efecto, las detectó el propio Juez García Ramírez al año siguiente, en otro Voto razonado, esta vez a la sentencia del caso *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de diciembre de 2004, cuando efectuó una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando en cuanto a la función de la

⁴ Como lo ha destacado Juan Carlos Hitters, “Claro está que cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.” Véase Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128.

⁵ Véase Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf, donde se refirió al “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (Párr. 27). Véase el comentario del propio Sergio García Ramírez sobre dicho voto y la evolución de su aporte al desarrollo de la noción en Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 230 ss. Véase igualmente los comentarios a los criterios de García Ramírez en Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 87 ss.

⁶ Algunos autores, sin embargo, niegan que existan estas dos vertientes en el control de convencionalidad, argumentando que el mismo está reservado a la Corte Interamericana, negando la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales lleven a cabo dicho control. Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 88 ss.

⁷ Véase Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 213..

⁸ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, p.132.

Corte Interamericana, que la misma se asemejaba a la de los tribunales constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas, principios y valores constitucionales; agregando que dicha Corte analiza los actos de los Estados que llegan a su conocimiento “en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa;” y que si bien “los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos.”⁹

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez, estos “procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática,” en cambio, “el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”¹⁰

A raíz de estas reflexiones quedó claro en el mundo internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de “control de convencionalidad” se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes, uno en el ámbito internacional y otros en el ámbito nacional, y con dos efectos jurídicos completamente distintos, lo que amerita realizar algunas puntualizaciones sobre uno y otro a los efectos de podernos centrar en el objeto específico de esta exposición que es sobre las perspectivas del control de convencionalidad en materia de amparo de los derechos fundamentales.¹¹

⁹ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114 (Párr. 3), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Véanse los comentarios sobre las dos vertientes del control de convencionalidad en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 24, 59; y Víctor Bazán, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 14 ss.

¹⁰ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114 (Párr. 4), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

¹¹ En cuanto a las leyes de reguladoras del amparo que se mencionan sólo con el nombre de cada país, son las siguientes: ARGENTINA. Ley N° 16.986. Acción de Amparo, 1966; BOLIVIA. Ley N° 1836. Ley del Tribunal Constitucional, 1998; BRAZIL. Lei N° 12.016 Mandado de Segurança, 2009; COLOMBIA. Decretos Ley N° 2591, 306 y 1382. Acción de Tutela, 2000; COSTA RICA. Ley N° 7135. Ley de la Jurisdicción Constitucional, 1989; ECUADOR. Ley N° 000. RO/99. Ley de Control Constitucional, 1997; EL SALVADOR. Ley de Procedimientos Constitucionales, 1960; GUATEMALA. Decreto N° 1-86. Ley de Amparo. Exhibición personal y Constitucionalidad, 1986; HONDURAS. Ley sobre Justicia Constitucional, 2004; MÉXICO. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política, 1936 (última reforma, 2011); NICARAGUA. Ley N° 49. Amparo, 1988; PANAMÁ. Código Judicial, Libro Cuarto: Instituciones de Garantía, 1999; PARAGUAY. Ley N° 1.337/88. Código Procesal Civil, Título II. El Juicio de Amparo, 1988; PERÚ. Ley N° 28.237. Código Procesal Constitucional, 2005; REPÚBLICA DOMINICANA. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, 2011; URUGUAY. Ley N° 16.011. Acción de Amparo, 1988; VENEZUELA. Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, 1988.

II. LA TRADICIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO

En cuanto al control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales nacionales, si bien desde hace décadas se había venía realizando en muchas jurisdicciones nacionales, fue luego de la conceptualización efectuada por el juez García Ramírez, y a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006,¹² cuando el término se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen dichos jueces cuando frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, le dan prevalencia a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias. Este control ocurre, igualmente cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana. Dicho control de convencionalidad, además, particularmente en países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de la constitucionalidad, los jueces nacionales pueden, según sus respectivas competencias, no sólo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana.

En la citada sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, en efecto, la Corte Interamericana, después de aceptar 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” de cada país, consideró sin embargo, que cuando los Estados respectivos han ratificado la Convención Americana, en virtud de que los jueces están sometidos a ella, eso los “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.”¹³

Partiendo de esa premisa, la Corte Interamericana concluyó con su conocida afirmación de que “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,” agregando, incluso que en esa 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”.¹⁴

Este control de convencionalidad, sin embargo, como hemos dicho, a pesar de la novedosa denominación introducida en 2006, se había ejercido con anterioridad por los tribunales nacionales en América Latina. Ello ocurrió, por ejemplo, en Venezuela, antes de que se iniciara el régimen autoritario que a partir de 1999 asaltó y se apoderó del Estado, incluyendo el Tribunal Supremo de Justicia y todos los tribunales de la

¹² Véase sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros v Chile* de 26 de septiembre de 2006, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

¹³ Ídem., Párr.124

¹⁴ Para llegar a esta conclusión, la Corte Interamericana precisó que dicho control “tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.” Ídem. Párr. 125.

República; cuando en la década de los setenta, los tribunales de instancia comenzaron a aplicar preferentemente la Convención Americana en relación con previsiones del derecho interno pocos años después de que la misma hubiera comenzado a entrar en vigor, con lo cual, por ejemplo pudieron cambiar, la interpretación jurisprudencial restrictiva que había sentado la antigua Corte Suprema de Justicia en 1970, que conducía en la práctica a la inadmisibilidad de la acción de amparo.

El artículo 49 de la Constitución de 1961 entonces vigente, en efecto había establecido el derecho de todas las personas a ser amparadas por los tribunales “en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, *en conformidad con la Ley*,” frase ésta última de la cual dedujo la Corte Suprema que el ejercicio de tal derecho había quedado supeditado a lo que la ley estableciera. Ello, además, era lo que se deducía del texto de la Exposición de Motivos del proyecto de Constitución, donde al justificar la inclusión de la Disposición Transitoria (Quinta) que reglamentaba provisionalmente el derecho de **hábeas corpus**, se indicó que ello había sido “a fin de no dejar en suspenso” la eficacia del artículo en materia de libertad personal hasta la promulgación de la ley respectiva;¹⁵ ley que sólo se sancionó en 1988.¹⁶ Ello implicó que en los primeros lustros de vigencia de la Constitución, con excepción de la libertad personal, los demás derechos y garantías constitucionales carecieron de un efectivo instrumento de protección judicial.

Lo anterior, sin embargo, no fue obstáculo para que hacia finales de la década de los sesenta, algunos jueces de instancia comenzaran a admitir acciones de amparo para proteger otras libertades o garantías distintas de la libertad individual,¹⁷ aplicando para ello, el procedimiento previsto para el hábeas corpus, invocando incluso como antecedente la decisión del caso Ángel Siri de la Corte Suprema de Argentina dictada

¹⁵ Véase, Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 21 Caracas, 1961, p. 381.

¹⁶ Véase Ley Orgánica de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales en Gaceta Oficial No 34060 de 27 de septiembre de 1988. Sobre esta Ley véanse los comentarios de Allan R Brewer-carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª, ed., Caracas 2007.

¹⁷ Por sentencia del 13 de septiembre de 1968 del Juez Séptimo de Primera Instancia en lo Penal del Distrito Federal, confirmada por fallo de 4-10-68 de la Corte Superior Segunda en la Penal del Distrito Federal, se otorgó amparo a un ciudadano contra un acto administrativo que ordenó la detención de su automóvil en virtud de que el mismo no había sido importado regularmente al país. (Véase, R. Escala Zerpa, Recurso de Amparo contra arbitrariedad de Funcionario Público, Caracas, 1968). Asimismo, con fecha 14 de abril de 1989 otro Juez de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, acordó recurso de amparo, confirmado por decisión de 14 de julio de 1969 de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, contra un acto de la Policía Técnica Judicial que detuvo a un particular y se le obligó a reconocer como padre de un menor y a pagar una pensión alimentaria. Estas decisiones, tomadas de referencias contenidas en la publicación periódica *Síntesis Jurídica* (Escritorio Santana Mujica) fueron comentadas por dicha publicación en los siguientes términos: “Como un paso formativo del lento avance de nuestro país hacia un eficiente estado de derecho, ha de apuntarse las iniciales sentencias, derivadas de jueces penales y civiles, donde se derrota la tesis restrictiva, que se sostuvo inicialmente de que el amparo no era aplicable en el país, pese a su consagración en la Constitución porque carecía de reglamentación. Ahora se sostiene que cualquier juez es competente para conocer y decidir el amparo, que el fallo dictado no tiene consulta, que la ausencia de procedimiento no impide la procedencia del amparo, porque la Constitución dice: “la falta de la ley reglamentaria en estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. (Art. 50 CN), y se otorga ante cualquier acto público o privado, que desconozca, disminuya a menoscabe las garantías constitucionales”. Véase además, Jesús R. Quintero “Recursos de Amparo, La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 9, UCAB, Caracas, 1969-1970, pp. 157 a 206.

el 27 de diciembre de 1.957, en la cual, conforme al principio de la progresividad¹⁸ se abrió el camino para la generalización de la acción de amparo.¹⁹ Ello sin embargo fue contrariado por la Corte Suprema de Justicia a finales de 1970,²⁰ al considerar en relación con la Disposición Transitoria Quinta constitucional, que “la protección de cualquier otro derecho —establecido o no en la Constitución— queda excluida del campo de aplicación de esa norma, por ser evidente la intención del constituyente de limitar su alcance al caso expresamente previsto por ella”, calificando las decisiones que se habían venido adoptadas por jueces de instancia en lo penal amparando otros derechos distintos a la libertad personal, como una “extralimitación de atribuciones,”²¹ y considerando al artículo 49 constitucional como de carácter programático, y por tanto, no aplicable directamente.”²²

A esa interpretación que había sido sentada en una sentencia aislada, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, incluso, le dio una aplicación general al dictar un “Acuerdo” de 24 de abril de 1972 conforme a las potestades reglamentarias que le otorgaba el artículo 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el cual precisó que:

“la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución,

¹⁸ Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías. “La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo,” en *Revista de Derecho Público*, N° 19, Caracas, 1984, pp. 207 ss.

¹⁹ Véase la referencia al caso Ángel Siri en José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 26 ss. y 373 ss.; Ali Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 5; Néstor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Volumen 3, 2a Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 9 ss.

²⁰ En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 11 de noviembre de 1970, en *Gaceta Oficial* N° 1.447, Extraordinaria de diciembre de 1970, pp. 27 y 28, ya se vislumbra la interpretación que posteriormente se adoptaría: «A diferencia de otras situaciones en relación a las cuales el Congreso, aún no ha determinado por Ley, cuál es el juez competente y el procedimiento a seguir a fin de obtener amparo judicial...».

²¹ Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1970 en *Gaceta Oficial* N° 29.434 de 6 de febrero de 1971 pp. 219.984 y 219.985, y en *Gaceta Forense*, N° 70, 1970, pp. 179 ss. Esta decisión fue ratificada por sentencia de la misma Corte de 26 de abril de 1971 en *Gaceta Oficial* N° 1.478, Extraordinaria de julio de 1971, p. 31; y por Acuerdo de 24 de ABRIL DE 1972 en *Gaceta Oficial* N° 29.788 de 25 de abril de 1972, p. 222.865. El criterio de la Corte había sido también el de la Procuraduría General de la República. Véase, *Doctrina Procuraduría General de la República* 1970. Caracas 1971, pp. 37 ss.

²² La Corte dijo: “no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentada para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de hábeas corpus, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto al procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder”. De consiguiente, agregó la Corte.: ““el constituyente supone la existencia de una ley anterior al hecho o acto que afecte el derecho cuya protección se solicite; que autorice a determinados jueces para obrar en el sentido que pretenda el actor; y que establezca un procedimiento adecuado a la finalidad que se persiga. Dado el número y variedad de las situaciones jurídicas, en que pueda estar comprometido un derecho o una garantía constitucional, era forzoso que el constituyente dejara al legislador ordinario la potestad de establecer las reglas conforme a las cuales los tribunales deben amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, teniendo en cuenta no sólo las previsiones ya existentes que es necesario apreciar para atribuir a un determinado tribunal el conocimiento de un asunto, y establecer el procedimiento a seguir en cada situación.” Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1970 en *Gaceta Forense*, N° 70, Caracas 1970, pp. 179 ss.

se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de hábeas corpus previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones”²³.

En esta forma quedó en general fuera de la competencia de los tribunales penales el poder conocer de acciones de amparo respecto de derechos cuyo conocimiento no formase parte de su competencia específica. Como el Acuerdo no consideró que fuera indispensable que para que una acción de amparo pudiera ser interpuesta ante otros tribunales fuera necesaria la sanción de una ley previa que regulara expresamente la acción, después de que Venezuela ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1977 (e igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1978, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el mismo año 1978), los tribunales comenzaron a admitir acciones de amparo en virtud de la consagración en esos instrumentos internacionales (por ejemplo, el artículo 25.1 de la Convención Americana), del derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos.²⁴

Fue con base en estos antecedentes, cuando pocos años después comenzó a modificarse la rigidez interpretativa que en materia de la admisibilidad de las acciones de amparo se había enunciado en 1970, lo que se produjo con una sentencia de un juzgado civil de instancia de 24 de noviembre de 1982 (Caso Rondalera),²⁵ en la cual se admitió una acción de amparo para la protección del derecho a la educación. Si bien al final en primera instancia se declaró sin lugar la acción, una vez apelada la sentencia, el Juzgado Superior competente en cambio decretó el amparo solicitado mediante sentencia de 10 de febrero de 1983,²⁶ para lo cual, al referirse al problema de la competencia, señaló:

“el mandato del Constituyente de amparar está dirigido a todos los Jueces, y que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido la incompetencia de los Tribunales Penales para conocer de juicios de amparo distintos a las que tengan por objeto la privación o restricción de la libertad humana, pues de ellos corresponde conocer a la Jurisdicción Penal con exclusividad, persiste en cuanto al recurso de amparo la competencia genérica que establece el artículo 49 de la Constitución, lo que hace competente a dicho Tribunal, como tribunal civil para conocer en primer grado de este recurso de amparo que evidentemente pretende obtener la protección de un derecho civil como son el de educar, mediante el ejercicio de la actividad docente y el de recibir educación en plantel escogido por los padres”²⁷.

²³ Véase el texto en *Gaceta Oficial* N° 29.788 de 25 de abril de 1972. Véase, así mismo en la revista *Ministerio Público*, N° 19, Caracas 1972, pp. 105-107.

²⁴ Véase en *Gaceta Oficial* N° 31.256 de 14 de junio de 1977 y N° 2.146 Extra, de 28 de enero de 1978.

²⁵ Véase René Molina Galicia, *El Amparo a Rondalera*, Ediciones, Síntesis Jurídica, Caracas, 1984, p. 80.

²⁶ *Idem*, pp. 106 a 169.

²⁷ *Idem*, pp. 152 a 163.

El Tribunal Superior, para llegar a esta conclusión, al referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1970, puntualizó además, que después de 21 años de vigencia de la Constitución de 1961, y a pesar de que no se había “reglamentado ese recurso efectivo, rápido y eficaz, para desentrañar las violaciones,” salvo el amparo de la libertad personal y las restricciones de que ella pueda ser objeto, mediante el Hábeas Corpus, ya eran:

“leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales, la que nos lleva a la conclusión de que la situación jurídica en Venezuela no es la misma de 1970, y la jurisprudencia favorable a la admisión a la acción de amparo a nivel de instancia se ha incrementado con los problemas de competencia, por ser llevados a la jurisdicción penal, aun cuando se trate de materias civiles, por la experiencia que se reconoce a dicha jurisdicción en el manejo de Hábeas Corpus”²⁸.

Esta puede considerarse, en Venezuela, como el antecedente remoto del control de convencionalidad que permitió, con base en las disposiciones de la Convención Americana, que se generalizara la admisión de las acciones de amparo aún sin que se hubiese dictado la ley que la regulara; interpretación que fue luego acogida por la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, al decidir sobre una acción de amparo que había sido intentada por un candidato presidencial contra una decisión del Consejo Supremo Electoral que limitaba el derecho a realizar propaganda electoral en condiciones de igualdad. Se trató del caso Andrés Velázquez decidido mediante sentencia de 20 de octubre de 1983,²⁹ en el cual se admitió la posibilidad del ejercicio de acciones de amparo para la protección de derechos distintos al de hábeas corpus, al considerar que el carácter programático del artículo 49 de la Constitución, había quedado superado “desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo.”

Se admitió así la acción de amparo en Venezuela, con base en el control de convencionalidad que realizó la Corte Suprema, exigiéndole sin embargo a los tribunales de instancia que ejercieran la competencia en la materia con prudencia “tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia,” precisando que debían conocer de los “recursos de amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados.”³⁰

Posteriormente, en forma más directa, e igualmente en materia de admisibilidad de la acción de amparo en ausencia de previsiones constitucionales y legales, mediante un control de convencionalidad y en aplicación de la Convención Americana, en 1999 se admitió la acción de amparo en la República Dominicana, donde hasta esa fecha no se había admitido por falta de reglas de procedimiento relativas al amparo, incluyendo

²⁸ Idem, p. 149.

²⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 169 y 170. Véase el comentario sobre esta sentencia del Magistrado ponente del fallo, René De Sola, «El Recurso de Amparo en Venezuela» en *Revista SIC*, N° 472, Caracas, febrero 1985, pp. 74 ss.

³⁰ Idem, p. 170.

normas legales atributivas de competencia judiciales para conocer de la acción. Se trató de la sentencia del caso *Productos Avon S. A.* dictada por la Corte Suprema el 24 de febrero de 1999 con motivo de un amparo ejercido contra una decisión judicial por violación de derechos laborales, que admitió la acción en ausencia de disposiciones constitucionales o legales sobre la misma, prescribiendo incluso las normas de procedimiento aplicables,³¹ declarando para tal fin que “el recurso de amparo previsto en el artículo 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3, de la Constitución de la República.”³²

Esta sentencia de la Corte Suprema de la República Dominicana fue también un claro ejemplo de control de convencionalidad contra la omisión legislativa, admitiéndose la acción de amparo para la protección de los derechos humanos de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Antes, sin embargo, la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, como Jurisdicción Constitucional, también había ejercido el control de convencionalidad al anular diversas disposiciones legales basando su decisión en la violación de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerados, de

³¹ El caso se desarrolló como sigue: 1. La empresa demandante alegó que la decisión judicial del tribunal laboral había violado su derecho a ser juzgado por el juez natural, a cuyo efecto solicitó a la Corte Suprema que: primero, declarara en su sentencia que el amparo debía considerarse como una institución dominicana de derecho público; y segundo, que la Corte Suprema, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial que le atribuye a la Corte el poder de resolver sobre el procedimiento aplicable en caso de que no exista uno legalmente prescrito, disponiendo las normas respectivas, que en consecuencia estableciera dichas normas en relación con los recursos de amparo. Adicionalmente, el recurrente solicitó a la Corte que dictara una medida cautelar suspendiendo los efectos de la sentencia laboral impugnada mientras durase el juicio de amparo. 2. La Corte Suprema, a los efectos de decidir, estableció el criterio que los tratados internacionales invocados por el recurrente, particularmente los artículos 8 y 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, eran parte del derecho interno de la República Dominicana, y tenían la finalidad de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la indicada Convención, contra todo acto violatorio de dichos derechos, cometido por cualquier persona actuando o no en el ejercicio de funciones públicas, por lo que incluso se admitía contra actuaciones de particulares. En este aspecto, la Corte Suprema resolvió que: “Contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto a favor de toda persona contra actos que viole sus derechos fundamentales, “aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales”. Igualmente, la Corte resolvió que la vía del amparo: “Queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional. Del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido. Véase en *Iudicum et Vita*, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos, No. 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, *Idem*, pp. 334 ss.; y en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2000, pp. 95-102.

³² Véase en *Iudicum et Vita*, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos, No. 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 333

acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 22 de la Constitución de 1999), como “derechos inherentes a la persona humana.”³³

Así ocurrió, por ejemplo, en 1996, cuando la antigua Corte Suprema de Justicia, al decidir la acción popular de inconstitucionalidad que se había intentado contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas por no haberse respetado los derechos de participación política de las comunidades indígenas que debieron haber sido consultadas, resolvió que siendo dicho Estado de la federación venezolana mayormente poblado por dichas comunidades, la sanción de dicha Ley sin previamente haberse oído la opinión de las mismas, mediante consulta popular, significó la violación del derecho constitucional a la participación política, el cual aún cuando no estaba expresamente enumerado en la Constitución de 1961, fue considerado como inherente a la persona humana, como un “principio general de rango constitucional en una sociedad democrática”, aplicando la cláusula abierta del artículo 50 constitucional y además, la Convención Americana de derechos Humanos.³⁴ Para ello, la Corte decidió que en el caso había ocurrido una violación a los derechos constitucionales de las minorías establecidos en la Constitución y en los tratados y convenciones internacionales, en particular, al derecho a la participación política en el proceso de elaboración de leyes.

El año siguiente, en 1997, la misma antigua Corte Suprema de Venezuela dictó otra importante decisión, en este caso anulando una ley nacional, la llamada Ley de Vagos y Maleantes, por considerarla inconstitucional por violación de las garantías judiciales y al debido proceso, basándose de nuevo en el “proceso de constitucionalización de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución”, y considerando que dicha ley “vulnera *ipso jure*, Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional.” La Corte en efecto, consideró a la ley impugnada como infamante, al permitir detenciones ejecutivas o administrativas de personas consideradas como vagos o maleantes sin garantía alguna del debido proceso, basando su decisión en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual consideró que “se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de America Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

³⁴ Véase sentencia de 5 de diciembre de 1996, caso: Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros, en *Revista de Derecho Público*, No. 67-68, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1996, pp. 176 ss. Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de America Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701; Carlos Ayala Corao, “El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales,” Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, Memorias I Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución*, Panamá 2012, pp. 180-181

a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales.” La Corte consideró que la ley impugnada era inconstitucional en virtud de que omitía las garantías de un juicio justo establecidas en los artículo 7 y 8 de la Convención Americana y en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y porque además era discriminatoria, violando el artículo 24 de la misma Convención Americana, cuyo texto íntegro se transcribió en la sentencia.³⁵ Se trató, sin duda, de un ejemplo claro de control de convencionalidad ejercido por la jurisdicción Constitucional interna.

III. EL DESARROLLO CONCEPTUAL RECIENTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDEN INTERNO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En todo caso, esa tendencia de desarrollo del control de convencionalidad del orden normativo interno realizado por los jueces nacionales, como se dijo, fue la que encontró su definición conceptual expresa en la sentencia antes mencionada de la Corte Interamericana, dictada en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, cuyo contenido ha sido reiterado en otras decisiones posteriores como por ejemplo, las dictadas en los casos.³⁶

En el citado caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 2006, en efecto, sobre el control de convencionalidad, la Corte Interamericana reiteró lo que antes había expuesto en el sentido de que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin;”

³⁵ Véase sentencia de 6 de noviembre de 1997, en Revista de Derecho Público No. 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997, pp. 177 y ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Derechos Humanos, Democracia e Integración Jurídica en América del Sur*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701. Carlos Ayala Corao, “El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales,” en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución*, Panamá 2012, pp. 181-182.

³⁶ Véase por ejemplo, las sentencias en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006; *La Cantuta vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006 (Párr. 173); *Boyce y otros vs. Barbados* de 20 de noviembre de 2007 (Párr. 78); *Fernán Ramírez y Raxcacó Reyes v. Guatemala* de 9 de mayo de 2008, (Párr. 63); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008 (Párr. 180); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* de 23 de noviembre de 2009 (Párr. 339); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* de 26 de mayo de 2010 (Párr. 208, nota 307); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 24 de agosto de 2010; *Fernández Ortega y Otros vs. México* 30 de agosto de 2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* de 31 de agosto de 2010 (Párr. 219); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* de 1º de septiembre de 2010 (Párr. 202); *Vélez Loo vs. Panamá* de 23 de noviembre de 2010 (Párr. 287); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* de 24 de noviembre de 2010 (Párr. 106), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 225).

Agregando que en esos casos,

“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 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 pertinentes.”³⁷

De acuerdo con estas definiciones conceptuales el control de convencionalidad se concibe en el orden interno por la Corte Interamericana, como una tarea asignada básicamente al “Poder Judicial” en general, es decir, a los “jueces y tribunales internos” sin distinción alguna, e independientemente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país, siendo este quizás el dato de mayor interés a retener de dicha definición por las repercusiones que conlleva. Como lo dijo con toda precisión el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010, el control de convencionalidad en el ámbito interno “convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana... Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional.”³⁸

Por ello, como también lo expresó Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al mismo caso:

“no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³² y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, 33 de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.”³⁹

³⁷ Véase sentencia en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

³⁸ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 24), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf Véase en igual sentido, Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p.141. Véase Néstor Pedro Sagües, “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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 428

³⁹ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 20, 23), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. En el mismo Voto razonado, el juez Ferrer Mac-Gregor agregó que “la doctrina del “control difuso de convencionalidad” establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios a todos los jueces nacionales, que deben ejercer dicho “control” con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.” Ídem, Párr. 33. Véase igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 139

Esto significa entonces que conforme a la doctrina de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad corresponde ser ejercido en el ámbito interno por todos los jueces y tribunales, sin distingo, lo que implica:

En *primer lugar*, que se ejerce en las Jurisdicciones Constitucionales. Es decir, por una parte, por todos los Tribunales Constitucionales donde estos existan, estén estos ubicados dentro del Poder Judicial (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, República Dominicana) o fuera del mismo (Chile, Perú), e independientemente de que ejerzan el control concentrado de constitucionalidad en forma exclusiva (Bolivia, Chile,) o combinado con el método difuso (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana); y por la otra, a las Cortes Supremas de Justicia cuando estén configuradas como tal Jurisdicción Constitucional, sea que ejerzan el control concentrado a través de una Sala Constitucional (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay, Venezuela) o en Pleno (Brasil, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay), e independientemente de que ejerzan dicho control de constitucionalidad concentrado en forma exclusiva (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay) o combinado con el método difuso (Venezuela, Nicaragua,).

En *segundo lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales (incluyendo las Cortes Supremas) que en el orden interno ejerzan un control difuso de la constitucionalidad, sea que se trate de la única forma de control de constitucionalidad existente en el país (Argentina) o que lo ejerzan en forma combinada con el método concentrado (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela).

Y en *cuarto lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales aún cuando en el orden interno no tengan asignado el ejercicio del control difuso de constitucionalidad (Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Honduras, Paraguay, Uruguay), pues en definitiva, si bien se pueden establecer semejanzas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad,⁴⁰ se trata de dos procesos distintos, de manera que en ningún caso se puede considerar al control de convencionalidad como un control de constitucionalidad, particularmente porque cuando se ejerce en el orden interno, su fuente no se encuentra en la Constitución de los respectivos países, sino en la Convención Americana como integrante que es del bloque de la constitucionalidad.

IV. ALGO SOBRE LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por otra parte, por lo que respecta al control de convencionalidad ejercido en el ámbito internacional por la Corte Interamericana, las sentencias nunca tienen efectos ni anulatorios ni invalidatorios como resultado del mismo, limitándose la Corte

⁴⁰ Véase Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 337.

Interamericana a ordenar al Estado cuyas normas han infringido los derechos garantizados en la Convención, a adoptar las medidas necesarias para reformar sus normas internas para adecuar los preceptos legales a lo establecido en la Convención, incluso las de orden constitucionales,⁴¹ como sucedió en casos decididos por la Corte Interamericana respecto de Chile y Trinidad,⁴² y proceder a dejar sin efecto los actos Estatales lesivos.

Esta adecuación, como lo destacó la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008, implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:

“i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.”⁴³

Esta obligación de los Estados puede implicar incluso la de adaptar y modificar la propia Constitución como se decidió por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *La Última Tentación de Cristo* de 2001. En dicha sentencia, la Corte Interamericana entendió que “la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, considerando que en dicho caso, dicha responsabilidad internacional del Estado chileno “se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.” Fue en virtud de ello, que además de declarar la violación al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y otros, decidió “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”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.”⁴⁴

⁴¹ Véase Néstor Sagüés, El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales, La Ley, 2009-B, p. 761; y Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 33, 78; Humberto Noguera Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, FUNDAP, Querétaro, México 2012, p. 337.

⁴² Véase Ernesto Rey Cantor, “Controles de convencionalidad de las leyes,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, FUNDAP, Querétaro, México 2012, p. 412.

⁴³ Véase la sentencia en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 (Párr. 180-181), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf. Véase el comentario en Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128

⁴⁴ Véase sentencia en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (Párr. 103.4), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf Igualmente se destaca la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Caesar vs. Trinidad* de 11 de marzo de 2005.

Otro ejemplo destacado que debe mencionarse fue la sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005⁴⁵ en la cual la Corte Interamericana, consideró que una norma (art. 201) del Código Penal de Guatemala que permitía la pena de muerte en determinadas circunstancias, infringía la prohibición de privación arbitraria de la vida establecida en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención, razón por la cual ordenó al Estado guatemalteco que debía reformar el artículo 201 del Código Penal, que en la reforma el Estado “en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana,” y que mientras ello ocurría el Estado debía “abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente.”⁴⁶

En sentido similar, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010,⁴⁷ la Corte Interamericana al constatar que el Estado mexicano había violado el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, declaró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana, ordenando al Estado “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.”⁴⁸

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por todo ello, en nuestro criterio, el desarrollo del control de convencionalidad en la doctrina establecida por la Corte Interamericana, no supedita ni puede supeditar dicho control a la existencia de un determinado sistema de justicia constitucional que se pueda haberse desarrollado en cada país. Por ello consideramos, por ejemplo, que en los países en los cuales no existe un control difuso de la constitucionalidad, nada impide que los jueces y tribunales a los cuales se aplica directamente las previsiones de la Convención Americana no puedan ejercer el control difuso de convencionalidad. Tal es el caso, por ejemplo, en los países en los cuales existen sistemas de justicia constitucional exclusivamente concentrados (Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay), donde además de que las previsiones de la Convención Americana formen parte del bloque de constitucionalidad, las mismas obligan a todos

Véase en comentario en Ernesto Rey Cantor, “Controles de convencionalidad de las leyes,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 412-413.

⁴⁵ Véase sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie CNo. 133, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf

⁴⁶ Ídem, Párr. 132..

⁴⁷ La Corte citó en apoyo las sentencias dictadas en los casos *Radilla Pacheco vs. México* de 23 de noviembre de 2009, (Párr. 341 y 342) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf ; *Fernández Ortega y otros. vs. México*, (Párr. 238 y 239), y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 30 de agosto de 2012 (Párr. 221 y 222) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf .

⁴⁸ Véase sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 234), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

los jueces y tribunales nacionales, siendo de aplicación directa por parte de todos ellos. Sin embargo, por ejemplo, en relación con Chile, a pesar de coincidir en que el control de convencionalidad es distinto al control de constitucionalidad, Humberto Noguera Alcalá, en definitiva hace depender uno de otro y considera que en dicho país, el control de convencionalidad sólo lo puede ejercer el órgano que ejerce el control de constitucionalidad que en ese caso es de carácter concentrado, que es el Tribunal Constitucional.⁴⁹ Al contrario Néstor Pedro Sagües, considera que todos los jueces en el ámbito interno deben ejercer el control de convencionalidad “que aunque no se encuentre habilitado para declarar la inconstitucionalidad, v.gr., a una regla del Código Civil, de todos modos tiene, en el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme y no contra, a la Constitución Local.”⁵⁰

En nuestro criterio, sin embargo, cuando afirmamos que todos los jueces nacionales tienen competencia para ejercer el control de convencionalidad, es para ejercerlo, de manera que aún en los países que tienen un sistema concentrado de control de constitucionalidad, y a pesar del control concentrado de constitucionalidad existente, todos los jueces y tribunales deben aplicar la Convención Americana y por ello están llamados a ejercer el control difuso de convencionalidad, lo que implica que en caso de incompatibilidad o conflicto entre una norma interna que deban aplicar para resolver un caso concreto y normas de la Convención Americana, deben dar preferencia a éstas y desaplicar las normas de derecho interno contrarias a la Convención. Dicho control de convencionalidad que los jueces deben ejercer, por supuesto, lo deben realizar, como lo precisó la Corte Interamericana, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.” Ello es, de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello tenga ningún condicionante la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad, que es otra cosa.

Por tanto, no estamos de acuerdo que en materia de control de convencionalidad, se pueda afirmar, como lo hizo por ejemplo la Suprema Corte de México en sentencias de diciembre de 2011, en el sentido de que el ejercicio de este control difuso de convencionalidad “deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país” o que “debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente.”⁵¹ La afirmación, por supuesto, no tiene mayores consecuencias

⁴⁹ Véase Humberto Noguera Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

⁵⁰ Véase Néstor Pedro Sagües, “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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, p. 426.

⁵¹ Véase las sentencias en Alfonso Jaime Martínez Lazcano, “Control difuso de convencionalidad en México,” en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución*, Panamá 2012, pp. 209- 210. Véase igualmente las referencias en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 41, 80.

si sólo se atiende a la situación en México, pues el sistema de justicia constitucional ha evolucionado hacia un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad que existe en el presente, en el cual coexiste el control concentrado que ejerce la Suprema Corte, coexiste con el control difuso que ejercen los tribunales en general.

Sin embargo, una afirmación como la mencionada si tendría consecuencias en países como Panamá, Costa Rica o Chile, donde sólo existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad que ejerce en exclusiva la Corte Suprema y no existe control difuso de constitucionalidad,⁵² lo que podría llevar a la conclusión que los jueces en general no podrían ejercer el control de convencionalidad.⁵³ Esta ha sido también, por ejemplo, la conclusión a la que ha llegado el magistrado Jerónimo Mejía Edwards de la Corte Suprema de Panamá, al indicar también que el control de convencionalidad en el ámbito interno debe ejercerse “a la luz del sistema de constitucionalidad previsto en el país”⁵⁴ o “a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado,”⁵⁵ concluyendo que tratándose en el caso de Panamá de un sistema completamente concentrado de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad solo puede ejercerse “a través de esos mecanismos que se efectúa el control de constitucionalidad” pudiendo los jueces en caso de encontrar una incompatibilidad entre una ley y la Convención Americana, solamente elevar la consulta respectiva ante la Corte Suprema de Justicia para que sea ésta la que ejerza el control de convencionalidad.⁵⁶

En estos casos de países en los cuales no existe control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el propio juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, quién también ha contribuido al desarrollo conceptual de los contornos del control de convencionalidad en nuestros países, particularmente en su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* de 26 de noviembre de 2010, ha estimado que en esos casos en los cuales el control de convencionalidad es ejercido por los jueces y tribunales en países en los cuales no existe control difuso de constitucionalidad, se trata de un control de “menor intensidad” quedando limitado el juez, en esos casos, a sólo producir “interpretaciones conformes” a la Convención, sin poder decidir sobre la inaplicabilidad de normas cuando son inconventionales.⁵⁷

⁵² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado,” en *Revista Novum Ius*, Edición N° 15°, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010, pp. 130-168

⁵³ Como se señaló, así lo considera por ejemplo respecto de Chile, Véase Humberto Noguera Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

⁵⁴ Véase Jerónimo Mejía Edwards, “Control de constitucionalidad y convencionalidad en Panamá,” en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución*, Panamá 2012, pp. p. 258

⁵⁵ Ídem, p. 261

⁵⁶ Ídem, 261-263

⁵⁷ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 37), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf El mismo juez Ferrer Mac Gregor ha agregado: “En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación

El razonamiento del juez Ferrer Mac Gregor parte de la interpretación de la frase de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según la cual el control de convencionalidad que deben ejercer todos los jueces de oficio, lo deben realizar “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes,”⁵⁸ considerando sin embargo que la misma no puede interpretarse como “limitante para ejercer el “control difuso de convencionalidad,” sino como una manera de “graduar” la intensidad del mismo;⁵⁹ concluyendo entonces con su apreciación de que “el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuye en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto.”⁶⁰

Estimamos, al contrario, que en relación con este control difuso de convencionalidad que ha definido la jurisprudencia de la Corte Interamericana para ser ejercido en el ámbito interno, “implica que todos los jueces, sin distinción, pueden ejercerlo,”⁶¹ independientemente de que el sistema de justicia constitucional no admita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios.⁶²

Es sin duda útil hacer la comparación entre el sistema de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, como lo hizo en su momento el juez García

convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconvencionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional (Párr. 39), Ídem. Véase igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 110, 123, 147, 148

⁵⁸ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 39), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Véase igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 147, 151. Véase también Claudio Nash Rojas, “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,’” en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 65.

⁵⁹ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 35), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

⁶⁰ Ídem, Párr. 37. Véase también Aylín Ordóñez Reyna, “Apuntes a El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,” de Víctor Bazán, en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 80

⁶¹ Véase Alfonso Jaime Martínez Lazcano, “Control difuso de convencionalidad en México,” en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución*, Panamá 2012, p 201

⁶² Véase las dudas y discusión sobre esta posibilidad de que todos los jueces ejerzan en el ámbito interno el control de convencionalidad aún cuando el sistema de control de constitucionalidad adoptado no los autorice a ejercer el control difuso de constitucionalidad, en Aylín Ordóñez Reyna, “Apuntes a El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas” de Víctor Bazán, en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 75, 76 81.

Ramírez, pero en nuestro criterio, por ser distintos ambos controles,⁶³ ello no autoriza a hacer depender el funcionamiento del último respecto de lo que se establezca en el primero.

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana, ese control difuso de convencionalidad lo deben ejercer todos los jueces, sin distinción, *de oficio*, lo que siempre ocurre, por supuesto, en el curso de un proceso que ha sido iniciado a instancia de parte.

Sobre ello, sin embargo, el magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica ha considerado que con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú*,⁶⁴ se produjo:

“una modificación o reforma tácita de todas las legislaciones nacionales en materia de acciones de inconstitucionalidad, por cuanto, ahora el respectivo Tribunal o Sala, de oficio y aunque no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe efectuar el test de convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local.”⁶⁵

De ello concluyó el magistrado Jinesta que:

“en el Derecho Procesal Constitucional se da un salto parcial, a nivel interamericano, de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, por lo cual los Tribunales y Salas, so pena de hacer incurrir al Estado respectivo en responsabilidad internacional por omisión, deben efectuar, oficiosamente de convencionalidad, obviamente, todo dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas.”⁶⁶

Sin embargo, en realidad, la competencia de las Jurisdicciones Constitucionales para poder conocer de oficio, en el curso de un proceso ya incoado por una parte, de vicios de inconstitucionalidad no denunciados, o de los jueces de ejercer de oficio el control difuso de inconstitucionalidad no es nada nuevo en América Latina, habiendo sido consagrado en muchos casos legalmente.⁶⁷ Por lo demás, la referencia que hizo en este sentido la Corte Interamericana en las sentencias citadas sobre este control de convencionalidad de oficio, en nuestro criterio no elimina el principio dispositivo

⁶³ Véase Claudio Nash Rojas, “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas’,” en Víctor Bazán y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 65

⁶⁴ Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

⁶⁵ Véase Ernesto Jinesta L., “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales*. En memoria del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, Funda, Querétaro, México 2012, p. 278

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, No. 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250. Publicado en *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, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 129-159.

que rige los procesos judiciales, significando que la actuación de oficio para ejercer el control de convencionalidad se tiene que producir siempre en el curso de un proceso iniciado a instancia de parte, aún cuando las partes no lo hayan planteado la cuestión de convencionalidad.

El tema, en todo caso, lo que plantea hacia el futuro como tema de discusión en esta materia, es la posibilidad o el deber, no ya sólo de los tribunales nacionales, sino de la propia Corte Interamericana de poder ejercer de oficio el control de convencionalidad, cuando en los procesos por violación de derechos de la Convención Americana de los cuales esté conociendo, evidencie *motu proprio* la existencia de violaciones respecto de otros derechos de la Convención aún cuando no hayan sido denunciadas por la víctima , y que resulten de las actas del expediente.

New York, noviembre de 2012

XXI

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Ponencia presentada el II Congreso Internacional sobre “Los Derechos Económicos y Sociales y su exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho”, auspiciado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 26 al 29 de noviembre de 2014. Publicado en II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional. Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de Derecho, Tribunal Constitucional, República Dominicana, Santo Domingo 2017, pp. 409-494.

Si algo ha caracterizado la evolución del constitucionalismo latinoamericano en sus doscientos años de historia, ha sido la progresiva incorporación y ampliación, en el texto de las Constituciones, de declaraciones de derechos fundamentales, cuyo contenido pasó, de la consagración de los iniciales derechos individuales y políticos del constitucionalismo del siglo XIX, a la consagración de los derechos sociales, económicos y ambientales del constitucionalismo del siglo XX; y además, el desarrollo, también progresivo, particularmente durante el siglo pasado, de medios judiciales puestos a disposición de las personas y de las colectividades para asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos declarados, mediante la atribución a los jueces de competencias para conocer y decidir acciones de amparo, de tutela o de protección constitucional,¹ además de las

¹ Véase en relación con nuestros trabajos sobre el amparo en el derecho comparado, :Allan R. Brewer-Carías, El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp.; también publicado en el libro La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.740; Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2005; y Allan R. Brewer-Carías, Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings. Cambridge University Press, New York 2009; Leyes de Amparo de América Latina, (Compilación y Estudio Preliminar), Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Instituto de Administración Pública del Estado de México,

acciones y procesos para el control de constitucionalidad de las leyes y de las omisiones legislativas.²

Pero es evidente que este tipo de sistemas constitucionales con amplias declaraciones de derechos y mecanismos variados de control de constitucionalidad, como el que se evidencia en la mayoría de nuestros países de América Latina, no siempre se encuentra en el constitucionalismo contemporáneo, lo que sin embargo no ha impedido que los derechos fundamentales, y particularmente los derechos sociales, también hayan encontrado protección. En otras palabras, particularmente fuera del ámbito latinoamericano, si bien el Juez Constitucional no siempre ha tenido a su disposición declaraciones extensas de derechos y ni siquiera mecanismos específicos de protección como la acción de amparo para asegurar la justiciabilidad de los derechos sociales, ello no ha impedido que la mayoría de ellos hayan encontrado protección constitucional, aun cuando, sin duda, en forma variada según el activismo desarrollado por el juez constitucional.

Nuestra intención en estas notas es referirnos precisamente a las diversas experiencias en el derecho comparado de la protección o justiciabilidad específica de los derechos sociales, para lo cual analizaremos la situación actual en el derecho comparado estudiando: en *primer lugar*, los principios para la protección de los derechos sociales en sistemas como los latinoamericanos, con amplias declaraciones de derechos fundamentales; en *segundo lugar*, el tema de la protección de los derechos sociales en sistemas constitucionales con escuetas o insuficientes declaraciones constitucionales de derechos, haciendo especial énfasis en el valor de las cláusulas abiertas de derechos y en las mutaciones constitucionales efectuadas por el Juez Constitucional para asegurar su protección; en *tercer lugar*, la protección de los derechos sociales mediante el control de constitucionalidad de las leyes sin declarar su nulidad, superándose el binomio inconstitucionalidad/nulidad, particularmente mediante sentencias aditivas; en *cuarto lugar*, la protección de los derechos sociales mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, emitiendo instrucciones y directrices al legislador; en *quinto lugar*, la protección constitucional de los derechos sociales mediante el control de la constitucionalidad de las leyes, acompañando su declaratoria de nulidad, con el establecimiento de una legislación provisional establecida por el Juez Constitucional; en *sexto lugar*, el tema de la protección de los derechos sociales en América Latina, con particular referencia al derecho a la salud.

Poder Judicial del Estado de México, Academia de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, 2 vols. Guadalajara 2009.

² Véase en relación con nuestros trabajos sobre la justicia constitucional en el derecho comparado Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; “La Justicia Constitucional en América Latina» en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 309, Santa Fe de Bogotá, Colombia, julio 1997, pp. 81-133; y en *Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*, Memorias Congreso Internacional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, pp. 466-516; *Constitutional Courts As Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011; y *Judicial Review. Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses (1985-2011)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

I. LA PROTECCIÓN Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

1. *Las amplias declaraciones de derechos fundamentales en América Latina y sus garantías judiciales: el ejemplo del régimen constitucional de la República Dominicana*

Entre las Constituciones más recientes de América Latina está la Constitución de la República Dominicana que siguiendo la orientación del constitucionalismo contemporáneo de nuestros países, se caracteriza por tener en su articulado, no sólo por la extensa declaración de derechos fundamentales, sino la consagración por primera vez en el texto fundamental, de la acción de amparo, seguida del perfeccionamiento de los otros medios procesales de control de la constitucionalidad de las leyes.

En cuanto a la declaración de derechos, la Constitución de 2010 trae una extensa declaración de derechos, agrupados en las diversas categorías de los derechos civiles y políticos (art. 37-49), los derechos económicos y sociales (arts. 50-54), los derechos culturales y deportivos (arts. 64-655), y los derechos colectivos y del medio ambiente (arts. 66-67). Entre ellos se destacan los derechos sociales, que es a los cuales quisiera referirme específicamente, y que en la Constitución se agrupan en los siguientes: los derechos de la familia (art. 55), entre ellos los derechos de protección del matrimonio, de los menores de edad (art. 56), de las personas de la tercera edad (art. 57), y de las personas con discapacidad (art. 58); el derecho a la vivienda (art. 59), el derecho a la seguridad social (art. 60), el derecho a la salud integral y a la protección de la salud (art. 61); el derecho al trabajo (art. 62); y el derecho a la educación (art. 63).

Pero además de declarar derechos, la Constitución de la República Dominicana específicamente “garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de 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” (art. 68); consagrando además el derecho de todas las personas, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso” (art. 69).

Entre esos mecanismos de tutela y protección, además del importante sistema de control de constitucionalidad de las leyes establecido en la República Dominicana, y de la acción de habeas corpus para la protección de la libertad y seguridad personal, por supuesto, se destaca la regulación en el artículo 72 de la Constitución, de la acción de amparo, estableciendo el derecho de toda persona:

“a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos.

Esta consagración amplia del amparo en la Constitución de la República Dominicana, sin duda, responde a las líneas de la institución del amparo conforme a lo

dispuesto en el artículo 25 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de la obligación de los jueces de asegurar la protección de los derechos fundamentales de las persona, mediante un “recurso sencillo y rápido o mediante cualquier otro recurso efectivo,” contra los actos que los violen; previsión que además permite a los jueces poder ejercer el control de convencionalidad en relación con cualquier norma restrictiva del derecho, pues de la misma derivan lo que se podría considerar como los contornos fundamentales que debe tener la institución del amparo para la protección de los derechos fundamentales.³ Esos contornos son:

En *primer* lugar, la idea de que el amparo es un derecho, precisamente el derecho a ser amparado, que se establece en la Convención Americana como un derecho fundamental⁴ en sí mismo; y que en la Constitución de la República Dominicana además de regularse como el derecho a una acción de amparo (art. 72), para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, éstos también se pueden garantizar “a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos”(art’68); todo lo cual permite concebir el amparo como un derecho fundamental de carácter internacional y constitucional de todas las personas a ser amparadas en sus derechos fundamentales y a obtener la tutela judicial efectiva de los mismos

En *segundo* lugar, debe destacarse que la Convención, como también sucede en la Constitución de 2010, regula un derecho a ser amparado como correspondiente a “toda persona” sin distingo de ningún tipo, por lo que corresponde a las personas naturales y jurídicas o morales; nacionales y extranjeras; hábiles y no hábiles; de derecho público y derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *tercer* lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección o la acción de amparo puede interponerse ante los tribunales competentes, de manera que no se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente es del Poder Judicial, como es precisamente el caso de la República Dominicana.

En *cuarto* lugar, conforme a la Convención, y de acuerdo con la Constitución de 2010, este derecho a obtener la satisfacción de sus derechos, o a la tutela judicial efectiva de los mismos ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos fundamentales que estén declarados en la Constitución, o en la Convención Americana, lo que abarca, como lo indica el artículo 38 de la Constitución a los derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad de la persona, incluyendo los derechos económicos y sociales.⁵

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo en América Latina: La universalización del Régimen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales”, en *Ética y Jurisprudencia*, 1/2003, Enero-Diciembre, Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos “Cristóbal Mendoza”, Valera, Estado Trujillo, 2004, pp. 9-34

⁴ Véase en general, Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México 2003; y Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México 2006

⁵ Véase en general Jesús María Casal, “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión,” en Gonzalo Pérez Salazar, Luis Petit Guerra y Víctor R. Hernández-Mendible (Coords.), *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garantes de los Derechos Humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani* y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA, Centro de Estudios de Derecho Procesal

Además, en *quinto* lugar, la protección que regula la Convención, y además, la Constitución de 2010, es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de cualquier autoridad que viole los derechos y, por supuesto, también que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación que provenga del Estado y de sus autoridades.

Y en *séptimo* lugar, la protección que consagra la Convención y la Constitución de 2010 es también contra cualquier lesión o amenaza de lesión de los derechos fundamentales producida por cualquier acto u omisión, “de toda autoridad pública o de particulares,” razón por la cual no debería haber acto ni actuación pública alguna excluida del amparo, en cualquier forma, sea un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión

El anterior es en líneas generales el parámetro que establece la Convención Americana sobre el amparo, que se sigue en casi todos sus aspectos en la Constitución de la República Dominicana, regulándose un amplísimo régimen garantista que permite asegurar, sin duda, una amplia posibilidad de protección y justiciabilidad de los derechos sociales. Para el mismo, sin duda, la existencia de extensas declaraciones de derechos facilita la labor del juez constitucional para poder proceder de inmediato a asegurar su protección.

Ello se complementa, como se dijo, con el amplio sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes establecido en la Constitución de 2010, que combina la atribución de competencias al Tribunal Constitucional, creado “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” (art. 184), para ejercer tal control de constitucionalidad de los actos legislativos y otros actos estatales de ejecución directa de la Constitución (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas (art. 185,1), con potestad para anularlos cuando sean inconstitucionales; con la competencia de todos los tribunales para declarar dichos actos como inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188) cuando los consideren inconstitucionales.⁶

2. La garantía del amparo constitucional como instrumento para la justiciabilidad de los derechos fundamentales en América Latinas

La situación en América Latina para la garantía de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos sociales, puede decirse que en general sigue la misma orientación

Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas. 2013; Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano,” en Estudios Constitucionales, N° 2, Santiago, 2009, pp. 143 ss.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales (2011),” en Estudios Constitucionales, No. 9, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, pp. 303-338.

antes mencionada relativa al régimen en la República Dominicana. Así, en general, en América Latina puede decirse que la labor del juez constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales, cuenta en general con una base sólida en virtud de las amplias declaraciones de los mismos que se han incorporado en las Constituciones, y adicionalmente, por la previsión en las mismas de precisos medios para la justiciabilidad de los derechos, particularmente mediante la acción de amparo, tutela o protección constitucional.

Sin embargo, debe mencionarse que si bien es cierto que en las formulaciones constitucionales, en la mayoría de los países todos los derechos declarados en las Constituciones, sin excepción, son susceptibles de protección mediante la acción de amparo, como sucede por ejemplo en la República Dominicana, en algunos países, como es el caso de Chile y Colombia, al menos en la fórmula constitucional, el alcance de la protección del amparo ha sido reducida a solo ciertos derechos constitucionales.

A. El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales

En efecto, de acuerdo con la regla general, los derechos protegidos por la acción de amparo son los “derechos constitucionales,” expresión que comprende, *primero*, los derechos expresamente declarados en la Constitución, cualquiera que sea la fórmula que se utilice; *segundo*, aquellos derechos que aun no siendo enumerados en las Constituciones son inherentes a los seres humanos o a la dignidad humana; y *tercero*, aquellos derechos enumerados en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

En palabras de las leyes de amparo de Argentina (art. 1) y de Uruguay (art. 72), la protección constitucional se refiere a los derechos y libertades “explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional,” y que por tanto están declarados a lo largo del texto constitucional, como por ejemplo, también es el caso de Venezuela y de la República Dominicana.

Respecto de los derechos protegidos y a través de las cláusulas abiertas de los derechos constitucionales, como señalamos, casi todos los países latinoamericanos, con excepción de Cuba, Chile, México y Panamá, han admitido la protección constitucional respecto de los derechos y garantías constitucionales no expresamente enumerados en la Constitución pero que pueden ser considerados inherentes a los seres humanos; , enfatizando que la declaración o enunciación de derechos establecida en la Constitución no se entenderá como la negación de otros no establecidos ahí y que son inherentes al individuo o a su dignidad humana. Cláusulas de este tipo se encuentran en las constituciones de Argentina (art. 33), Bolivia (art. 33), Colombia (art. 94), Costa Rica (art. 74), Ecuador (art. 19), Guatemala (art. 44), Honduras (art. 63), Nicaragua (art. 46), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), Uruguay (art. 72) y también en Venezuela (art. 22).

Estas cláusulas abiertas han sido ampliamente aplicadas por los tribunales latinoamericanos, no quedando duda en relación con la posibilidad de que un derecho o garantía no enumerado sea protegido constitucionalmente; formula que como indicamos

tiene su directo antecedente en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual, sin embargo, allí solo se ha aplicado en pocas ocasiones.

La Constitución de la República Dominicana es menos expresiva. Ya en la Constitución de 2002 lo único que se indicaba era que la enumeración constitucional de los derechos “no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza” (art. 74.1); y la de 2010, sólo hay una referencia indirecta al expresar, el artículo 38 de la Constitución, que “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 fundamentales que le son *inherentes*,” de lo cual se deduce que hay derechos inherentes a la dignidad de la persona que para el caso de no estar enumerados expresamente también gozan de protección. La constitución de Ecuador, por ejemplo, se refiere a que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (art. 11.7).

En otros casos, como la Constitución de Brasil, la cláusula abierta, sin referirse a los derechos inherentes de las personas humanas, indica que la enumeración de derechos y garantías en la Constitución, no excluye otros derechos derivados del régimen y principios establecidos por la Constitución o por los tratados internacionales en los cuales la República Federativa de Brasil sea parte” (art. 5.2). La Constitución de Costa Rica se refiere a esos derechos “que se deriven del principio cristiano de justicia social” (art. 74), una expresión que puede interpretarse en el sentido de la dignidad humana y justicia social.

En otras Constituciones, en vez de referirse a derechos inherente a los seres humanos, las cláusulas abiertas se refieren a la soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno y, por consiguiente, más énfasis se hace respecto de los derechos políticos que a los derechos inherentes de las personas humanas. Este es el caso de Argentina, donde el artículo 33 de la Constitución establece que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.” Disposiciones similares están contenidas en las constituciones de Bolivia (art. 55) y Uruguay (art. 72). En Perú (art. 3) y Honduras (art. 63) las constituciones se refieren a otros derechos de naturaleza análoga o que están fundamentados en la “dignidad del hombre o en la soberanía del pueblo, el imperio democrático de la ley y la forma republicana de gobierno.”

En todos estos casos, la incorporación de cláusulas abiertas en la constitución respecto de los derechos humanos implica que la ausencia de regulaciones legales de dichos derechos no puede ser invocada para negar o menoscabar su ejercicio por el pueblo, como está expresado en muchas constituciones (Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela y Ecuador).

Pero además de los derechos declarados en la Constitución y aquellos derivados de las cláusulas abiertas como inherentes a la persona o a la dignidad humana, los derechos declarados en los tratados internacionales pueden también ser protegidos mediante la

acción de amparo. Esto está también expresamente previsto en muchos países donde los derechos declarados en tratados internacionales se les ha conferido rango constitucional, como es el caso de Venezuela (Constitución, art. 23). Asimismo en Costa Rica, por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución es absolutamente claro cuando garantiza el derecho de toda persona a intentar acciones de amparo para mantener o restablecer el goce de todo otro derecho otorgado por esta Constitución así como de aquellos de naturaleza fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la república. En el mismo sentido está regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2.009 de Ecuador que establece en su artículo 1 que “esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.”

Por consiguiente, el alcance de la protección constitucional del amparo en América Latina en general es muy amplio. Esto ha provocado que en algunos países -a fin de determinar el alcance de la protección constitucional del amparo y habeas corpus- las leyes especiales que regulan el amparo tiendan a ser exhaustivas al enumerar los derechos a ser protegidos, como es el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237 de 2.004) expresamente enumera e identifica cuales son los derechos a ser protegidos mediante el amparo y el habeas corpus. Respecto de éste último, una lista extensa está dispuesta en el artículo 25 de la ley, añadiendo que “también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.” Asimismo y respecto de la acción de amparo, el mismo código peruano de procedimiento constitucional incluye una larga lista de derechos (art. 37) a ser protegidos, incluyendo al final una referencia a todos “los demás que la Constitución reconoce”, resolviendo los problemas que normalmente tiene la práctica de enumerar situaciones específicas en las leyes con el riesgo general de dejar asuntos por fuera.

La ley guatemalteca de amparo también tiende a agotar la enumeración de casos en que la acción de amparo puede intentarse⁷, añadiendo asimismo que su admisión se extiende a cualquier situación que presente un riesgo, amenaza, restricción o violación de los derechos reconocidos por “la Constitución y las leyes de la República de Guatemala”, sea que la situación sea causada por entidades o personas de derecho público o privado.

En todos estos casos, cuando se enumeran sin limitación los derechos constitucionales a ser protegidos mediante las acciones de amparo y habeas corpus y si no hay riesgo de dejar fuera derechos constitucionales a ser considerados como protegidos, indudablemente estas leyes son importantes instrumentos para la ejecución judicial de los derechos y para la interpretación jurisprudencial sobre el alcance de los derechos a ser protegidos.

⁷ Véase. Jorge Mario García La Guardia, “La Constitución y su defensa en Guatemala,” en *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 717-719; y *La Constitución Guatemalteca de 1985*, México, 1992.

B. El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales

Aun cuando es verdad que el principio general es que solo los derechos constitucionales han de ser protegidos mediante el amparo y hábeas corpus, el hecho es que no todas las Constituciones latinoamericanas garantizan esa protección constitucional para todos los derechos constitucionales.

Como ya se mencionó y en contraste con el general sentido protector latinoamericano, en el caso de Chile y Colombia, la acción específica de tutela y de protección de los derechos y libertades constitucionales está solamente establecida en la constitución para proteger ciertos derechos y garantías. En estos casos, el alcance de la acción de amparo es uno restringido, el cual ha caracterizado, asimismo, los sistemas restrictivos seguidos en las constituciones alemana y española en relación con los recursos de amparo que están establecidos únicamente para la protección de los así llamados “derechos fundamentales.”

En Chile, aparte de la acción de hábeas corpus establecida para proteger a cualquier individuo contra arrestos inconstitucionales, detenciones y encarcelamiento; el recurso de protección está establecido sólo para garantizar algunos derechos constitucionales enumerados en el artículo 19, numerales 1, 2, 3 (parágrafo 4o.), 4, 5, 6, 9 (parágrafo final), 11, 12, 13, 15, 16 de la constitución y en el cuarto párrafo y numerales 19, 21, 22, 23, 24 y 25 de la misma constitución.

La lista asimismo se refiere principalmente a derechos civiles o individuales, también incluyendo algunos derechos sociales, como el derecho a elegir un sistema de salud pública, la libertad para enseñar y trabajar y de afiliarse a sindicatos laborales; algunos derechos a la libertad económica y de propiedad; y el derecho a tener un ambiente descontaminado.

Aparte de todos estos derechos y libertades constitucionales, los otros derechos consagrados en la constitución no tienen un medio específico de protección, estando su protección a cargo de los tribunales ordinarios a través de los procedimientos judiciales ordinarios.

En el caso de Colombia, además del hábeas corpus, la Constitución también establece la acción de *tutela*, en el artículo 86, para la protección inmediata de lo que se llaman “derechos constitucionales fundamentales.”

En efecto, el Título II de la Constitución se dedica a establecer “los derechos, garantías y deberes,” enumerándolos en tres capítulos: el Capítulo 1 contiene la lista de “derechos fundamentales;” el Capítulo 2 enumera los derechos sociales, económicos y culturales; y el Capítulo 3 se refiere a los derechos colectivos y al ambiente sano.

De esta declaración constitucional de derechos resulta que solamente los llamados “derechos fundamentales” enumerados en el Capítulo 1 (art. 11 a 41) son los derechos constitucionales que se pueden proteger por medio de la *acción de tutela*, y los demás quedan excluidos de ella, y protegidos sólo por los medios judiciales ordinarios.

Por otro lado, el artículo 85 de la Constitución también indica que entre ‘Estos derechos fundamentales,’ los de “inmediata aplicación” son los protegidos por la acción de *tutela*. La lista también se refiere a los derechos civiles y políticos, y entre los

derechos sociales, incluye la libertad de enseñanza. Otros derechos consagrados en otros artículos de la Constitución también se califican como derechos fundamentales, como los “derechos fundamentales” de los niños, enumerados en el artículo 44 sobre la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social.

Aparte de estos derechos constitucionales expresamente declarados como “derechos fundamentales,” los demás derechos constitucionales no tienen protección constitucional por medio de la acción de *tutela* y serán protegidos por medio del proceso judicial ordinario.

No obstante esta norma limitante, incluso si un derecho no está expresamente señalado en la Constitución como “fundamental,” la Corte Constitucional de Colombia, como supremo intérprete de la Constitución, ha reconocido tal carácter a otros derechos, extendiendo la protección de la *tutela* a derechos no definidos como “fundamentales,” pero considerados interdependientes con otros que tienen tal naturaleza, como el derecho a la vida.

Con respecto a esto, en una de sus primeras sentencias (n° T-02 del 8 de mayo de 1992) emitida en un caso sobre derechos educativos, la Corte Constitucional sentenció que el criterio principal para identificar “derechos fundamentales” es “determinar si son o no derechos esenciales de los seres humanos”, tarea que siempre debe realizar el juez de *tutela*, quien debe comenzar su sentencia analizando los primeros noventa y cuatro artículos de la constitución, y si es necesario, aplicando la cláusula abierta sobre derechos humanos inherentes a las personas humanas.

Estos artículos, interpretados por la Corte Constitucional a la luz de la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos, le permitieron inferir lo que se pueden considerar como derechos inalienables, inherentes y esenciales de los seres humanos, lo que hace que, de hecho, la lista de “derechos fundamentales” del Capítulo 1 del Título II de la constitución no sea exhaustiva de los “derechos fundamentales” y no excluya otros derechos de la posibilidad de ser considerados fundamentales y objetos de litigio por medio de la acción de *tutela*.⁸

Con la finalidad de identificar esos derechos fundamentales, la Corte Constitucional también ha aplicado el principio de “conexión” entre los derechos constitucionales, en particular sobre los derechos económicos, culturales y sociales, sentenciando que es posible aceptar la acción de *tutela* con respecto a esos derechos en casos en los que también haya ocurrido la violación de un derecho fundamental.

Por ejemplo, en la sentencia n° T-406 del 5 de junio de 1992, la Corte admitió una acción de *tutela* presentada en el caso de una inundación de un drenaje público, por la que el accionante reclamó la reivindicación del derecho a la salud pública, el derecho a un ambiente sano y a la salud de la población en general. Aunque la acción fue rechazada por el tribunal inferior al considerar que no estaban involucrados los derechos fundamentales, la Corte Constitucional la admitió al considerar que el derecho a un sistema de drenaje, en circunstancias en las que evidentemente quedaban afectados los derechos constitucionales

⁸ Véase. sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992, en Manuel José Cepeda, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Legis, Bogotá, 2001, pp. 49–54.

fundamentales, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, o los derechos de los discapacitados, debía considerarse objeto de litigio por medio de la *tutela*.⁹

A través de este principio interpretativo de la conexión con los derechos fundamentales, de hecho los tribunales colombianos protegen casi todos los derechos constitucionales, incluso aquellos no enumerados como derechos fundamentales.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN SISTEMAS CON DECLARACIONES CONSTITUCIONALES ESCUETAS O INSUFICIENTES: LAS CLÁUSULAS ABIERTAS Y LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Pero es evidente que no todos los países tienen textos constitucionales con extensas declaraciones de derechos fundamentales como ocurre en América latina. En muchos casos, en realidad, las declaraciones constitucionales de derechos son al contrario de contenido escueto o insuficiente, lo que sin embargo no ha impedido que la protección constitucional de los mismos se haya logrado mediante el activismo judicial desarrollado por el Juez Constitucional, por ejemplo, en la aplicación de cláusulas abiertas en las declaraciones de derechos que le han permitido descubrir aquellos inherentes a la persona humanas; o recurriendo mutaciones constitucionales basadas en la aplicación de los principio de progresividad o *pro homine*, y así poder asegurar la protección

1. *La importancia de las cláusulas abiertas en las declaraciones de derechos para la protección de los derechos sociales: el caso de los Estados Unidos de América*

Un sistema constitucional que contrasta sin duda con los sistemas latinoamericanos es el sistema de los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1789 y sus Enmiendas, no solo contienen una escueta declaración constitucional de derechos, sino que en la misma no existe la previsión de una acción judicial específica para asegurar la protección de los mismos, como la acción de amparo, lo que ha obligado al necesario desarrollo de los mecanismos procesales generales de las *injunction* para su aplicación al ámbito constitucional, habiendo sido por tanto la labor del juez constitucional, en muchos casos, más laboriosa y a veces lenta para asegurar la protección de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales.

Una pieza esencial para el desarrollo de esa labor, ante la escueta declaración de derechos se compensa con la previsión de la Enmienda IX, a la Constitución, incorporada en 1791, conforme a la cual:

“La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo.”¹⁰

⁹ Véase sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, en Idem, pp. 55–63.

¹⁰ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”

Esta importante cláusula abierta de la declaración de derechos, que confirma el carácter declarativo y no constitutivo de la enumeración constitucional, le ha permitido al juez constitucional identificar y proteger derechos constitucionales no declarados expresamente en el texto constitucional, considerados como inherentes a la persona humana. Clausulas abiertas de este tipo, siguiendo el sentido de la Enmienda IX, como se precisa más adelante, se incorporaron posteriormente en casi todas las Constituciones de América Latina.

En todo caso, con este tipo de cláusulas, el listado de derechos constitucionales no se agota con los enumerados en el texto, sino que abarca todos aquellos inherentes a las personas y a la dignidad humana. Esta fue la orientación de la argumentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Griswold v. Connecticut* decidido el 7 de junio de 1965 (381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678; 14 L. Ed. 2d 510; 1965), en el cual el Juez Goldberg, al expresar la opinión de la Corte en relación con la declaración de inconstitucionalidad de una Ley del Estado de Connecticut sobre Control de Natalidad, por considerar que la misma violaba el derecho a la privacidad en el matrimonio, indicó:

“La Enmienda IX muestra la convicción de los autores de la Constitución de que existen derechos fundamentales que no están expresamente enumerados en las primeras ocho Enmiendas y la intención de que la lista de derechos incluidos allí no debe tenerse como exhaustiva...”

Toda la estructura de la Constitución y de sus propósitos que claramente inspiran sus garantías específicas demuestra que los derechos a la privacidad marital y a casarse y levantar una familia son de un similar orden y magnitud que los derechos fundamentales específicamente protegidos. Aun cuando la Constitución no se refiere con muchas palabras respecto del derecho a la privacidad en el matrimonio, no puedo creer que la misma no ofrezca protección a esos derechos fundamentales. El hecho de que no haya una particular previsión en la Constitución que prohíba explícitamente al Estado el perturbar la relación tradicional de la familia —una relación tan vieja y fundamental como nuestra civilización entera—, con seguridad no implica que el Gobierno tenga el poder para ello. En cambio, como la Enmienda IX lo reconoce expresamente, hay derechos fundamentales personales como éste, que son protegidos frente restricciones por el Gobierno, aun cuando no esté mencionado específicamente en la Constitución.”

En otros casos, en los mismos Estados Unidos, otros derechos no expresamente regulados en la Constitución, como por ejemplo el derecho a la educación, sin embargo, no han encontrado una aproximación garantista como la indicada, ni ha sido considerado como un derecho fundamental, salvo por la vía de garantizar la igualdad y no discriminación en el disfrute del derecho.

En efecto, ese fue el meollo del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 EE.UU. 483 (1954) con el cual puede decirse que en los Estados Unidos comenzó el proceso de mutación de la Constitución en materia de derechos fundamentales, particularmente teniendo en cuenta que la Constitución de los Estados Unidos de 1789 y las primeras diez Enmiendas de 1791 no establecieron el principio de igualdad, y que la

Enmienda XIV (1868) sólo estableció una cláusula de igualdad ante la ley, que hasta la década de 1950 tuvo un significado diferente.¹¹

Este proceso convirtió a la Corte, como lo han afirmado Laurence Claus y Richard S. Kay en “el legislador más poderoso de la nación”¹², habiendo utilizado para tal fin, viejos pero renovados medios de protección, particularmente las *injuncti*ons de equidad para garantizar la protección de derechos en uno de los desarrollos más notables en el derecho constitucional contemporáneo, que ha producido cambios que sólo años antes hubiera sido imposible imaginar. Esos medios judiciales de protección se comenzaron a utilizar ampliamente, precisamente en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, en el cual la Corte Suprema sostuvo que la segregación racial en la educación pública era una negación de la “protección igual ante las leyes,” y que en virtud de la Enmienda XIV, ningún Estado, dentro de su jurisdicción, podría negarla a persona alguna. Para adoptar su decisión, la Corte tuvo que responder a varios interrogantes que se formuló para comprobar si la segregación era inconstitucional, como por ejemplo, si la orden judicial que debía emitir debía ordenar que los niños afroamericanos “fueran inmediatamente admitidos en las escuelas de su propia elección; o si el juez, en el ejercicio de sus poderes para imponer la igualdad, debía “permitir un ajuste gradual efectivo” para lograr sistemas unitarios.¹³ Con el tiempo, dichas aproximaciones llevaron a la Corte Suprema en mayo de 1954, a declarar la segregación racial como incompatible con la Enmienda XIV, dictando en mayo de 1955 la sentencia definitiva del caso, dos años y medio después de haber oído los alegatos iniciales.¹⁴

El resultado del proceso fue un cambio radical en relación con el tema de la discriminación en el sistema educativo, lo que a la vez fue básicamente un cambio en el propio significado de la Enmienda XIV, con respecto a lo cual el *Chief Justice* Warren de la Corte Suprema argumentó en el caso, que:

“Al abordar este problema no podemos retroceder a 1868 cuando se adoptó la Enmienda, o incluso a 1896, cuando el caso *Plessy v. Ferguson* fue escrito. Debemos tener en cuenta la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su actual lugar en la vida estadounidense en toda la Nación. Sólo de esta manera se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a estos demandantes de igualdad ante las leyes”.

Esta afirmación llevó al propio Warren a concluir entonces,

“Que en el ámbito de la educación pública la doctrina de “separados pero iguales” no tiene lugar. Instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales.

¹¹ Enmienda XIV.1 (1868): “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.”

¹² Véase Laurence Claus & Richard S. Kay, “Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States,” en Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York, 2011 pp. 815 ss. Argumentan estos autores que eventualmente, “la ley de la libertad y de la igualdad en los Estados Unidos es ahora, en gran medida, y en última instancia, creada y formada por el Tribunal Supremo,” en *Idem*.

¹³ *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). Véase en Laurence Claus & Richard S. Kay, *loc cit.* . *Idem*.

¹⁴ *Idem*.

Por lo tanto, sostenemos que los demandantes, y otros en situación similar a partir de quienes se han interpuesto las acciones, son por razón de la segregación por la cual interpusieron el reclamo, privados de la igualdad ante las leyes garantizada por la Enmienda Decimocuarta.”¹⁵

Pero en contraste con la protección a sistema educativo basada en la aplicación del principio y derecho a la igualdad y no discriminación que resultó del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, el derecho a la educación en sí mismo, como antes se dijo, no ha sido considerado en los Estados Unidos como un derecho fundamental. Por ejemplo, en el caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodríguez et al.*, de 1.973, decidió que la educación, si bien “es uno de los más importantes servicios prestados por el Estado” (como se declaró en *Brown v. Board of Education*), no está dentro de la limitada categoría de derechos reconocida por esta Corte como garantizada por la Constitución” Con base en ello, la Corte Suprema negó a dicho derecho la cualidad de “derecho fundamental”, insistiendo que “la educación, no obstante su indiscutida importancia, no es un derecho al que se reconoce, explícita o implícitamente, protección por la constitución.”¹⁶

Al resolver el caso, la Corte Suprema se refirió a otra decisión anterior emitida en el caso *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), donde tratando otras materias de asistencia social pública, sentenció que:

“No es terreno de esta Corte el crear derechos constitucionales sustanciales a título de garantizar la igualdad de las leyes. De allí que la clave para descubrir si la educación es “fundamental” no se encontrará en comparaciones sobre la significación social relativa de la educación, con la subsistencia o la vivienda. Ni tampoco se encontrará al sopesar si la educación es tan importante como el derecho a movilizarse. Más bien, la respuesta yace en determinar si existe un derecho a la educación, explícita o implícitamente, garantizado por la Constitución.”¹⁷

En apoyo del antes mencionado caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodríguez et al.*, la Corte también se refirió a otro caso - *Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972)- dictado solo un año antes y en el cual reiteró “que la importancia social no es el determinante crítico para sujetar la legislación estatal a examen estricto,” negando rango constitucional al derecho a tener una vivienda, disponiendo que sin denigrar de “la importancia de una vivienda decente, segura e higiénica,” el hecho es que “la Constitución no dispone de medios judiciales para cada anomalía social o económica,” siendo la materia de atribución legislativa y no judicial.”¹⁸

Por consiguiente, el elemento clave para que los derechos humanos sean materia de protección constitucional - también en los Estados Unidos - es el rango o reconocimiento constitucional que tengan como derechos, independientemente de la posibilidad que sean además regulados por las leyes.

Esta es precisamente la situación general en América Latina, y en particular en la República Dominicana, donde como se dijo, la amplia declaración de derechos en

¹⁵ Idem.

¹⁶ 411 U.S. 1; 93 S. Ct. 1278; 36 L. Ed. 2d 16; (1973), del 21 de marzo de 1.973. En Idem.

¹⁷ En Idem

¹⁸ En Idem

la Constitución se acompaña con la regulación de la acción de amparo establecida específicamente para la protección de todos los derechos consagrados en la Constitución, independientemente de si además están regulados en las leyes.

2. La protección constitucional de los derechos sociales mediante la interpretación constitucional y los casos de mutaciones constitucionales

La protección de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales es los países donde no existen declaraciones constitucionales de derechos muy explícitas, también ha sido objeto de protección mediante la labor del juez constitucional, a través de diversas técnicas de interpretación constitucional.

La más destacada de ellas es la de las mutaciones de la Constitución, que sin cambiar las palabras y frases del texto fundamental, le ha permitido al juez constitucional “deducir” o “descubrir” el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales que no fueron expresamente incluidos en la declaración de la Constitución, ampliando así el alcance de sus disposiciones.¹⁹ En este sentido, se puede decir que los Tribunales Constitucionales en materia de protección de los derechos fundamentales siempre han tenido una función adicional en comparación con el juez ordinario, que ha sido básicamente la de defender la Constitución y, en particular, los valores que le sirven de fundamento en un momento dado, y entre ellos, por ejemplo, los derechos fundamentales y los valores del Estado de derecho y de la democracia que son los que justifican el empleo de estas técnicas de interpretación al ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes.²⁰

Es por esa razón que en materia de protección de los derechos fundamentales se considera como legítimo que los Tribunales Constitucionales, en su proceso de interpretación, tengan el deber de “adaptar” el texto de la Constitución, por ejemplo, a los valores presentes de la sociedad y de su sistema político, con el fin, precisamente, “de mantener viva la Constitución.”²¹ Con ese fin, sin duda, los Tribunales Constitucionales, debido al hecho de que la Constitución no puede ser considerada como un documento estático, en muchos casos han desarrollado una actividad creativa con el fin de permitir su aplicación actual y efectiva, aun cuando su texto, por ejemplo haya podido haber sido escrito en el siglo XIX, para otra sociedad y sistema político, adaptándola así mediante

¹⁹ Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aun cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, “Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Interpretación Constitucional, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, “Límites a la mutación constitucional,” en Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

²⁰ Esto fue particularmente cierto, por ejemplo, en el proceso de transformación de los antiguos Estados Socialistas de Europa del Este, en los Estados democráticos que ahora existen, sometidos al Estado de Derecho. Véase, por ejemplo, Marek Safjan, “The Constitutional Court as Positive Legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, Constitutional Courts as Positive legislators, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 701 ss. En sentido similar ocurrió en Croacia y en Serbia. Véase en en Allan R. Brewer-Carías, Constitutional Courts as Positive legislators, cit, pp. 407 ss; y 735 ss.

²¹ Véase Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” en Revista de Estudios Políticos, 13, Madrid 1980, p. 78; “‘The Mighty Problem’ of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” en Southern California Law Review, 1980, p. 409.

el control de la constitucionalidad, a la evolución de las necesidades sociales y de las instituciones contemporáneas.

Incluso, en Constituciones más recientes, con declaraciones importantes de derechos fundamentales, muchas veces los mismos no están expresados en términos claros, sino que a veces están escritos de manera sintética, o de manera vaga e imprecisa, en disposiciones que se expresan generalmente en términos ambiguos, llenos de declaraciones de principios como libertad, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público.²² Esto implica que en esos casos, los jueces también tengan que asumir un papel activo al interpretar lo que se ha llamado como “ambigüedades preciosas”²³, o “generalidades majestuosas”²⁴ como las que a veces están en los textos constitucionales, incluso a veces expresadas en cláusulas programáticas.

En estos casos, ha sido el Juez Constitucional el llamado a darle contenido a las mismas, de manera de hacerlas operativas. Ello ocurrió, por ejemplo, en Polonia particularmente durante el período de transformación del Estado autoritario socialista en un Estado democrático de derecho, respecto del amplio catálogo de normas generales establecidas en la Constitución relacionadas por ejemplo con los derechos sociales y económicos, y la definición del sistema económico que debía desarrollarse conforme a la regla de la “economía social de mercado” (artículo 20 de la Constitución), habiéndole correspondido concretizarlas a la Corte Constitucional. Como lo dijo Marek Safjan, para que las mismas no “permanecieran como pura ideología o como decoro constitucional, expresando las “ilusiones” de los autores de la Constitución,” fue al Tribunal Constitucional al que le correspondió otorgar a las normas programáticas “un mínimo de contenido normativo,” ejerciendo una influencia cada vez más fuerte en la dirección de la política de Estado,²⁵ para lo cual tuvo que llenar estos conceptos, identificando y determinando sus límites, utilizando para ello los valores superiores incluidos en la Constitución; agregando que:

“Es característico de cada Constitución, emplear un gran número de “normas abiertas” con alcance normativo indefinido, que expresan valores jurídicos fundamentales, creando “la axiología de la Constitución;” por lo que la búsqueda de

²² Véase Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle” in Louis Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Paris 1982, p. 474

²³ S.M. Hufstedles ha escrito que “Si bien es cierto que la precisión tiene un lugar de honor en la redacción de una decisión gubernamental, es mortal cuando se refiere a una Constitución que quiere ser un cuerpo vivo.” Véase S.M. Hufstedles, “In the Name of Justice”, in *Stanford Lawyers*, 14, (1), 1979, p. 3-4 citado por Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle,” en Louis Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Paris 1982, p. 474. Véase además, L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale*, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d’Uppsala 1984, (mineo), p. 32.

²⁴ Véase W. Va. State Bd. Of Educ. V. Barnette, 319 U.S. 624, 639 (1943), en Laurence Claus & Richard S. Kay, en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 815 ss.

²⁵ Véase en Marek Safjan, “The Constitutional Court as Positive Legislator;” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 701 ss. Véase acerca de las decisiones que han establecido el contenido normativo positivo de las llamadas normas programáticas, por ejemplo, en relación con el Fondo Nacional de Salud del 07 de enero 2004 K14703, OTK ZU 2004/1A/1; con la protección de los consumidores (biocombustibles) del 21 de abril 2004 K33/03, OTK ZU 2004/4A/31; con la protección de los juicios de los inquilinos del 12 de enero 2001P11/98, OTK ZU2000/1/3, y del 19 de abril del 2005, K 4/05, OTK ZU 2005/4A/37; y de la economía social de mercado del 29 de enero 2007 P5/05, 2007/1A/1. En *Idem*, pp. 701

un contenido normativo escondido en las expresiones constitucionales generales indefinidas, al igual que la decodificación de otras normas - más precisas y concretas - que se deducen de ellas, estableciendo límites a la aplicación de las reglas y disponiendo una “jerarquía” especial entre las normas y valores en conflicto; está inscrito en la naturaleza de la interpretación de la Constitución y en relación con la esencia de la función de cada tribunal constitucional.”²⁶.

De allí, por tanto, este mecanismo de la mutación de la Constitución basado en el principio de la progresividad y en el principio *pro homine* para la protección de los derechos fundamentales, particularmente los de orden social, que los Tribunales Constitucionales han desplegado en los años recientes.

Como otro ejemplo de un proceso de esta naturaleza se puede mencionar el caso de la India, donde la Corte Suprema ha introducido importantes cambios en la Constitución, particularmente ampliando el alcance de los derechos fundamentales, partiendo de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución que regula el derecho a la vida, expresando que “Ninguna persona puede ser privada de su vida o su libertad personal, salvo de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley.” El Tribunal Supremo resolvió en 1970, revirtiendo una posición anterior, que la frase sobre “el procedimiento establecido por ley” contenido en la norma, significa un procedimiento que debía ser “correcto, justo y equitativo,” dándose a sí mismo la autoridad para juzgar si el procedimiento establecido por el legislador se ajustaba a los principios de la justicia natural,²⁷ lo cual es especialmente notable porque la Asamblea Constituyente, después de un largo debate, había rechazado expresamente la previsión de la cláusula del debido proceso.²⁸

Esta aproximación de la Corte Suprema de la India ha tenido gran importancia porque por ejemplo, basándose precisamente en la declaración constitucional del derecho a la vida contenida en dicha norma, la Corte lo ha interpretado para incluir materialmente todos los derechos sociales, como el derecho a la salud²⁹, el derecho a la subsistencia³⁰, el derecho a la educación gratuita y obligatoria hasta la edad de 14 años³¹, el derecho al medio ambiente no contaminado³² y al agua potable³³, el derecho a la vivienda³⁴, el

²⁶ Idem.

²⁷ Véase el caso *Maneka Gandhi v Union of India* AIR 1879 SC 597. Véase en Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 587 ss.

²⁸ Idem.

²⁹ Véase *Parmanand Kataria v Union of India* AIR 1989 SC 2039; *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v State of West Bengal* (1996) 4 SCC 37, en Idem.

³⁰ Véase *Olga Tellis v Bombay Municipal Corporation* AIR 1986 SC 180; *DTC Corporation v DTC Mazdoor Congress* AIR 1991 SC 101, en Idem.

³¹ Véase *Unni Krishnan v State of AP* (1993) 1 SCC 645, en Idem.

³² Véase for example, *Indian Council for Enviro Legal Action v Union of India* (1996) 3 SCC 212; *M C Mehta v Union of India* (1996) 6 SCC 750; *Vellore Citizens Welfare Forum v Union of India* (1996) 5 SCC 647; *Narmada Bachao Andolan v Union of India* (2000) 10 SCC 664, en Idem.

³³ Véase *AP Pollution Control Board II v M V Nayudu* (2001) 2 SCC 62, en Idem.

³⁴ Véase *Gauri Shankar v Union of India* (1994) 6 SCC 349, en Idem.

derecho a la privacidad³⁵, el derecho a la asistencia jurídica³⁶, el derecho a un juicio rápido³⁷, y diversos derechos de personas condenadas o detenidas sometidas a juicio.³⁸ Esta extensión del significado de “vida” en tal declaración de derechos constitucionales, ha provocado, entre otras cosas, la posibilidad de conversión de lo que eran principios rectores de la política estatal no justiciables, en los derechos fundamentales. Como lo afirmó Surya Deva, el efecto de esta extensión judicial de los derechos fundamentales ha tenido una relación directa con el ámbito del poder de control de constitucionalidad: mientras más derechos fundamentales se reconozcan, más amplio será el alcance del poder de la revisión judicial.³⁹

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, LA SUPERACIÓN DEL BINOMIO: INCONSTITUCIONALIDAD/ANULACIÓN, Y LAS SENTENCIAS ADITIVAS

Pero la protección de los derechos fundamentales, y en particular, de los derechos sociales también, por supuesto se ha venido garantizando mediante los clásicos medios de control de constitucionalidad de las leyes, aun cuando no siempre obedeciendo al clásico binomio *inconstitucionalidad / nulidad*,⁴⁰ que tradicionalmente los caracterizó, el cual en muchos casos se ha superado.

En efecto, el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes tradicionalmente se consideró como un mecanismo que ponía en juego la potestad del juez constitucional de someter las leyes a escrutinio constitucional, y en caso de encontrar que sus disposiciones eran inconstitucionales, para proceder a declarar su nulidad, eliminando la norma del ordenamiento jurídico. El método fue así concebido conforme al binomio: inconstitucionalidad / nulidad, de manera que la protección constitucional a los derechos fundamentales en este esquema provenía de la anulación de la ley considerada inconstitucional. Era la aproximación del “Legislador negativo” que Hans Kelsen había expresado a comienzos del siglo pasado.⁴¹

³⁵ Véase *Kharak Singh v State of UP* AIR 1963 SC 1295; *Govind v State of MP* AIR 1975 SC 1378; *R Raj Gopal v State of Tamil Nadu* (1994) 6 SCC 632; *PUCL v Union of India* AIR 1997 SC 568; ‘X’ v *Hospital Z* (1998) 8 SCC 296, en *Idem*.

³⁶ Véase *M H Hoskot v State of Maharashtra* AIR 1978 SC 1548; *Hussainara Khatoon v State of Bihar* AIR 1979 SC 1369; *Khatri v State of Bihar* AIR 1981 SC 928; *Suk Das v Union Territory of Arunachal Pradesh* AIR 1986 SC 991, en *Idem*.

³⁷ Véase *Hussainara Khatoon (I) to (VI) v Home Secretary, Bihar* (1980) 1 SCC 81; *Kadra Pahadiya v State of Bihar* AIR 1982 SC 1167; *Common Cause v Union of India* (1996) 4 SCC 33 y (1996) 6 SCC 775; *Rajdeo Sharma v State of Bihar* (1998) 7 SCC 507 y (1999) 7 SCC 604, en *Idem*.

³⁸ Véase *Sunil Batra v Delhi Administration* AIR 1978 SC 1675; *Prem Shankar v Delhi Administration* AIR 1980 SC 1535; *Munna v State of UP* AIR 1982 SC 806; *Sheela Barse v Union of India* AIR 1986 SC 1773, en *Idem*.

³⁹ En *Idem*.

⁴⁰ Véase F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington, 2014, (mimeo), pp. 8ss.

⁴¹ Véase Hans Kelsen, “La garantie jurisdictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle), en *Revue de droit public en France et à l'étranger, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris 1928, p. 197-257.

Este binomio, sin embargo, ha venido siendo superado en el constitucionalismo contemporáneo, y en muchos casos, el Juez Constitucional a pesar de que considera que una ley impugnada es inconstitucional, sin embargo no la anula, y en algunos casos, más bien procede a interpretarla conforme a la Constitución, dictando sentencias que agregan a la norma impugnada lo que le faltaba para estar ajustada a la Constitución.

En otros casos, el Juez Constitucional rompiendo también el binomio antes mencionado, cuando al ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, las declara como inconstitucionales pero sin anularlas, la interpreta fijándole al Legislador directrices para que proceda a adaptarlas a la Constitución.

En otros casos, en fin, el Juez Constitucional, si bien anula la ley que considera inconstitucional, además eliminarla del ordenamiento jurídico ha venido ejerciendo potestades adicionales para asegurar la protección de los derechos fundamentales, dándole instrucciones al legislador para que adecúe la legislación a lo decidido en la sentencia; y en otros casos, incluso, ha procedido a establecer en la propia sentencia de anulación una especie de “legislación provisional” aplicable mientras el Legislador emite la normativa correspondiente.

Durante las últimas décadas, y debido al creciente papel de los Tribunales Constitucionales, no sólo como garantes de la supremacía de la Constitución, sino como sus intérpretes supremos de la misma mediante decisiones con efectos vinculantes con respecto de los tribunales, los funcionarios públicos y los ciudadanos, superado el binomio *inconstitucionalidad / nulidad*, han venido ampliado progresivamente su rol, y en particular para la protección de los derechos fundamentales, han venido asumiendo un papel más activo interpretando la Constitución y las leyes con el fin, no sólo anularlas o desaplicarlas cuando sean consideradas inconstitucionales, sino para preservarlas, interpretándolas en armonía con la Constitución.

Esto ha hecho que los Tribunales Constitucionales consideren, que cuando una ley se pueda interpretar de acuerdo o en contra de la Constitución, debe hacerse todo lo posible para preservar su validez, optando por interpretarla de conformidad o en armonía con la Constitución, rechazando las interpretaciones que puedan dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de la ley. Este ha sido un principio clásico de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos, formulado por el juez Brandeis en el sentido que:

“Cuando la validez de una ley del Congreso es cuestionada, e incluso, cuando se planteen serias dudas sobre su constitucionalidad, es un principio fundamental el que esta Corte primero compruebe si una interpretación de la ley es relativamente posible para que su cuestionamiento pueda evitarse”.⁴²

Este enfoque del control de constitucionalidad, seguido en casi todos los países en el mundo contemporáneo, responde al principio de conservación o preservación de la legislación (norma de conservación) cuando es emitida por los cuerpos representativos

⁴² Véase el caso *Ashwander v. TVA*, 297 EE.UU. 288, 346-48 (1936). El principio fue formulado por primera vez en *Crowell v. Benson*, 285 de Estados Unidos 22, 62 (1932). Véase “Notes. Supreme Court Interpretation of Statutes to avoid constitutional decisions,” *Columbia Law Review*, vol. 53, No. 5, Nueva York, May 1953, pp. 633-651.

electos del Estado, cuyos actos legislativos están cubiertos por su presunción de constitucionalidad,⁴³ lo que ha dado lugar no sólo a presumir pura y simplemente la validez de la legislación hasta que se adopte una decisión en contrario, sino la adopción por los tribunales constitucionales de decisiones de preservación de la norma interpretándola de acuerdo a la Constitución. Esto ha dado origen a la emisión por los mismos de las llamadas “sentencias interpretativas,” definidas por el Tribunal Constitucional de España, como las que rechazan una acción de inconstitucionalidad, declarando por tanto la constitucionalidad de la disposición legal impugnada, siempre y cuando sea interpretada en el sentido que el Tribunal Constitucional lo considere de acuerdo con la Constitución, o no sea interpretada en el sentido que se considere no conforme con la misma.⁴⁴

Se trata, en definitiva, de una técnica de control de constitucionalidad que no invade las atribuciones del legislador, sino más bien lo ayudan a los efectos de preservar sus actos normativos, e incluso, evitar que se produzcan lagunas legislativas innecesarias derivadas de la declaración de la nulidad de las leyes⁴⁵. En estos casos, los tribunales constitucionales se presentan como instituciones constitucionales en funciones de asistir y cooperar con el legislador en sus funciones legislativas, pero que no pueden asumir el rol de legisladores, por lo que como lo resumió el Tribunal Constitucional español en sentencia STC 235/2007 de 7 de noviembre de 2007, en estas decisiones interpretativas, primero, el Tribunal no puede ignorar o configurar un texto legal claro, ni reconstruir disposiciones contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción sea la norma constitucional; segundo, la interpretación conforme no puede ser *contra legem*, pues lo contrario implicaría desfigurar y manipular las disposiciones legales; y tercero, el tribunal constitucional no puede reconstruir una norma explícita en su provisión legal y, en consecuencia, no puede crear una nueva norma y asumir “la función de Legislador Positivo que institucionalmente no tiene.”⁴⁶

Este rol de interpretación de la ley en armonía con la Constitución también lo han asumido los jueces constitucionales, no sólo al preservar la norma impugnada, sino incluso para declarar su inconstitucionalidad, pero sin anularla, llenando mediante “sentencias aditivas” el vacío que podría dejar, complementando así la función legislativa del Legislador, algunas veces estableciendo reglas provisionales mientras se dicta la nueva

⁴³ Esta presunción implica: 1) La protección de los leyes, así como de las funciones del legislador y su independencia; 2) En caso de duda, la inconstitucionalidad debe ser rechazada; 3) Si existen dos criterios sobre la interpretación de una ley, el que está en armonía con la Constitución debe ser escogido 4) Cuando hay dos interpretaciones, una contraria a la Constitución y la otra de acuerdo a ella, ésta debe escogerse. Véase Iván Escobar Forns, “Las Sentencias Constitucionales y Sus Efectos en Nicaragua”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 105-106. Véase también I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss

⁴⁴ Véase la decisión STC 5/1981 del 13 de febrero, FJ 6 Véase en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 67; y en José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid 2007, p. 129.

⁴⁵ Véase esta afirmación respecto a la práctica judicial italiana y Español en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 92; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 5.

⁴⁶ Véase Francisco Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 34.

legislación, y otras creando nuevas normas legislativas, añadiendo a la impugnada lo que se considera que carece, para que esté en armonía con la Constitución.

Este tipo de sentencias aditivas y otras veces sustitutivas derivadas de la aceptación de inconstitucionalidad alegada, como lo ha explicado Gianpaolo Parodi, a pesar de dejar el texto de la disposición declarada inconstitucional inalterada, transforman su significado normativo, a veces reduciendo, en otras extendiendo el ámbito de aplicación, introduciendo incluso, especialmente en el segundo caso, una nueva norma en el ordenamiento jurídico, o “creando” nuevas normas.⁴⁷ En estos casos también se habla de “manipulativas,” mediante las cuales la Corte Constitucional lo que hace es alterar o manipular el significado prima facie de la disposición impugnada, la cual sin embargo, en el plano textual permanece inalterada.⁴⁸

El resultado final de estas sentencias, dictadas con frecuencia para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación⁴⁹, es que con el tiempo transforman una disposición inconstitucional en una constitucional “añadiendo” a la norma lo que la falta, o incluso “sustituyendo” algo en la disposición. En otras palabras, a través de ellas, sin afectar la disposición impugnada, producen el efecto de extender o ampliar su contenido normativo, estableciendo que dicho contenido debe incluir algo que no está establecido expresamente en su texto⁵⁰. Aunque estas decisiones, en cierto modo, cambian el alcance de las normas legislativas, independientemente de cualquier modificación de la redacción de dichas normas. Como lo ha indicado Joaquim de Sousa Ribeiro, “El fallo del Tribunal no pone una norma *ex nihilo*. Esas decisiones sólo formulan una solución impuesta por las disposiciones y principios de la Constitución mediante la extensión de una norma ya elegida por el legislador.”⁵¹

Por supuesto, estas sentencias aditivas como lo ha expresado el Tribunal Constitucional italiano, no puede implicar una valoración discrecional respecto a la disposición impugnada, en el sentido de que el Tribunal Constitucional no puede intervenir en casos en los cuales de lo que se trata es de elegir entre una pluralidad de soluciones, todas admisibles, en cuyo caso la decisión discrecional sólo podría corresponder al legislador⁵². Además, dichas sentencias, por ejemplo, no pueden dictarse cuando

⁴⁷ Véase Gianpaolo Parodi, “The Italian Constitutional Court as Positive Legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 603 ss.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 183, 186, 203, 204, 274, 299, 300; José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 232 ff.; Joaquín Brage Camazano, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (Un suscinto inventario de algunas sentencias “atípicas”),” in Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, Tomo I, México 2005, pp. 192 ss.; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 721 ss.

⁵⁰ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 28, 32, 33, 45, 97, 146, 165, 167, 292.

⁵¹ Véase Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 721 ss.

⁵² Véase Decisiones No. 109 del 22 de Abril de 1986, y No. 125 del 27 de enero de 1988, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 273, nota 142; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad

se trate de materias que son de absoluta reserva legal, es decir que solo se pueden regular, exclusivamente por el Legislador, como son las cuestiones de orden penal.⁵³

Estas sentencias aditivas han sido en todo caso frecuentes en materia de derechos sociales, particularmente relacionados con la seguridad social, y derivados de la garantía de igualdad y discriminación. Un ejemplo en España es la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en 1993 con respecto al beneficio de las pensiones de la seguridad social otorgadas a las “hijas y hermanas” del titular de la pensión de jubilación, que el Tribunal consideró inconstitucional por ser contrario a la garantía constitucional de la igualdad, al excluir del beneficio a los “hijos y hermanos” del titular de la pensión de jubilación, resultando de la sentencia la extensión de los beneficios también a estos último⁵⁴.

En el mismo sentido, se puede mencionar una decisión que el Tribunal Constitucional español de 1992 con respecto a la Ley Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 58,1 estableció que a la muerte del inquilino, su cónyuge podría subrogarse en sus derechos y deberes. El Tribunal consideró que la ausencia en la disposición de cualquier referencia a los que viven *more uxorio* de manera marital y estable con el arrendatario fallecido, era contraria al derecho de igualdad, y por lo tanto inconstitucional; lo que dio lugar a que la disposición también debía aplicarse a ellos⁵⁵. En relación con estos casos, Francisco Fernández Segado, llegó a considerar al Tribunal Constitucional español como un “real legislador positivo.”⁵⁶

En Portugal, en un sentido similar, las sentencias aditivas han sido emitidas por el Tribunal Constitucional en la aplicación del principio de igualdad en materia de beneficios o protección de la seguridad social, en el sentido de que si una norma otorga beneficios a determinados grupos de personas, excluyendo u omitiendo a otros en violación de la cláusula de igual protección, esta exclusión u omisión se ha considerado inconstitucional. Con ello, el Tribunal ha permitido una solución igualitaria para el grupo excluido, como lo ha señalado Sousa Ribeiro al referirse a la Sentencia nº 449/87 de 1987, con la cual el Tribunal declaró inconstitucional una norma que establecía diferentes indemnizaciones para el viudo y para la viuda, en caso de muerte causada por accidente de trabajo; indicando que la única solución que cumplía con la Constitución era la que concediera el mismo trato a ambos, manifestando que el beneficio concedido a la viuda debía extenderse al viudo.

y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 164-165.

⁵³ Véase Patricia Popelier, “The Belgian Constitutional Court as Positive Legislator: In Search of a Balance Between Rights Protection and Respect for Acts of Parliament,” en Allan R. Brewer-Carías, Constitutional Courts as Positive Legislators, cit., pp. 265 ss.; Iván Escobar Forns, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 110.

⁵⁴ See Decisión STC 3/1993, del 14 de enero de 1993, en Francisco Javier Díaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 42.

⁵⁵ Véase Decisión STC 222/1992, del 11 de diciembre de 1992, en Francisco Javier Díaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 41.

⁵⁶ Véase F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 48.

Además, en la Sentencia nº 359/91 de 1991, el Tribunal Constitucional consideró y resolvió una acción de inconstitucionalidad formulada por el Ombudsman contra las normas del Código Civil en relación con la transmisión de la posición del arrendatario en caso de divorcio, cuando se interpretaban como no aplicables a las *uniones de hecho*, incluso si la pareja en cuestión tenía hijos menores de edad. El Tribunal así, efectuó el control de la inconstitucionalidad por omisión, estableciendo en una declaración vinculante que esas normas debían aplicarse también, con las adaptaciones necesarias, a las *uniones de hecho* de parejas con hijos menores de edad. Como resultado de la decisión de la Corte dichas normas del Código Civil en lo sucesivo se entendieron como incluyendo este tipo de *uniones de hecho*⁵⁷. Según Sousa Ribeiro, estas decisiones pueden considerarse como decisiones aditivas, ya que su aplicación cambió el alcance de las normas legislativas, independientemente de cualquier modificación en la redacción de dichas normas.⁵⁸

También en Grecia, con respecto a las violaciones del principio constitucional de igualdad por la exclusión inconstitucional de personas o grupos de un beneficio del Estado, o por el tratamiento preferencial de una persona o grupo a expensas de otro, los tribunales civiles, ejerciendo el método difuso de control de constitucionalidad, han extendido regularmente un régimen preferencial previsto en una legislación considerada inconstitucional para remediar la violación del principio de igualdad - sin importar si la legislación discriminatoria otorgaba un trato preferencial como regla general o excepcional⁵⁹. Esto ocurrió, por ejemplo, con la sentencia del Consejo de Estado extendiendo el tratamiento preferencial en casos de discriminación de género establecida en la legislación de seguridad social⁶⁰. Por consiguiente, como afirma Julia Iliopoulos-Strangas y Stylianos-Ioannis G. Koutná, “en la ampliación de la aplicabilidad de legislación discriminatoria y por lo tanto inconstitucional, los tribunales griegos ejercen el poder legislativo en un sentido positivo⁶¹.”

De manera similar, en Sudáfrica, la Corte Constitucional, en relación con una ley de 1991 (reformada en 1996) que asigna al cónyuge de un extranjero en condición de residente permanente en el país el derecho a obtener automáticamente un permiso de residencia, la consideró discriminatoria e inconstitucional por no incluir a los extranjeros que se encontraban en una relación homosexual. Para ello, el Tribunal, complementó el texto incluyendo después de la palabra “cónyuge”, la frase “o pareja del mismo sexo en una situación estable.”⁶²

⁵⁷ Véase Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 721

⁵⁸ *Idem*, pp. 721.

⁵⁹ Véase, caso, Juicio Areios Pagos nos. 3/1990, Nov 1990, 1313 (1314); 7/1995 (Plenaria), EErgD 1996, 494 (495); 1578/2008, EErgD 2009, 180 ff., en Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutná, “Constitutional Courts as Poaitive Legislators” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 539 ss, nota 140.

⁶⁰ Véase, juicios del Consejo de Estado nos. 1467/2004 (Plenaria), Arm 2004, 1049 (1050); 3088/2007 (Full Bench), DtA 2009, 540 (541), 2180/2004 (Plenaria), NoV 2005, 173 (174-175), en *Idem*, nota 148.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Véase en Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111-112.

En Canadá también es posible encontrar similares decisiones aditivas de control de constitucionalidad, también en materia de derecho de familia y con respecto al derecho de igualdad, basadas en los valores constitucionales, en las cuales el Tribunal ha interpretado o agregado palabras a la legislación para remediar un defecto constitucional. Un importante ejemplo de estas decisiones fue la emitida por el Tribunal Supremo en el caso *Vriend v. Alberta*, en el cual el Tribunal, aun considerando el Código de Derechos Humanos de Alberta como inconstitucional porque violaba los derechos de igualdad por no proteger a homosexuales y lesbianas ante la discriminación, el Tribunal decidió añadir o interpretar la disposición impugnada, al incluir la orientación sexual en los motivos prohibidos de discriminación, en lugar de anular toda la legislación⁶³. Un uso similar de ejercicio de este poder de control fue la decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario, de anular la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, sustituyéndola por un concepto neutro de género de una unión entre personas, para permitir así matrimonios del mismo sexo, considerando que las opiniones religiosas sobre el matrimonio no podían justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio civil.⁶⁴ Aunque dichos recursos no se han utilizado en forma rutinaria para resolver las cuestiones constitucionales, según Kent Roach, ello “equivale a modificaciones judiciales o adiciones a la legislación⁶⁵.”

Se destaca igualmente en esta materia, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia al equiparar las parejas heterosexuales y homosexuales en materia de seguridad social para evitar el tratamiento jurídico diferenciado al considerar que no tenía fundamentado en alguna desigualdad que fuera constitucionalmente admisible.⁶⁶

En materia de seguridad social, el Tribunal Constitucional de Croacia también ha desarrollado este tipo de decisiones aditivas, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la anulación, en 1998, de algunas disposiciones de la Ley de Ajuste de las Pensiones, en el cual la Corte consideró inconstitucional el hecho de que desde 1993, el Gobierno hubiera dejado de ajustar las pensiones de acuerdo con el aumento en la tasa de inflación y el costo de vida, a pesar de que había continuado haciéndolo con los salarios. El resultado fue que durante cuatro años (1993-1997) los salarios aumentaron dos veces más que las pensiones (la pensión promedio era la mitad del salario promedio), lo que significó que el nivel de vida de los jubilados era la mitad del estándar de vida de la población trabajadora con ingresos promedio. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consideró que esta política había cambiado “el status social de los jubilados hasta el punto de haber creado una desigualdad social de los ciudadanos”, y que las disposiciones impugnadas “contravenían las disposiciones constitucionales básicas del artículo 3 de la Constitución de la República de Croacia, que garantiza la igualdad, la justicia social, y el estado de

⁶³ Véase *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493. See in Kent Roach, “The Canadian Constitutional Court as Positive legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 315 ss., notas 5 y 27.

⁶⁴ Véase *Halpern v. Ontario* (2003) 65 O.R. (3d) 161 (C.A.), en *Idem.* pp. 315 ss. notas 6 y 29.

⁶⁵ *Idem.* pp. 315 ss.

⁶⁶ Véase las sentencias C-811 de 2007, C-075 de 2007 y C-029 de 2009, en Juan Carlos Henao, *Estado Social y Derecho Administrativo*, en Alberto Montana Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón, *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2014, p. 165

derecho; y con el artículo 5 de la Constitución, que establece que las leyes deben estar en conformidad con la Constitución”⁶⁷. “Como consecuencia de la decisión de la Corte, los jubilados debieron recibir las pensiones pendientes de pago para el período de 1993 a 1997, y seis años más tarde el Parlamento de Croacia sancionó una Ley de aplicación de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 1998.”⁶⁸

Una decisión de similar orden se puede encontrar también en los Países Bajos aun cuando en relación con el control de la “convencionalidad” de las leyes. El Tribunal Supremo dictaminó en 1980, en el *Caso del Niño Ilegítimo*, que el artículo 959 del Código de Procedimiento Civil debía interpretarse a la luz de los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, con el fin de ignorar la diferencia establecida en el trato procesal entre casos relativos a la custodia de los hijos legítimos e ilegítimos, permitiendo entonces a los familiares de un huérfano ilegítimo poder apelar la decisión del juez de local de custodia, que el Código de Procedimiento Civil sólo concedía a familiares reconocidos legalmente.⁶⁹ Con base en la interpretación ya adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la Convención, la Corte Suprema aceptó el derecho de apelación por parte de los familiares de los hijos ilegítimos.

El mismo enfoque fue seguido en 1982 con respecto al *caso del Veto de los padres sobre el Matrimonio de menores de edad*, en el que la Corte Suprema introdujo de oficio el deber de los padres de justificar su decisión de no permitir que sus hijos menores de edad contrajeran matrimonio.⁷⁰ En consecuencia, cuando la negación de consentimiento fuera evidentemente irrazonable, los tribunales podían entonces sustituir el permiso de los padres, ignorando lo dispuesto en el artículo 1:36 (2) del Código Civil que prohibía a los tribunales permitir un matrimonio cuando uno de los padres se opusiera. Esta sentencia estaba respaldada por varias decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos⁷¹, lo que condujo a la adopción de una posición más moderada en materia de “control de convencionalidad”, reconociendo el Tribunal que no estaba facultado para desaplicar las disposiciones nacionales consideradas incompatibles con la Convención basándose solo sobre en su propia interpretación de la misma, sino cuando se tratase de una interpretación predominante adoptada por el Tribunal Europeo.⁷²

También relacionado con el derecho de familia, en los Países Bajos, la Corte Suprema, en cierta manera, ha desarrollado su propio poder de regular algunas materias legislativas mediante el ejercicio de su facultad de control judicial de la “convencionalidad” de leyes.

⁶⁷ Véase sentencia Noo. U-I-283/1997. De 12 de mayo de 1998, en Sanja Barić and Petar Bačić, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 407 ss.

⁶⁸ Véase sentencia sobre la Promulgación de la Ley sobre la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional fechada 12 de mayo de 1998, *Gazeta Oficil, Narodne novine*, No. 105/2004, en Idem, pp. 407 ss., nota 30.

⁶⁹ Véase la sentencia de la Corte Suprema del 18 de enero de 1980, *NJ 1980/463 (Hijo Ilegítimo)*. rn J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 645 ss., Nota 37.

⁷⁰ Véase la sentencia de la Corte Suprema de 04 de junio 1982, *NJ 1983/32 (Veto Parental sobre el Matrimonio de Menores de Edad)*, en Idem, pp. 645 ss., Nota 39.

⁷¹ Idem, pp. 645 ss.

⁷² Véase Sentencia de la Corte Suprema de 19 de octubre 1990, *NJ 1992/129 (Matrimonio Homosexual)*; Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de agosto 2001, *NJ 2002/278 (Deber de Apoyo)*, en Idem, pp. 645 ss. nota 46.

En los *Spring Cases*,⁷³ por ejemplo, el Tribunal consideró que las disposiciones de la legislación holandesa, según la cual, cuando un niño naciera de padres que no estaban ni habían estado casados, ni tenían ninguna intención de hacerlo en un futuro próximo, esos padres no podían ejercer patria potestad alguna, pudiendo sólo obtener custodia compartida; violaba los artículos 8 y 14 de la Convención Europea. A partir de esa decisión, el Tribunal de Justicia anuló ciertas disposiciones del Código Civil e interpretó otras para que pudieran ser entendidas en forma compatible con la Convención, terminando por regular las condiciones en las cuales una solicitud de autoridad parental conjunta podía ser otorgada por los tribunales. En el caso, el Tribunal dedicó una página entera de la sentencia del caso para describir estas condiciones, proporcionando a los tribunales inferiores una especie de “manual” de cómo decidir en este tipo de casos difíciles.⁷⁴

En América Latina, un caso típico de decisiones aditivas en el sentido de “sustitución”, se puede encontrar en el Perú, en una decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en 1997 en relación con el artículo 337 del Código Civil, en el cual en las demandas de divorcio basadas en la causal de sevicia, el Tribunal entendió que el término “sevicia” [crueldad extrema] “debía ser sustituido por la frase ‘violencia física y fisiológica, es decir, no solo se referida a la crueldad física.’”⁷⁵ Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica ha aplicado la técnica de las decisiones aditivas en asuntos de ciudadanía, interpretando que cuando el artículo 14.4 de la Constitución establece, en relación con mujeres extranjeras que cuando se casan con costarricenses son costarricenses por naturalización si perdían su nacionalidad, la palabra “mujer” debía leerse como “persona” con el fin de incluir también a los hombres, superando así la discriminación legal por razones de género que de otra manera existiría con respecto a los hombres extranjeros casados con una mujer costarricense.⁷⁶

En muchos países, sin embargo, estas decisiones han sido consideradas como invasivas en relación con las atribuciones legislativas porque a través de ellos el Tribunal Constitucional, mediante interpretación, procede a suplantar al legislador, afectando al sistema de separación de poderes. También se han considerado que mediante decisiones judiciales que no anulan la disposición impugnada sino que interpretándola agregan un *quid novi* que transforma lo negativo en positivo, el Tribunal se convierte, en sí mismo, de un juez de la constitucionalidad de las leyes, en un “limpiador” constitucional de las mismas, invadiendo en consecuencia la esfera de otros poderes y añadiendo normas legislativas, como “legislación positiva.”⁷⁷

⁷³ Véase Joint Supreme Court decisions of 21 March 1986, NJ 1986/585-588 (*Spring decisions*), en Idem, pp. 645 ss., nota 43.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Véase sentencia de 29 de abril de 1997 (Exp. No. 0018-1996-1-TC), en Fernán Altuve Febres, “El Juez constitucional como legislador positivo en el Perú,” Ponencia peruana al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), pp. 14-15.

⁷⁶ Véase Voto 3435-92, en Rubén Hernández Valle, “The Normative Resolutions of the Constitutional Court,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 389 ss..

⁷⁷ Véase las opiniones de M.A. García Martínez, F. Rubio LLorente, G. Silvestri, T. Ancora, G. Zagrebelsky, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 254, nota a pie de página 70-76.

IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, EMITIENDO INSTRUCCIONES Y DIRECTRICES AL LEGISLADOR

Como normalmente ocurre en los países que disponen de un sistema de control difuso de la constitucionalidad donde los tribunales tienen poder para declarar la inconstitucionalidad de las mismas, pero sin poder anularlas, en los países con un sistema concentrado de control de constitucionalidad, los Tribunales Constitucionales a pesar de tener el poder de anular las disposiciones legales inconstitucionales, también han utilizado la técnica de declarar la inconstitucionalidad o invalidez de las mismas pero sin anularlas, para en esa forma asegurar la protección de los derechos fundamentales, particularmente en casos de omisiones legislativas, lo que se ha manifestado particularmente cuando ha estado involucrado el derecho a la igualdad y la no discriminación.⁷⁸

Se trata, en estos casos, del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, particularmente cuando contienen una regulación pobre, deficiente o inadecuada de acuerdo con las disposiciones constitucionales,⁷⁹ que es lo que se considera violatorio de derechos fundamentales, conduciendo al juez constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la deficiente regulación, y sin anularla, para no crear un vacío legislativo ni usurpar las funciones de legislador,⁸⁰ se limita en unos casos, a exhortar al Legislador que produzca la legislación necesaria⁸¹, y en otros, a formularle directrices, orientaciones, recomendaciones o instrucciones, e incluso órdenes, para orientar su actividad futuras,⁸² y buscar que actúe en conformidad con la Constitución.⁸³ En estos casos, el juez constitucional ha desarrollado un papel de asistencia y de colaborador con el Legislador, con instrucciones u órdenes en algunos casos no vinculantes y en otros de carácter vinculante.

⁷⁸ Véase F. Fernández Segado, F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española., cit., pp. 9, 25, 39-42; P. Popelier ha señalado que en Bélgica, “el principio de igualdad y no discriminación constituye la norma de referencia en más del 85% de las decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales.” Véase P. Popelier, “The Belgian Constitutional Court as Positive Legislator: in search of a Balance between Rights’ Protection and Respect for Acts of Parliament,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 265 ss.

⁷⁹ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 293, 294; Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, pp. 34, 37, 71; Víctor Bazan, “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México 2004, pp. 189 ff.

⁸⁰ Véase Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, p. 34

⁸¹ Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., p. 124

⁸² Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp, 227 ff.

⁸³ *Idem*, pp. 36-37; 75, 88

1. El control de la constitucionalidad por omisión y las instrucciones o directrices no vinculantes dirigidas del juez constitucional al Legislador

Esta técnica de control de constitucionalidad de las leyes en países con un sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, que se manifiesta en la posibilidad de que los tribunales constitucionales declaren la inconstitucionalidad de una norma sin decidir su nulidad, incluso ha sido establecida expresamente en la legislación que regula las funciones del Tribunal Constitucional, como es el caso de Alemania, donde en la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de 1970, se estableció como una función específica del mismo preferir en casos específicos, la interpretación constitucional de las leyes mediante su declaración como “compatible o incompatible con la Ley Fundamental” en lugar de solo ser “anulada y declarada sin efecto” (artículo 31.2).⁸⁴

Una reforma similar fue propuesta en 2005 en España, para modificar la disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece el principio contrario, es decir, que es que cuando la decisión del Tribunal Constitucional sea declarar la inconstitucionalidad de una norma, debe declarar además la nulidad de las disposiciones impugnadas (art. 40.1).⁸⁵ La reforma sin embargo no se sancionó,⁸⁶ pero ello no impidió que el Tribunal Constitucional superase la rigidez del binomio inconstitucionalidad / nulidad, emitiendo resoluciones de inconstitucionalidad sin declarar la nulidad.

Un caso importante resuelto por el Tribunal Constitucional español, fue la decisión N° 116/1987, en relación con la Ley 37/1984 del 22 de octubre 1984, que estableció derechos sociales a militares y oficiales de policía por servicios prestados durante la Guerra Civil, excluyendo a los militares profesionales incorporados a las Fuerzas Armadas después de 1936. Debido a esa exclusión, el Tribunal Constitucional consideró que ello era contrario al principio de igualdad, declarando la inconstitucionalidad de dicha exclusión, permitiendo la aplicación de la disposición a los excluidos.⁸⁷ Otra decisión importante fue la decisión 45/1989 en la que el Tribunal Constitucional consideró que la disposición de la Ley 48/1985 del Impuesto sobre la Renta que establecía la declaración obligatoria conjunta de impuestos de miembros de una familia, implicaba que las obligaciones fiscales para una persona integrada a un grupo familiar era más fuertes que la que correspondía a una persona con los mismos ingresos, pero no integrada a un grupo familiar.⁸⁸ El Tribunal Constitucional apreció una violación al principio de la igualdad y examinó la cuestión del binomio inconstitucionalidad / nulidad, argumentando que si bien el texto del artículo 40.1 de la Ley del Tribunal establecía otra cosa, consideró que

⁸⁴ Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., p. 93; Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss. ; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, p.260; F. Fernandez Segado, *Spanish Report*, p. 6.

⁸⁵ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, p. 301.

⁸⁶ Véase F. Fernandez Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” *Ponencia española...*, cit., p. 6

⁸⁷ Véase F. Fernandez Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” *Ponencia española...*, cit., p. 10.

⁸⁸ Véase STC 45/1989, of February 20, 1989, par. 11, en *Idem*, p. 12.

no era necesario aplicarlo cuando el control de la constitucionalidad estaba asegurado al declarar la inconstitucionalidad de la omisión; teniendo en cuenta que “la nulidad como una medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz de reordenar el régimen de impuesto sobre la renta de una manera compatible con la Constitución.” El Tribunal llegó a la conclusión de que era el legislador quien, “de acuerdo con la decisión, debía hacer las modificaciones necesarias o adaptaciones del régimen jurídico, de acuerdo con sus competencias normativas.”⁸⁹ Sobre ello, Francisco Fernández Segado ha señalado

“Con la decisión 45/1989, el Tribunal no sólo se apartó del texto legal, dando a luz a decisiones de inconstitucionalidad sin nulidad, siguiendo los pasos de las BVerfG (Tribunal Constitucional Federal), sino que además categóricamente violó el binomio inconstitucionalidad / nulidad característica de la visión del juez constitucional como “legislador negativo”.⁹⁰

La misma técnica se ha aplicado en Nicaragua, donde la Corte Suprema en una decisión que reconoció la inconstitucionalidad de los artículos 225 y 228 del Código Civil que prohíben y restringen casos de investigación de paternidad, decidió no anular los artículos manteniéndolos en efecto a la espera de la sanción de una nueva legislación a ser aprobada por el Congreso, con el fin de evitar problemas más graves derivados del vacío legal, que una anulación podría producir.⁹¹

Por otra parte, en Suiza, donde se admite control de constitucionalidad de las leyes cantonales, el Tribunal Federal ha decidido también casos de omisiones legislativas relativas, aunque negándose a asumir el papel de legislador. En el caso *Hegetschweiler*,⁹² basado en la apelación de una pareja casada, la Corte Suprema concluyó que un reglamento cantonal relacionado con los ingresos y los impuestos de propiedad para las parejas casadas era inconstitucional porque las parejas casadas debían pagar impuestos más altos que las parejas no casadas que vivían juntas en la misma casa y que tenían similares medios financieros; lo que fue considerado como una violación del precepto de igualdad (artículo 8.1 de la Constitución). En este caso, el Tribunal Federal dada la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad limitada a la anulación de las normas, si bien rechazó la acción, afirmó que la norma impugnada no estaba en plena conformidad con la Constitución, solicitando al legislador cantonal que remediara la situación inconstitucional. Para la pareja que recurrió, el resultado del proceso fue sin duda muy insatisfactorio.⁹³

Por lo que se refiere a la legislación federal, si bien en Suiza no existe un sistema de control de constitucionalidad con respecto a la legislación federal (solo de la legislación cantonal), ello no ha impedido que el Tribunal Supremo Federal critique una norma

⁸⁹ Véase también las sentencias STC 13/1992, 6 de febrero de 1992, fund. jur. 17; STC 16/1996, 1 febrero, 1996 fund. jur. 8º; and STC 68/1996, 18 Abril 1996, fund. jur. 14, en *Idem.*, p. 12-13.

⁹⁰ *Idem.*, p. 12.

⁹¹ Véase decisiones del 22 de noviembre de 1957, B.J. p. 18730 (1873?) y del 15 de junio de 1986, B.J. p. 105, en Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 102.

⁹² Véase BGE 110 Ia 7. Véase en Tobias Jaag, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit. pp. 783 ss, nota 37.

⁹³ *Idem.*, pp. 783 ss..

legislativa federal y por lo tanto les señale a los legisladores la necesidad de una reforma de la ley.⁹⁴

Ahora bien, estas instrucciones o directrices formuladas por los Tribunales Constitucionales al legislador si bien en la mayoría de los casos son recomendaciones no vinculantes, en muchos casos tienen un carácter obligatorio.⁹⁵

En cuanto a las recomendaciones judiciales no vinculantes, se destacan en Italia, las llamadas decisiones exhortativas, decisiones delegadas o *sentenze indirizzo*,⁹⁶ mediante las cuales el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma, pero no formula la norma que debe aplicarse a través de la interpretación dejando esta tarea al legislador. Estas decisiones también se les llama en Italia “sentencias aditivas de principio”⁹⁷, como por ejemplo fue el caso de la decisión N° 171 de 1996, emitida por el Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la disposición de una Ley que regulaba el derecho a huelga en los servicios públicos, en la parte en la cual no contemplaba una notificación previa y un plazo razonable en los casos de huelgas de abogados y defensores.⁹⁸

Por otra parte, la instrucción dirigida al legislador puede tener un carácter condicional en relación con el poder de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional. En Italia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional cuando se trata de casos de inconstitucionalidad de una ley, durante el proceso judicial puede recomendar al legislador introducir la legislación necesaria para eliminar las dudas constitucionales que rodean una ley, mediante las denominada *doppia pronuncia formula*, indicando que si el legislador no ejecuta las recomendaciones de la Corte, en una segunda decisión, la misma declarararía la inconstitucionalidad de la ley impugnada.⁹⁹

Este tipo de control de constitucionalidad mediante decisiones exhortativas es aceptado también en Alemania,¹⁰⁰ mediante las cuales el Tribunal Constitucional Federal, en los casos de procesos en los que se analiza la inconstitucionalidad de las leyes, en lugar de declarar la inconstitucionalidad, puede emitir “una advertencia al legislador,” conteniendo directrices dirigidas al legislador, para mejorar o bien reemplazar la

⁹⁴ Véase BGE 103 Ia 53, 55. En Idem, pp. 783 ss, nota 29.

⁹⁵ En este sentido, Christian Berhrendt analizando la situación en Alemania, Bélgica y Francia distingue entre lo que llama interferencias no vinculantes permisivas o directrices, y los que permiten las interferencias o mandatos obligatorios. Véase Christian Berhrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., p. 253 ff.

⁹⁶ Véase L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, pp. 3 ff.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 268.

⁹⁷ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.279-284, 305.

⁹⁸ Véase A. Vespaziani, “Una sentenza additiva di principio riguardo allo “sciopero” degli avvocati”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, IV, pp. 2718 ff. Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 281-282, nota a pie de página 164.

⁹⁹ Véase Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 504.

¹⁰⁰ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.264; Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 505.

legislación,¹⁰¹ normalmente dándole al legislador un plazo para hacerlo. Una vez que el plazo se agota, la disposición se considera que será inconstitucional y el Tribunal tendrá que pronunciarse sobre el asunto. Un ejemplo de este tipo de decisión fue la emitida en relación con la pensión de sobreviviente. En el caso, la ley estipulaba que una viuda siempre podía conservar la pensión de su difunto marido, pero en relación con el viudo establecía que él sólo podría obtener la pensión de su esposa fallecida, si ella era la que había proporcionado el sustento para la familia y había ganado el ingreso familiar, o si había sido funcionaria. El Tribunal Constitucional Federal consideró que la disposición estaba en proceso de convertirse en inconstitucional debido a los cambios sociales ocurridos, en particular en relación con el papel de la mujer en la familia, solicitando al legislador que emitiera, de acuerdo con sus facultades para legislar, las disposiciones necesarias a fin de evitar la inconstitucionalidad.¹⁰²

También en Bélgica,¹⁰³ el Tribunal Constitucional ha aplicado esta técnica, pudiéndose citar un caso de 1982 relativo a la legislación tributaria regional en materia de medio ambiente, particularmente en relación con la definición de “pagador de contaminantes.” Sobre ello, el antiguo Tribunal de Arbitraje dio instrucciones a los legisladores regionales a los efectos de corregir las condiciones en las cuales la noción de “pagador contaminante” no estaba en conformidad con el principio igualitario.¹⁰⁴ También en una decisión emitida por el mismo Tribunal de Arbitraje en 2004, refiriéndose al régimen de impuestos sobre donaciones a las asociaciones sin fines de lucro establecidos en una ley federal, el Tribunal formuló directrices a un legislador regional que diferente al que había incurrido en una inconstitucionalidad, es decir, al legislador regional, que el Tribunal consideró competente para dictar la legislación sobre la materia.¹⁰⁵

En países con sistemas difusos de control de constitucionalidad, estas sentencias exhortativas también han sido emitidas por los Tribunales Supremos. Este es el caso de Argentina, en el caso *Verbisky*, en el que la Corte Suprema decidió sobre la petición de un hábeas corpus colectivo, y sin declarar la inconstitucionalidad de la respectiva disposición legal de la Provincia de Buenos Aires, exhortó a sus autoridades a sancionar nuevas disposiciones legales para cuidar el hacinamiento y la situación terrible en el sistema penitenciario.¹⁰⁶

En otros casos, el Tribunal Supremo de Argentina, después de declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones legales, ha emitido directrices al Congreso sobre

¹⁰¹ Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss.

¹⁰² Véase BVerfGE 39, 169 ff. En *Idem.*, pp. 497 ss. Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.115, 265.

¹⁰³ Véase P. Popelier, “The Belgian Constitutional Court as Positive Legislator: in search of a Balance between Rights’ Protection and Respect for Acts of Parliament,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 265 ss.

¹⁰⁴ Véase CA arrêt 79/93 de 9 de Noviembre, 1993, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, cit., pp. 175-176, y 191 ss.

¹⁰⁵ Véase CA arrêt 45/2004 de 17 Marzo, 2004, en *Idem.*, pp. 175-176 ; y 230-237.

¹⁰⁶ Véase CSIJ, Fallos. 328:1146, en Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 340.

legislaciones futuras, indicando el camino constitucional que el Congreso debe seguir con respecto a ciertos asuntos. Por ejemplo, en algunas decisiones, ha cambiado la clara intención legislativa, con el fin de -a través interpretación judicial- adecuar la ley a la interpretación del Tribunal sobre la Constitución. Estas decisiones evidencian un aumento de la participación de la Corte en dominios antes dejados para las ramas políticas del gobierno, como sucedió por ejemplo, en los casos *Castillo*¹⁰⁷ y *Aquino* (2004)¹⁰⁸, en los cuales la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557) con respecto a sus contenidos procedimentales y sobre los límites de las indemnizaciones por lesiones laborales, teniendo en cuenta que sus disposiciones negaban a los trabajadores su derecho a una restitución completa. Además, la decisión de la Corte Suprema exigió la acción del Congreso con el fin de modificar el sistema de acuerdo con las directrices establecidas por la corte.

En el caso *Vizzoti*, la Corte Suprema estimó que los límites del sueldo base utilizado para calcular la indemnización de terminación prevista en la Ley de Empleo no eran razonables, a la luz de la obligación constitucional de proteger a los trabajadores contra los despidos injustificados. La Corte formuló en el caso, al Congreso, las directrices en cuanto a los límites válidos, indicando que “la decisión de la Corte no supone una interferencia indebida sobre los poderes del Congreso, ni una violación de la separación de poderes, sino el debido ejercicio del mandato sobre control constitucional sobre las leyes y las medidas gubernamentales.”¹⁰⁹

2. El control de la constitucionalidad por omisión y las instrucciones o directrices vinculantes del juez constitucional al Legislador.

La protección constitucional de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos sociales también se ha asegurado mediante el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con las omisiones legislativas, igualmente con base en la violación del derecho a la no discriminación y a la igualdad. En ese sentido, en muchos casos, los Tribunales Constitucionales, al declarar la inconstitucionalidad de una norma sin anularla, han asumido progresivamente un papel más positivo en relación con el legislador, emitiendo no sólo directrices, sino órdenes o instrucciones, a fin de que se reformen o corrijan partes de la legislación en el sentido indicado por el Tribunal. Esto, como se ha dicho, ha transformado los Tribunales Constitucionales en una especie de órgano auxiliar del legislador, imponiéndoles determinadas tareas, y estableciendo un plazo preciso para su desempeño.

Esta técnica de control de constitucionalidad se ha utilizado en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, en muchos casos, después de haber determinado la incompatibilidad de una disposición legal con la Constitución, sin declarar su nulidad, declara la obligación del legislador de resolver la cuestión de constitucionalidad, y mejorar

¹⁰⁷ Véase Fallos, 327:3610 (2004). Véase en Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 195 ss.

¹⁰⁸ Véase Fallos: 327: 3753 (2004). En Idem.

¹⁰⁹ Véase Fallos 327:3677 (2004). En Idem.

o derogar la ley¹¹⁰. Uno de los primeros ejemplos de este tipo de decisiones judiciales en relación con el Legislador se adoptó en 1981 con respecto a una disposición del Código Civil (artículo 1.579) que establecía el régimen de pensión alimenticia, la posibilidad de su reducción o supresión por razones de equidad y, en particular, la excepciones a este último basado en la imposibilidad de que el titular de la pensión lograra un trabajo remunerado debido a la atención que la excónyuge debía dar a los hijos. Esta excepción fue impugnada en un caso judicial particular que llegó el Tribunal, el cual consideró que, aunque motivado por razones educativas y familiares, la rigidez de la disposición impedía a los tribunales adecuarlo a las circunstancias individuales, violando el artículo 2.1 de la Constitución (libertades individuales). En consecuencia, el Tribunal decidió que “el legislador debe establecer un nuevo régimen teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. El legislador es libre de decidir si adopta una disposición adicional o modifica la segunda parte del artículo 1579.”¹¹¹

En otro caso relativo a incompatibilidades profesionales considerado contrario al derecho fundamental de toda persona a elegir su profesión, el Tribunal también emitió órdenes al Legislador, pero sin dejarle alternativa. En este caso, se consideró una incompatibilidad legal específica (prohibición a consejeros fiscales de ejercer actividades comerciales) como inconstitucional, concluyendo el Tribunal que “En virtud del principio de proporcionalidad, el legislador debe establecer disposiciones transitorias para los casos en los cuales al poner fin de inmediato a actividades comerciales, ello podría significar una carga pesada; correspondiendo al Legislador fijar el contenido de estas disposiciones transitorias.”¹¹²

Otro caso importante en el cual el Tribunal Constitucional Federal ha establecido “programas legislativos” en ciertas decisiones, es el caso conocido como *Numerus Clausus*, relativo a los derechos de participación en los servicios del Estado, y la limitación de plazas universitarias, materializada en ciertas instrucciones dadas al Legislador de cómo organizar el servicio.¹¹³ En esta forma, el Tribunal pasó a emitir órdenes al Legislador estableciendo un plazo o fecha límite para que tomase las medidas legislativas necesarias reforzando el carácter del Tribunal Constitucional como colaborador directo de los legisladores.

Esta técnica puede ser considerada como la regla general en las decisiones del Tribunal Federal Constitucional que además han contenido mandatos dirigidos al Legislador, estableciendo para su cumplimiento una fecha fija, o la ocurrencia de un hecho aún no determinado, un plazo razonable, o en un futuro próximo.¹¹⁴ En estos casos, e poder del Tribunal se ha deducido del artículo 35 de la Ley que regula sus funciones

¹¹⁰ Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss..

¹¹¹ Véase BVerfG, decision of July 14, 1981, BVerfGE 57, 381, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., pp. 263-268.

¹¹² Véase BVerfG, decisión del 15 de febrero de 1967, BVerfGE 21, 183, en Idem, pp. 259-262.

¹¹³ Véase BVerfGE 33, 303, en I. Härtel, , “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss.

¹¹⁴ Véase en Idem., y en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., , pp. 288 ff.

(BVerfGG)¹¹⁵ en el que se afirma que “en su decisión el Tribunal Constitucional Federal puede indicar quién debe ejecutarlo; en casos individuales, también puede especificar el método de ejecución”. De acuerdo con I. Härtel, “la fijación de una fecha límite tiene por objeto proporcionar una forma de presión al Legislador y por lo tanto sirve a la promulgación de la justicia encontrada por el BVerfG.”¹¹⁶

Un ejemplo clásico de estas decisiones fue la emitida por el Tribunal Constitucional Federal en 1998 con respecto a la libertad del individuo para ejercer profesiones liberales, en las que consideró una disposición de una ley como contraria al artículo 12,1 de la Constitución. El Tribunal argumentó que “Sin embargo, la violación de la Constitución no da lugar a la anulación de la provisión, debido al hecho que el Legislador tiene varias posibilidades para poner fin a la declarada inconstitucionalidad” limitándose el Tribunal solo a “verificar la incompatibilidad de la norma inconstitucional con el artículo 12,1 de la Constitución,” terminando con la indicación de que “el legislador está obligado a sustituir la disposición cuestionada con una regulación que esté en armonía con la Constitución, antes del 1 de enero de 2001.”¹¹⁷

Más recientemente se puede mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de el 9 de febrero de 2010, relacionada con disposiciones del Código de la Seguridad Social que fueron declaradas inconstitucionales por ser contrarias al derecho a un mínimo existencial.¹¹⁸ El asunto fue referido al Tribunal en varios procesos judiciales en los cuales se reclamó el reconocimiento de prestaciones dinerarias en montos superiores a los establecidos en esa legislación, que los tribunales correspondientes consideraban que era, en aspectos diversos, inconstitucional. El Tribunal Constitucional Federal estimó que algunos de los preceptos legales objeto del control eran violatorios de la Constitución, por lesión al “derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial resultante de la dignidad humana,” derivado del artículo 1, párrafo 1 (respeto y protección de la dignidad humana), en conexión con el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental (principio del Estado Social), que estimó se traducía en una “pretensión prestacional constitucional inmediata,” que el Legislador no podía disponer de las mismas. La declaración de inconstitucionalidad de la norma, sin anularla, llevó al Tribunal a fijar un plazo dentro del cual las disposiciones afectadas debían ser revisadas por el Legislador a través de un método aceptable, ordenando al gobierno a dar cobertura a determinadas prestaciones superiores a las previsiones legislativas, hasta que la nueva regulación fuera sancionada, según los criterios contenidos en el fallo.

¹¹⁵ Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss.

¹¹⁶ *Idem*, p 9.

¹¹⁷ BVerfG decisión del 10 de noviembre de 1998, BVerfGE 99, 202, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., p. 295.

¹¹⁸ BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, en Jesús María Casal, “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión,” en Gonzalo Pérez Salazar, Luis Petit Guerra y Víctor R. Hernández-Mendible (Coords.), *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garantes de los Derechos Humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas. 2013.

Por último, en sentido similar, en Colombia, la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de omisiones relativas por parte del legislador, y ha exhortado al Congreso a sancionar las leyes correspondientes. Fue, por ejemplo, el caso de la decisión de la Corte Constitucional que al examinar el artículo 430 del Código de Trabajo que prohíbe la huelga en los servicios públicos. La Corte en Sentencia C-473/94 revisó la omisión del legislador con respecto a la sanción de la legislación relativa al derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, y “exhortó al Congreso a legislar en un plazo razonable” la legislación correspondiente en la materia conforme con la Constitución.¹¹⁹

Dentro de este tipo de decisiones de control de constitucionalidad en el que los Tribunales Constitucionales al declarar la nulidad de una disposición dictan una reglamentación provisional mediante la interpretación de la Constitución, es posible mencionar la emitida por el Tribunal Supremo Federal de Brasil, a través de un “*Súmula Vinculante*,” en materia de derechos de las comunidades indígenas, y sobre la constitucionalidad de la demarcación de las tierras indígenas en el área de “*Raposa Serra do Sol*,” en el Estado de Roraima. Después de muchas discusiones y conflictos políticos, el Tribunal decidió sostener la constitucionalidad de la demarcación hecha por la Unión Federal, y determinó para la demarcación de las tierras de los pueblos indígenas un conjunto muy detallado de normas que establecen las condiciones que siempre deben cumplirse en todos los futuros procesos de demarcación, lo que resultó, de hecho, en una decisión con efectos erga omnes.¹²⁰

También en Venezuela, es posible encontrar casos en los que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en ausencia de estatutos correspondientes, ha emitido decisiones que contienen legislación. En la decisión N° 1682 del 15 de agosto de 2005, respondiendo a un recurso de interpretación del artículo 77 de la Constitución, la Sala Constitucional, en ejercicio de su “jurisdicción normativa”, estableció que las relaciones de hecho estables entre los hombres y las mujeres tendrían los mismos efectos que el matrimonio, estableciendo al efecto todo el régimen jurídico en relación con tales relaciones de hecho estables, determinando que los efectos civiles del matrimonio les aplica a ellos, incluyendo los relativo a pensión, al uso del nombre de la pareja, al régimen económico y a los derechos sucesorales, sustituyendo por completo al Legislador.¹²¹

En otro caso, la Sala Constitucional también ha legislado, esta vez de oficio, y en una resolución dictada en un juicio de amparo en relación con el proceso de la

¹¹⁹ Véase Germán Alfonso López Daza, “Le juge constitutionnel colombien, législateur-cadre positif: un gouvernement des judges?,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 345 ss; Mónica Lilibian Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia,” en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 322-323.

¹²⁰ Véase STF, DJ 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, em Luis Roberto Barroso et al, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo,” Ponencia Brasileña al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010 (Mimeo), pp. 43-46.

¹²¹ Véase decision 1682 of July 15, 2005, Carmela Manpieri, Interpretation of article 77 of the Constitution Case. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm> Véase en Daniela Urosa Maggi, “Constitutional Courts as Positive legislators,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 843 ss.

fertilización in vitro. En la decisión No. 1456 de 27 de julio de 2006, en efecto, la Cámara también en ejercicio de su “jurisdicción normativa” determinó de oficio las disposiciones legislativas sobre el asunto, incluidas las normas sobre la paternidad, la reproducción asistida, la fecundación sin consentimiento, la donación retributiva, las madres subrogadas, y normas sobre sucesiones.¹²² En este caso, la Sala no sólo actuó como legislador positivo estableciendo todas las disposiciones aplicables en el caso de la fertilización in vitro o la reproducción asistida, pero ordenó a la aplicación de las nuevas normas al caso particular involucrado en la decisión, dando efectos retroactivos a la “disposiciones legislativas” que crearon, en violación del artículo 24 de la Constitución que prohíbe la retroactividad de las leyes.

3. La protección constitucional de los derechos sociales mediante la acción de amparo contra las omisiones legislativas

Además de los medios de control de constitucionalidad de la omisión legislativa mediante el ejercicio de las acciones directas de inconstitucionalidad contra la omisión del Legislador, la protección de los derechos humanos y en particular de los derechos sociales, también ha encontrado garantía, mediante el ejercicio de acciones de amparo contra los daños o amenazas que tales omisiones pueden causar a tales derechos. Este es el caso, por ejemplo, en los países de América Latina, de las acciones de amparo interpuestas contra omisiones del legislador para la protección de los derechos fundamentales que se han establecido en muchos países.¹²³

En este sentido se destaca el muy importante *mandado de injunção* en Brasil, establecido en el artículo 5º, LXXI, de la Constitución, y que se “concede siempre que la falta de la disposición reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos constitucionales y las libertades, así como los derechos inherentes a la nacionalidad, el estado soberano y la ciudadanía”. De acuerdo con la Tribunal Supremo Federal, esta orden judicial no autoriza a la Corte a ocupar el vacío dejado por la omisión legislativa, por lo que la Corte no puede promulgar la norma;¹²⁴ estando su función limitada a declarar el retardo que se haya producido en el desarrollo de la normativa y notificar de ello al legislador, teniendo la decisión, sólo efectos inter partes.

Un caso de interés, fue el resuelto por el Tribunal Supremo Federal, en aplicación de la norma de la Constitución que garantizaba un privilegio fiscal de determinadas instituciones con fines sociales, d estar exentas de pagar impuestos por contribuciones

¹²² Véase sentencia No. 1456 de 27 de julio de 2006, caso Yamilex Núñez de Godoy, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm> Véase en Idem, pp. 843 ss.

¹²³ Véase en particular, en relación con el recurso de amparo contra las omisiones de las autoridades en los países de América Latina Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ss.. En Venezuela acciones de amparo se han presentado en contra de omisiones de los legisladores con respecto a determinados actos administrativos. Véase: Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, pp. 153 ss.

¹²⁴ Véase caso STF 168/RS, Reporting Justice J. Ministro Pertence, DJU, 20 Abril 1990, en Marcelo Figueredo, “Judicial remedies Aimed to Fill the Legislative Gaps resulting from State Omissions under Brazilian Law,” Ponencia brasileira al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), p. 4.

a la seguridad social, “siempre y cuando estas entidades cumplieran con las condiciones establecidas en la ley” (artículo 197,5). La Constitución dejó al legislador ordinario la tarea de establecer las condiciones que debían cumplirse a fin de reclamar exención de las contribuciones, y al no haberlo hecho, el Gobierno Federal entendió que tales entidades no podrían reclamar ninguna exención fiscal hasta tanto el Congreso aprobase la ley que estableciera esas condiciones. El Tribunal Supremo tras considerar que existía una omisión legislativa injustificable, fijó un plazo de seis meses para que el Congreso aprobase una ley eliminando esa omisión. Además, determinó que si la ley no se dictaba antes de esa fecha, el demandante tendría derecho automáticamente a reclamar el beneficio fiscal.¹²⁵

En otros casos, el Tribunal Supremo Federal en Brasil ha proporcionado incluso la norma que faltaba, pero mediante analogía, hasta que el legislador promulgase la legislación necesaria. Este fue el caso de la aplicación de las normas de seguridad social relativas a la pensión especial en el sector privado, a funcionarios que trabajaban en el Departamento de Salud del sector público (MI 721 / DF, marzo 8 de 2007); y el caso de la aplicación de las disposiciones a la ley (Ley 7.783 / 1989) que regula el derecho de huelga en el sector privado (MI 670 / ES, 25 de octubre de 2007), a los funcionarios de un Estado.¹²⁶

La misma aproximación del juez constitucional complementando la labor del Legislador, en particular en materia de protección de los derechos fundamentales, se puede encontrar en otros países, como en Argentina, por ejemplo, en el fallo de la Corte Suprema en los casos *Badaro*, relativo al ajuste automático de las pensiones. En efecto, debido al hecho de que la Constitución regula pensiones ajustables (artículo 14 bis), en el caso *Badaro I*,¹²⁷ la Corte consideró que la omisión del Congreso en lo que respecta a los aumentos de las pensiones, en virtud de haber sido éstas seriamente reducidas por la alta inflación, constituía una violación del mandato constitucional, por lo que instó al Congreso a aprobar la legislación respectiva en un plazo razonable para resolver ese problema. El Tribunal destacó que no sólo era un poder, sino un deber del Congreso de dar efectividad a la garantía constitucional de la movilidad de las pensiones, para lo cual debía legislar y adoptar medidas para garantizar el pleno disfrute del derecho. Finalmente, en vista de la falta de acción por parte del Congreso, en el *Caso Badaró II*¹²⁸, la Corte, además de volver a urgir al Congreso para promulgar la legislación, resolvió

¹²⁵ Véase caso TF, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992, en Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as Negative Legislators: The Brazilian Case,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp 283 ss.

¹²⁶ Véase en Marcelo Figueredo, “Judicial remedies Aimed to Fill the Legislative Gaps . . .,” cit. p. 6-7; y en Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as Negative Legislators: The Brazilian Case,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 283 ss; Véase también, Luis Roberto Barroso et al, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo,” Ponencia brasileira al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), pp. 28, 32.

¹²⁷ Véase Fallos, 329:3089 (2006 Véase en Alejandra Rodríguez Galán y Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., 195 ss, nota 68.

¹²⁸ Véase Fallos 330:4866 (2007). Véase en Idem, nota 69.

aceptar la solicitud del peticionario y adoptó criterios para el reajuste de las pensiones hasta que el Congreso decidiera actuar¹²⁹.

En otro caso importante con respecto al medio ambiente, la Corte Suprema, en el *caso Mendoza*¹³⁰, decidió sobre una denuncia presentada por un grupo de vecinos de un asentamiento conocido como *Villa Inflammable*, situado en las afueras de Buenos Aires, contra el Gobierno Nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas privadas, alegando daños y perjuicios causados por múltiples enfermedades que sus hijos y ellos mismos tenían, causadas por la contaminación de la cuenca hidrológica “*Matanza-Riachuelo*”. En dos sentencias históricas, la primera en 2006 y la otra en 2008, la Corte ordenó a los demandados a presentar un programa de recuperación ambiental, confió a la Autoridad de la Cuenca *Matanza-Riachuelo* en su aplicación y estableció directrices detalladas para la Corte poder supervisar el cumplimiento de su decisión y evitar conflictos inter-provinciales, por tratarse de materias de la competencia de las legislaturas y del poder ejecutivo de los niveles federal y provincial.¹³¹

En Alemania, también se puede mencionar como ejemplo de control judicial de las omisiones legislativas absolutas por medio de la denuncia para la protección constitucional de los derechos fundamentales de carácter social (*Verfassungsbeschwerde*)¹³², la decisión del Tribunal Constitucional Federal No 26/1969 del 29 de enero 1969 dictada en relación con el artículo 6.5 de la Constitución que establece que la ley debe garantizar a los hijos ilegítimos, las mismas condiciones que a los hijos legítimos, para su desarrollo físico, espiritual y social. El Tribunal Constitucional Federal en su decisión consideró que el artículo 1712 del Código Civil era insuficiente en cuanto a la disposición constitucional y exhortó al legislador a reformarlo de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 6.5 de la Constitución antes del final del período de la legislatura (Otoño 1969), que, de hecho, ocurrió 19 de agosto de 1969 con la promulgación de la reforma¹³³.

En la India, debe mencionarse un caso muy importante de 2001 en relación con los abusos (intimidación, acoso, *bullying*) hacia nuevos estudiantes en las universidades, iniciado en 1998 como un litigio de interés público por la organización espiritual *Vishwa Jagriti Mission*, con el objeto de tratar de frenar la amenaza de los abusos hacia los nuevos estudiantes en las instituciones educativas.¹³⁴ La Corte Suprema dictó sentencia

¹²⁹ Véase también Néstor Pedro Sagüés, “La Corte Suprema Argentina como Legislador Positivo,” Ponencia argentina al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), pp. 12-13.

¹³⁰ Véase Fallos 329:2316 (2006) and Fallos 331: 1622 (2008), en Alejandra Rodríguez Galán y Alfredo Mauricio Vitolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 195 ss., nota 72

¹³¹ *Idem*, pp. 195 ss..

¹³² Véase en términos generales Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht,” en la Revista de Derecho, No 4, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp/ 137-186.

¹³³ Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 313-315. Véase Ines Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp497 ss.

¹³⁴ Véase caso: *Vishwa Jagriti Mission v Central Government* AIR 2001 SC 2793, en Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: the Indian Experience,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp.587 ss., nota 58.

en 2011, en uso de sus poderes conforme a los artículos 32 y 142 de la Constitución, decidiendo proteger los derechos fundamentales, emitió una serie de directrices, no sólo definiendo los abusos, sino también contemplando las posibles causas de ellos, prescribiendo los pasos detallados para poner fin a dicha práctica, y esbozar diversas formas de castigo que las autoridades educativas podían adoptar. La Corte también decidió que “la falta de prevención de los abusos sería interpretado como un acto de negligencia en el mantenimiento de la disciplina en la institución”, y dispuso que si “una institución no logra frenar los abusos, la Agencia de Financiamiento/ UGC puede considerar dejar de dar asistencia financiera a tal institución hasta el momento en que lo cumpla”. Como los abusos continuaron, de lo cual informaron los medios de comunicación, la Corte Suprema de la India se involucró directamente en la lucha para frenar los abusos en las instituciones educativas., nombrando en noviembre de 2006, a un Comité para sugerir medidas correctivas que hicieran frente al problema de los abusos.

En mayo de 2007, la Corte Suprema ordenó que varias recomendaciones de la Comisión debían ser implementadas sin ningún lapso de tiempo adicional, estableciendo entre otras cosas, que “la pena que ha de imponerse tiene que ser ejemplar y justificadamente dura para actuar como un elemento disuasivo contra la recurrencia de este tipo de incidentes”¹³⁵. La Corte no dejó la tarea de supervisar estas directrices a la rama ejecutiva del gobierno, decidiendo que “el Comité constituido de conformidad con la orden de este Tribunal seguirá de cerca el funcionamiento de los comités anti-abusos y de los equipos que se formen. También tendrán que vigilar la aplicación de las recomendaciones a las que se ha hecho referencia más arriba “

En 2007, la Corte Suprema dio instrucciones adicionales al decidir con casos específicos de abusos en dos colegios que fueron investigados por el Comité Raghavan¹³⁶; y en 2009 en el caso *Universidad de Kerala v Consejo de Directores de las Universidades de Kerala*¹³⁷, ordenó a todos los gobiernos estatales, así como a las universidades a actuar de conformidad con las directrices formuladas por el Comité, considerando estos abusos como un abuso contra los derechos humanos, justificando así expresamente el ejercicio por parte de la Corte, del poder establecido en el artículo 32 de la Constitución.¹³⁸

En una orientación similar, y también mediante vías judiciales desarrolladas progresivamente para la protección de los derechos fundamentales, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha llenado el vacío de las omisiones legislativas, en particular emitiendo ordenes de equidad, como las mencionadas *injunctions*,¹³⁹ a través de las cuales un tribunal de equidad puede acordar adjudicar protección constitucional ordenando

¹³⁵ Véase caso *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, del 16 de Mayo de 2007, en *Idem*, pp. 587, nota 61.

¹³⁶ Véase J Venkatesan, “SC Issues Guidelines to Check Ragging”, *The Hindu*, 9 May 2009, <http://www.thehindu.com/2009/05/09/stories/200905095740100.htm>, en *Idem*, pp.587, nota 62.

¹³⁷ Véase *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, order dated 11 February 2009, para 2. Véase en *Idem*, nota 63.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ff.

al demandado o agravante a hacer algo o a abstenerse de hacer algo,¹⁴⁰ disponiendo incluso cambios estructurales.

Este último fue precisamente el supuesto desarrollado por los tribunales después del caso *Brown v Junta de Educación* 347 EE.UU. 483 (1954); 349 EE.UU. 294 (1955), en el cual la Corte Suprema declaró el sistema escolar dual como discriminatorio, utilizando las *injunctions* como instrumento de reforma, por medio de los cuales los tribunales, en ciertos casos, realizaron la supervisión de las políticas y prácticas estatales institucionales con el fin de prevenir discriminación. Esto se aplicó particularmente en todos los casos de desegregación escolar en el período de 1954-1955, los que dieron a las *injunctions* una importancia inusitada pues mediante las mismas se logró reestructurar los sistemas educativos en todo el país.

En el caso específico de la segregación racial en la educación pública, declarada contraria a la cláusula de igual protección bajo las leyes prevista en la XIV Enmienda, las sentencias de la Corte Suprema en *Brown v. Junta de Educación*¹⁴¹, impusieron la necesidad de que los tribunales se involucraran en el proceso de administración de los planes de desegregación, lo cual quedó aclarado tres años después en el caso *Swann v. Junta de Charlotte-Mecklenburg de Educación*, en la que la Corte Suprema aprobó un decreto detallado emitido por un tribunal de distrito, basado en la recomendación de un experto en la administración educativa, que contenía medidas como “el diseño de las zonas de asistencia de manera distinta, las asociación o agrupación de escuelas blancas y negras para permitir un equilibrio racial más razonable, transporte obligatorio de los estudiantes a las escuelas fuera de sus vecindarios, la reasignación de los profesores y demás personal para reducir el carácter racial de escuelas, y requiriendo que las nuevas escuelas se construyeran en lugares que no contribuyan a la persistencia de la segregación”¹⁴².

Según lo mencionado por Laurence Claus y Richard S. Kay, los veinte años siguientes fueron testigos de numerosos casos de jueces federales intentando conciliar el imperativo constitucional con las realidades prácticas de funcionamiento de un sistema escolar, tarea que a menudo se dificulta por la resistencia pasiva o activa de las autoridades locales. Por ello, las cuestiones prácticas y políticas asociadas a la gestión de un régimen de desegregación volvieron regularmente a la Corte Suprema de Justicia, cuyas sentencias, desde ese momento, estuvieron, en gran medida, relacionadas con la definición de los límites del mandato judicial amplio esbozado en el caso *Brown* y otras decisiones.

Los tipos de temas planteados fueron ilustrados por el fallo del caso de la Corte Suprema, *Missouri v. Jenkins*¹⁴³ en 1995, que fue uno de sus últimos fallos significativos sobre la autoridad correctiva de los tribunales federales en casos de desegregación. El tribunal de distrito, en ese caso, había encontrado que la segregación inconstitucional

¹⁴⁰ Véase William Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, p. 13.

¹⁴¹ Véase *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971). Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, “Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*...., cit., pp. 815 ss., nota 101.

¹⁴² *Idem*, nota 102.

¹⁴³ *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), en *Idem.*, pp. 815 ss., nota 104.

había reducido la calidad de la educación ofrecida de las escuelas afectadas. Durante un período de diez años, el juez del tribunal de distrito había ordenado, en consecuencia, que el tamaño de cada clase fuera reducida, que se debía instituir el kindergarten a tiempo completo, que se debían ampliar los programas de verano, ofrecer tutoría para antes y después de las clases, y que se estableciera un programa de desarrollo de la primera infancia. El tribunal de distrito también ordenó un programa de inversión de mejoras y mayores aumentos salariales para los maestros y otros empleados de las escuelas.¹⁴⁴

Además, las *injunctions* fueron también los instrumentos judiciales fundamentales para, como jurisprudencia correctiva, resolver situaciones sociales graves que originaron litigios, por ejemplo, relacionados con el funcionamiento de los hospitales psiquiátricos, del sistema de prisiones del Estado, y en materias de medio ambiente.¹⁴⁵

En Canadá, por otra parte, de manera muy similar a la acción de amparo latinoamericana para la protección de los derechos constitucionales, el artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho que toda persona tiene, cuando sus derechos y libertades garantizados por se han vulnerado o negado, “a solicitar a un tribunal competente la obtención de la reparación que el tribunal estime conveniente y justa.” De acuerdo con esta disposición, los tribunales tienen la facultad de emitir una amplia variedad de decisiones en casos en que encuentre que los derechos de las personas han sido violados, incluyendo declaraciones y medidas judiciales que exijan al gobierno tomar acciones positivas para cumplir con la Constitución y para remediar los efectos de violaciones constitucionales pasadas.

En un importante caso relativo a derechos culturales en relación con la lengua, el tribunal emitió por ejemplo, mandatos judiciales estructurales o interdictos requiriendo que el gobierno, en particular, que proporcionase instrucción e instalaciones. En efecto, en Canadá, la Constitución de 1867 establece que el francés y el inglés se deben utilizar en las legislaturas y en los tribunales de Canadá y Quebec, y también, las constituciones y leyes, como la *Ley de Manitoba de 1870* proporcionaba derechos similares. En 1985, la Corte Suprema se enfrentó a una ley que pretendía abolir las obligaciones de bilingüismo en Manitoba, donde la población de habla francesa se había convertido en una minoría. Sin embargo, la Corte decidió que las leyes monolingües eran inconstitucionales, pero sostuvo que la anulación inmediata de la mayor parte de las leyes de Manitoba no era adecuada, ya que produciría un vacío legal que pondría en peligro el Estado de Derecho. El Tribunal decidió que daría a las leyes monolingües validez temporal para el período de tiempo que fuese necesario para traducirlas al francés, conservando la jurisdicción sobre el caso durante varios años y durante ese tiempo oyeron varias mociones sobre el alcance

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Véase Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, 1978, pp. 4–5; and in Owen M. Fiss and Doug Rendelman, *Injunctions*, The Foundation Press, 1984, pp. 33–34. Por lo tanto, mandatos judiciales estructurales pueden considerarse un instrumento de derecho constitucional moderno desarrollado específicamente para la protección de los derechos humanos, en particular en las instituciones del Estado; un instrumento que se ha considerado que “se convertirá en una parte implícita de la garantía constitucional de proteger los derechos individuales de la acción gubernamental inapropiada.” Véase: William M. Tabb y Elaine W. Shoben, *Remedies*, pp. 87-88.

de las obligaciones constitucionales para el bilingüismo.¹⁴⁶ Las acciones de la Corte en este sentido han sido vistas como una forma de activismo correctivo algo similar a la experiencia de los Estados Unidos y de la India donde los tribunales mantuvieron jurisdicción sobre las instituciones públicas, como escuelas y prisiones en los años 1970 y 1980 para garantizar que fueran satisfechas las normas constitucionales.¹⁴⁷

V. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, ACOMPAÑÁNDOSE, SU ANULACIÓN, CON EL ESTABLECIMIENTO DE UNA LEGISLACIÓN PROVISIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En muchos otros casos, además de que los Tribunales Constitucionales emitan órdenes al legislador para que promulgue una legislación de una manera específica y en una fecha fija o determinada, lo que ocurre sobre todo en materia de omisiones legislativas, los Tribunales Constitucionales también han asumido el papel de ser “Legisladores provisionales” al incluir en sus decisiones la declaración de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o medidas provisionales, y establecer una normativa que se debe aplicar en la materia específica considerada inconstitucional, hasta que el legislador sancione la ley que está obligado a producir. En estos casos, lo que el Tribunal ha hecho es detener inmediatamente la aplicación de la disposición inconstitucional, pero con el fin de evitar el vacío que una nulidad puede originar, fija temporalmente ciertas reglas que deben aplicarse hasta que se produzca la promulgación de una nueva legislación.¹⁴⁸ Los Tribunales Constitucionales, en estos casos, en alguna forma puede considerarse que actúan como “Legisladores sustitutos” pero no para usurpar las funciones del mismo, sino con el fin de preservar su libertad legislativa.¹⁴⁹

Esta técnica se ha aplicado también en Alemania, basándose en una interpretación amplia del mismo artículo 35, ya citado, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, de la cual el Tribunal ha deducido que tiene el poder de promulgar normas generales, a ser aplicadas a la espera de la sanción por parte del Legislador de la legislación sobre la materia en armonía con la Constitución. En estos casos, se ha dicho que el Tribunal ha asumido “un poder auxiliar legislativo, actuando como una “empresa de reparación parlamentaria”, “erosionando la separación de poderes”.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Reference re Manitoba Language Rights [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212. Véase Kent Roach, *The Canadian Constitutional Courts as Positive legislators*, en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators*, cit., pp. 315 ss, nota 48.

¹⁴⁷ *Idem.* pp. 315 ss..

¹⁴⁸ Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., pp. 333 ff.

¹⁴⁹ Véase Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política,” in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, No 57, Mexico 1986, pp. 848-849.

¹⁵⁰ Véanse las referencias a las opiniones de W. Abendroth, H.-P. Scheider y R. Lamprech en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., p. 341, notas en pp. 309 y 310.

El caso quizá más importante e interesante decidido por el Tribunal Constitucional Federal, en este sentido, fue uno resuelto en 1975, en relación con la reforma del Código Penal en cuanto a la despenalización parcial del aborto.¹⁵¹ El Tribunal consideró inconstitucional la disposición del artículo 218a del Código Penal que imponía la obligación del legislador de establecer normas más precisas, considerando que: “En aras de la claridad de la ley (*Rechtsklarheit*), parecería adecuado, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Federal del Tribunal Constitucional, establecer un reglamento provisional a ser aplicado hasta que las nuevas disposiciones se aprueben por parte del legislador.”

El resultado fue la inclusión en la decisión del Tribunal, de una muy detallada “legislación provisional” en la materia, de aplicación inmediata, sin fijar una fecha precisa para que el Legislador actuara.¹⁵² Quince años más tarde, en 1992 se aprobó un nuevo estatuto con respecto a la ayuda a las mujeres embarazadas y para las familias, que fue cuestionada por ser contraria al artículo 1º de la Constitución que garantiza la dignidad humana. El Tribunal Constitucional Federal emitió en 1993 una nueva decisión sobre la cuestión del aborto,¹⁵³ considerando que la mayor parte de la reforma era contraria a la Constitución, estableciendo de manera extremadamente detallada, como un “legislador verdadero” todas las normas aplicables al aborto en el país.¹⁵⁴ Por supuesto, el Tribunal basó su decisión en el artículo 35 de su Ley, el cual sin embargo, ha sido considerado insuficiente para apoyar este tipo de legislación sustitutiva detallada.¹⁵⁵

También en la India, y como consecuencia de decidir acciones directas para la protección de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 32 de la Constitución, el Tribunal Supremo ha asumido el papel de legislador provisional por ejemplo sobre cuestiones relacionadas con el arresto y la detención policial (caso *DK Basu v Estado de Bengala Occidental*,¹⁵⁶), y además en algunas materias relativas a derechos sociales. Entre éstas últimas se destaca la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en el caso *Vishaka v Estado de Rajasthan*¹⁵⁷ en materia de acoso sexual de las mujeres trabajadoras en el lugar de trabajo, decidiendo sobre las peticiones presentadas por activistas sociales y organizaciones no gubernamentales para asegurar el goce de sus derechos consagrados en los artículos 14, 19 y 21 de la Constitución (el derecho a la igualdad, el derecho a ejercer cualquier profesión u oficio, y el derecho a la vida y a la libertad, respectivamente).

El Tribunal Supremo, si bien reconoció que la responsabilidad primordial de proteger estos derechos de la mujer trabajadora se encuentra en el poder legislativo y el ejecutivo, en los casos de acoso sexual que resultan en violación de los derechos

¹⁵¹ BVerfG, decisión del 25 de febrero de 1975, BVerfGE 39, 1, (68), en Idem., pp. 342 ff; y I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss.

¹⁵² Idem

¹⁵³ BVerfG, decisión del 28 de mayo de 1993 (Schwangerschaftsabbruch II), February 25, 1975, BVerfGE 88, 203, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., pp. 346 ff.

¹⁵⁴ Véase el texto completo de la reglamentación en Idem., pp. 348-351. ff

¹⁵⁵ Véanse las referencias en Idem., , p. 352.

¹⁵⁶ Véase (1997) 1 SCC 416. Véase en Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: the Indian Experience,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp.587 ss.

¹⁵⁷ Véase AIR 1997 SC 3011, en Idem., pp. 587, nota 49.

fundamentales de las trabajadoras “un desagravio efectivo requiere el establecimiento de algunas directrices para la protección de estos derechos y para llenar el vacío legislativo”, y, en consecuencia, no sólo estableció una definición detallada de lo que significa “acoso sexual”, sino que estableció una obligación al empleador y a otras personas responsables en los lugares de trabajo y otras instituciones “de prevenir o disuadir que se cometan actos de acoso sexual y proporcionar los procedimientos para la resolución, acuerdo o procesamiento de actos de acoso sexual mediante la adopción de todas las medidas necesarias.” El Tribunal también emitió directrices que cubrían varios aspectos diferentes, por ejemplo, tomar medidas Preventivas, iniciando el procedimiento penal previsto en la ley penal, tomando medidas disciplinarias, estableciendo un mecanismo de denuncia y la difusión de las directrices. El Tribunal Supremo concluyó ordenando que “las directrices y normas anteriores se observarán rigurosamente en todos los lugares de trabajo para la conservación y el cumplimiento del derecho a la igualdad de género de las mujeres que trabajan. Estas indicaciones serán vinculantes y aplicable en ley hasta que se promulgue una legislación adecuada”, siendo extendida a ser aplicada en las entidades no estatales, como las empresas privadas.¹⁵⁸

Más recientemente, la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia No. 1353 de 16 de octubre de 2014, al decidir una acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por la Defensora del Pueblo contra el artículo 46 del Código Civil, que establece que “No pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis (16) años,” al declarar la nulidad parcial de dicha norma, para proteger la igualdad en cuanto a la edad para contraer matrimonio, mediante una sentencia aditiva introdujo una nueva norma estableciendo una edad igualitaria para ello.¹⁵⁹ La impugnante había considerado que al establecerse en dicha norma una edad mínima diferenciada por razón del género para contraer matrimonio, se violaba el derecho a la igualdad y no discriminación entre hombre y mujer que garantiza el artículo 21 de la Constitución. Al solicitar la nulidad, la impugnante precisó que de declararse la nulidad solicitada, la Sala Constitucional debía proceder a “definir el alcance de los efectos de su decisión, así como establecer las condiciones y requisitos exigibles para la celebración del matrimonio.” A pesar de la opinión en contrario del Procurador General de la República, la Sala Constitucional llegó a la conclusión de que la norma resultaba incompatible con los postulados constitucionales insertos en el artículo 21 de la Constitución, considerando la diferenciación de edad para contraer matrimonio como “una rémora del pasado donde el matrimonio era concebido como única institución civil para reconocer la reproducción de la especie humana” considerando que respondía a la idea de la “naturaleza biológica de la mujer [como] quedando relegada a su función reproductora,” lo que considero formaba “parte del pasado.” En definitiva, la Sala Consideró que:

“el fundamento biológico-reproductivo para distinguir la edad para contraer matrimonio en función del sexo no supera el *test* de constitucionalidad, considerando

¹⁵⁸ *Idem*, pp. 587.

¹⁵⁹ Véase sentencia No. 1353 de 16 de octubre de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTML>.

el hecho de que actualmente el rol de la mujer en el matrimonio y en la sociedad supera con creces la simple función reproductora, y la mujer, en su recreación abstracta, ha dejado de ser sujeto pasivo objeto de tutela estatal por estar cercana a la incapacidad para ejercer sus derechos desde un ámbito de libertad y empoderamiento de su valía individual.”

El resultado fue que la Sala declaró con lugar la acción de constitucionalidad y anuló parcialmente la norma impugnada “al establecer condicionamientos diferenciados en función del género y a la igualdad entre los futuros contrayentes,” procediendo luego a analizar entre las dos edades (14 o 16 años) cuál debía ser utilizada “como referente igualador,” llegando a la conclusión de que debía ser los 16 años, ya que la edad de 14 años podía consentir “la indebida incursión de adolescentes en un proyecto de vida tan complejo como el matrimonio,” y podía permitir a los adolescentes, “a una edad tan temprana, abandonar sus estudios, su preparación profesional, su recreación y todas las actividades propias de la adolescencia que en conjunto configuran la personalidad del adulto sano, poniéndoles fin a su niñez, para lidiar con las complicaciones del matrimonio, el hogar y los hijos, viendo frustradas sus posibilidades de desarrollo progresivo y proporcional en otras áreas más cónsonas con su muy temprana edad.”

De todo lo anterior concluyó entonces la Sala, renunciando a declarar la anulación íntegra de la norma, pues ello “crearía una incertidumbre acerca de la capacidad matrimonial” que no resultaría conveniente, procediendo entonces en una sentencia de anulación parcial interpretativa, a declarar:

“que la satisfacción del derecho a la igualdad se logra con la equiparación al límite máximo (16 años de edad) para que varones y hembras -es mucha abstracción social afirmar que con 16 años se es hombre y mujer- puedan contraer matrimonio, por lo que se declara la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil en la parte que comporta la inconstitucionalidad, es decir, a aquella que establece: ***“la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón”***, y a través de una interpretación constitucionalizante, sin distinción de género, se equipara a dieciséis (16) años la edad mínima requerida para contraer matrimonio, entendiéndose, a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Judicial y Oficial, que la inteligencia de la norma se refiere a que *“no podrá contraer válidamente matrimonio la persona que no haya cumplido dieciséis (16) años”*.

Finalmente la Sala exhortó a “la Asamblea Nacional a considerar la reforma del artículo 46 del Código Civil y valore las preocupaciones vertidas por la Sala en esta sentencia,” particularmente en el sentido de “contemplar que la edad válida para contraer matrimonio se adquiera a la mayoría de edad (18 años),” como lo recomendó el *Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas*, en un Informe Periódico que se cita expresamente en la sentencia.¹⁶⁰

En todo caso, en estos casos de medios judiciales establecidos o desarrollados para el control de las omisiones legislativas, en cualquier caso, siempre es importante tener en cuenta la advertencia dada por el juez Cardozo de la Corte Suprema de los Estados

¹⁶⁰ Véase sentencia No. 1353 de 16 de octubre de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTML>.

Unidos sobre el problema que implica, debido al hecho de que “la falta de acción legislativa o la incapacidad de los grupos de obtener los votos necesarios para aprobar la legislación deseada, puede conducir a intentos de que el poder judicial logre mediante el control de constitucionalidad lo que el legislador se ha negado a hacer”.¹⁶¹

VI. ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA, CON PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO A LA SALUD

1. *Algunos enfoques en la protección constitucional de los derechos sociales en América Latina: el caso de Colombia, Venezuela y República Dominicana*

La cuestión más importante en materia de control judicial de los derechos constitucionales en América Latina, mediante el ejercicio de las acciones de amparo, es la relativa a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos países, muchos de esos derechos no están declarados en las Constituciones, careciendo, por consiguiente, de protección judicial constitucional al no tener rango constitucional. En otros países, como es el caso de Colombia y Chile, muchos de esos derechos sociales no se consideran “derechos fundamentales”, los cuales son, en general, los únicos que se pueden proteger mediante las acciones de *tutela* y de protección.

No obstante, incluso en países que no establecen distinción alguna respecto de los derechos protegidos, la cuestión del control jurisdiccional de esos derechos económicos, sociales y culturales sigue siendo un punto importante, particularmente porque en algunos casos las normas constitucionales establecer políticas y obligaciones para el estado, cuya concreción requiere algún tipo de legislación adicional para su plena viabilidad.

Los derechos constitucionales, y muy especialmente los derechos sociales, con base en el principio de alteridad, generalmente implican el establecimiento de una obligación del Estado de proveer o prestar determinados servicios o cumplir determinadas actividades o prestaciones, para lo cual el gasto público debe disponerse respecto de cada servicio, dependiendo de las decisiones políticas del gobierno. Por tanto, una discusión general que se ha planteado que relación con estas disposiciones que establecen tales derechos es en relación a su exigibilidad sólo después que el Congreso sancione la legislación que disponga el alcance de su disfrute (así como también las obligaciones del Estado y su financiamiento) y después que el Poder Ejecutivo adopte políticas públicas específicas. Esta aproximación, en todo caso, también ha sido cuestionada, en particular con base en el principio de la conexión que existe entre los derechos sociales y los individuales, que implican la necesidad de considerar nuevos principios derivados del concepto de Estado Social.

¹⁶¹ Véase Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, p. 238; *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid 1991, p. 325.

Por ejemplo, a este respecto, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia N° T-406 del 5 de junio de 1.992, estableció el principio que esos derechos tienen su razón de ser en el hecho que su satisfacción mínima es una condición indispensable para el disfrute de los derechos civiles y políticos que “sin el respeto de la dignidad humana en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo”. Por eso, la Corte Constitucional consideró que “la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental”. En consecuencia, según la Corte Constitucional, el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales no se puede limitar a la relación política entre el constituyente y el legislador, en el sentido que la eficacia de la Constitución no puede estar sólo en manos del legislador. Al contrario, “la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.”¹⁶²

Sin embargo, basándose en estos argumentos, la Corte Constitucional de Colombia concluyó su sentencia diciendo que debido al hecho que “la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales plantea un problema no de generación de recursos sino de asignación de recursos y por lo tanto se trata de un problema político [...] la aceptación de la tutela para los derechos en cuestión, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental.”¹⁶³

A partir de esta sentencia, el principio de la “conexión” entre los derechos sociales y los derechos fundamentales con respecto a su control jurisdiccional, desarrollado en otros países como México (derecho a la vida) y los Estados Unidos (no discriminación), también se ha aplicado en Colombia.

En consecuencia, en esos países, cuando no exista tal conexión entre un derecho fundamental y uno social, éste último no puede ser protegido, por sí mismo, mediante una acción de *tutela* como, por ejemplo, fue el caso del derecho constitucional a tener una vivienda o habitación digna, con respecto al cual, la misma Corte Constitucional colombiana decidió que, en tal caso, “al igual que otros derechos de contenido social, económico o cultural, no otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado en una forma directa e inmediata su plena satisfacción.”¹⁶⁴

Estos problemas relativos a las condiciones políticas necesarias para la efectividad de algunos derechos sociales, económicos y culturales ha sido la base de la discusión, en derecho constitucional contemporáneo, no acerca de si esos derechos (como la educación, la salud, la seguridad social o la vivienda) tienen o no rango constitucional sino acerca de si pueden ser objeto de protección judicial constitucional, es decir, acerca de la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante acciones judiciales contra el Estado.

¹⁶² Véase Sentencia T-406 del 5 de junio de 1.992 en Manuel José Cepeda, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Legis, Bogotá, 2001, p. 61.

¹⁶³ Idem, p. 61.

¹⁶⁴ Véase sentencia T-251 del 5 de junio de 1995, Idem, p. 486.

Fue esta misma discusión la que se planteó en Venezuela, y la cual fue considerada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No.1002 de 26 de mayo de 2004 (caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales),¹⁶⁵ en la cual la Sala Constitucional concluyó señalando que si bien los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional, sin embargo, para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos “debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo.” Además, precisó la Sala que “la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político” que “puede traducirse bien en actos o bien en políticas,” de lo que estableció la distinción de que si bien “esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos” no lo pueden ser en sus elementos “políticos” pues “las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político,” razón por la cual “esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.”

La acción de amparo decidida en la sentencia había sido intentada por la Federación Médica Venezolana en la cual impugnó “(...) *la insuficiente dotación de los insumos, equipos médicos y mantenimiento de la infraestructura hospitalaria a nivel Nacional, y en general todo lo relacionado con la salud (...)*”, pretendiendo que se ordenase judicialmente “la remisión de los recursos económicos a los centros hospitalarios, así como la inmediata asignación, ejecución y entrega del presupuesto para la adquisición de los insumos, dotación médica, equipos y materiales instrumentales a los hospitales y ambulatorios del país.”

La Sala Constitucional declaró sin lugar el amparo, considerando que con el mismo se buscaba ejercer un control de políticas públicas que consideró que no era procedente. Para llegar a esa conclusión, la sentencia comenzó por hacer un breve recuento histórico de la distinción entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, estos últimos considerados como “susceptibles de aplicación inmediata -por requerir obligaciones de abstención por parte del Estado-, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva -por implicar obligaciones positivas -”, concluyendo que a pesar de su complementariedad actual, el debate “sobre la distinción entre el rol de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los límites a establecer a sus acciones en lo que concierne a los derechos civiles y políticos,” no se ha eliminado, pues sigue en “plena discusión la diferencia del grado de exigibilidad de las obligaciones que de esos derechos se derivan frente al Estado,” diferencia que a juicio de la Sala no es ya de orden normativo, sino sólo de orden “procesal y operacional.”

En ese contexto, sin embargo, la Sala Constitucional fue precisa en entender que de acuerdo con la Constitución de 1999, al establecerse los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, los mismos son susceptibles de protección mediante la acción de amparo, precisando que el asunto en discusión está en “determinar

¹⁶⁵ Véase en Revista de Derecho Público, No. 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 143

cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho” como “valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial*,” que por sí misma no implica la previsión de derechos constitucionales.

De allí pasó la Sala a considerar sobre la política, que si bien los actos de la misma que se dictan “en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público,” pueden ser controlados, ello sólo es posible por los órganos jurisdiccionales, “en sus elementos jurídicos” escapando al control del juez “los criterios de oportunidad y conveniencia,” pues:

“de lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestaciones), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la *procura existencial*, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores).”

La Sala, con ello, lo que buscó fue “recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos.” Es decir, “en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial.” De manera que “la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista.”

Pero en cuanto a la protección y control de derechos, y no de políticas públicas, lo fundamental para la Sala Constitucional es el poder llegar a “la identificación del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales-,” para lo cual lo esencial es determinar que “esté en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales” y que a juicio de la Sala fue lo que por ejemplo:

“sucedió en el caso decidido por la sentencia n° 487/2001 (caso: Glenda López y otros vs IVSS), en el que los accionantes figuraban como afiliados al sistema de seguridad social, y, sin embargo, no se les suministraba el tratamiento médico, o el caso decidido por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 14 de agosto de 1998 (caso: Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A), o por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 13 de diciembre de 2001 (caso: Abel Peñalosa y otros vs Consejo Nacional de la Vivienda). No obstante, en este punto se debe aclarar que la identificación del contenido mínimo no puede pretender sugerir determinadas políticas como las únicas, mejores o más satisfactorias para alcanzar la realización de un derecho, sino fijar un marco

básico de referencia cuya insatisfacción permita establecer el incumplimiento de las obligaciones del Estado, independientemente de las políticas implementadas.

Lo expresado por la Sala en la sentencia entre control político de políticas públicas y control judicial de actos que afecten derechos constitucionales, la llevó a afirmar que: “El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales,” y

“como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social.”

Por todo ello, la Sala Constitucional concluyó que en cuanto al amparo constitucional, dada su naturaleza restablecedora, “la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas económicas, sociales y culturales (por ejemplo, que el Estado “cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho”) no abarca esta garantía constitucional,” siendo en cambio protegibles los derechos, para lo cual es necesario que la pretensión de amparo coincida con el “único elemento identificado del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales” que es “la existencia de una relación jurídica perfectamente definida.” De todo lo cual concluyó la Sala Constitucional, al declarar sin lugar la acción de amparo que había intentado la federación Médica Venezolana contra el Ministerio de Sanidad, que

“la cuantía de los presupuestos, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente, es una actividad netamente política [...] eminentemente abstracta y constitutiva y, por tanto, imposible de ser objeto de amparo constitucional destinado, como se sabe, al restablecimiento de situaciones jurídicas (concretas) infringidas.”

En la República Dominicana, el Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la protección de los derechos sociales en sentencia No.203 del 13 de noviembre de 2013 dictada con ocasión de una revisión de una sentencia de amparo (No. 008-2012) emanada de la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, el 31 de enero de 2012, la cual fue revocada,¹⁶⁶ dándose protección a los derechos fundamentales de igualdad, protección de las personas de la tercera edad y con discapacidad, y a la seguridad social, consagrados en los artículos 39, 57, 58 y 60 de la Constitución, y sobre los cuales el Tribunal Constitucional no había establecido criterios que permitan su esclarecimiento.

¹⁶⁶ Véase la sentencia No. 203 del 13 de noviembre de 2013 del Tribunal Constitucional en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200203-13%20C.pdf>

Para decidir, el Tribunal Constitucional comenzó constatando que el artículo 7 de la Constitución consagra, el Estado Social y Democrático de Derecho, “fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales,” estableciendo el artículo 8 como 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. Además, en su artículo 57, la Constitución protege a las personas de la tercera edad”, disponiendo que “la familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad” y, asimismo, que el Estado “garantizará los servicios de la seguridad social integral”. También constató el Tribunal Constitucional que en su artículo 58, la Constitución asigna una responsabilidad fundamental del Estado en la promoción, protección y aseguramiento del “goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades”, para lo cual el Estado “adoptará las medidas positivas necesarias para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política”. Y por último, igualmente el Tribunal Constitucional precisó que conforme al artículo 60 de la Constitución, el derecho a la seguridad social en favor de todas las personas y, en tal sentido, la responsabilidad del Estado en la estimulación de su “desarrollo progresivo (...) para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez”

Con base en todos estos principios, la sentencia No. 23 del Tribunal Constitucional comenzó por considerar que el derecho a la seguridad social “es un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional, en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado;” y que el mismo, “en particular de las personas envejecientes y que sufren de alguna discapacidad, se encuentra revestido de la fuerza que aporta el texto supremo, que lo hace de cumplimiento obligatorio, máxime porque el derecho a la seguridad social responde también al principio de progresividad consagrado en el artículo 8 de la Constitución.”

El derecho a la seguridad social, por tanto, para el Tribunal Constitucional “constituye la garantía del derecho a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad” sustentándose “en los principios de universalidad y solidaridad,” por lo que el mismo “puede ser reivindicado mediante la acción de amparo,” a cuyo efecto, sin embargo “los jueces deben ponderar las particularidades de cada caso concreto,” correspondiendo al accionante, para hacer valer su derecho, “acreditar su procedencia, y cumplir con los requisitos establecidos por algunas leyes particulares.”

A tal efecto, a los efectos de la garantía del derecho y de su justiciabilidad, por tanto, según lo decidido por el Tribunal Constitucional, no bastan las declaraciones constitucionales, sino que se hace necesario

“que los mecanismos creados por el constituyente y el legislador sean realmente efectivos, logren realizar los principios sobre los cuales se fundan, tales como los de eficacia, de razonabilidad y de celeridad, todos los cuales quedan vulnerados y, con

ellos, la integridad de algunos derechos fundamentales, cuando, como en la especie, la administración no ha sido lo suficientemente proactiva y sensible para atender los reclamos de un trabajador que, por las condiciones propias de su existencia particular, conforman y definen prácticamente su vida.”

En definitiva, la efectividad del derecho sólo “es posible cuando se cuenta con una administración pública cuya actuación se encuentre sujeta a los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad, coordinación,” siendo además, “la eficacia en la actuación de la administración” uno de los soportes que garantizan la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Esto implica, conforme al artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y según el criterio del Tribunal Constitucional, que “los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos”, lo que a su vez “exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales”, y, por tanto, exige además “el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos.”

En ese marco, y cumplidos esas exigencias, según criterio del Tribunal Constitucional:

“es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales, máxime cuando éstos derechos se encuentran íntimamente vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas para 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.

2. Algunos casos jurisprudenciales clásicos en materia de protección del derecho constitucional a la salud en América Latina

Como se puede apreciar de lo anterior, sin duda, uno de los derechos sociales en torno a cuya protección constitucional han intervenido activamente los Tribunales Constitucionales en América Latina ha sido el derecho a la salud o más precisamente, el derecho a la protección de la salud, que está consagrado en la totalidad de las Constituciones latinoamericanas, aun cuando enunciado en forma diferente.

A. Los enunciados constitucionales en torno al derecho a la salud

En efecto, algunas Constituciones se refieren a la salud como un bien público, como es el caso de El Salvador (art. 65) y Guatemala (art. 95), donde se dispone que el Estado y las personas individuales tienen el deber de atender a su cuidado y recuperación. En contraste, en otras Constituciones como las de Bolivia (art. 7, a), Brasil (arts. 6 y 196), Ecuador (art. 46), Nicaragua (art. 59) y Venezuela (art. 84), se dispone del “derecho a la salud” como un derecho constitucional e incluso como derecho constitucional “fundamental” (Venezuela, art. 83), que corresponde por igual a todos, como también se expresa en la Constitución de Nicaragua (art. 59). Este principio de igualdad se reafirma en la Constitución de Guatemala al disponer que “El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.” (art. 93). En otras Constituciones, el derecho

a la salud deriva del reconocimiento del rango constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como es el caso de Argentina (art. 75).

Ahora bien, con esta fórmula constitucional del “derecho a la salud,” lo que las Constituciones han establecido es un derecho constitucional de todos a recibir protección a su salud por parte del Estado, el cual a su vez tiene la obligación, junto con toda la sociedad, de procurar el mantenimiento y la recuperación de la salud de las personas. Es el sentido por ejemplo de la previsión del artículo 61 de la Constitución de la República Dominicana de 2010 cuando al regular el “derecho a la salud,” expresando que “toda persona tiene derecho a la salud integral,” precisa que “en consecuencia”:

“1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran.”

Es por eso que otras Constituciones latinoamericanas, en lugar de referirse al “derecho a la salud,” establecen de modo más preciso el derecho de las personas a “la protección de la salud”, como se establece en Honduras (art. 145), Chile (art. 19, 9), México (art. 4), Perú (art. 7), y Colombia (art. 49). Esto implica, en términos generales, como se dispone en la Constitución de Panamá, que se trata de un “derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social” (art. 109). Este derecho, también declarado en la Constitución de Paraguay, implica la obligación del Estado que “protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad” (art. 68).

En consecuencia, este derecho a la salud, en el sentido de un derecho a ser protegido por el Estado, eventualmente implica el derecho de todos a tener igual acceso a los servicios públicos establecidos para cuidar de la salud del pueblo, como lo establece la Constitución de Chile, que dispone que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (art. 19, 9).

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, las Constituciones latinoamericanas establecen diferentes enunciados. Por ejemplo, la Constitución de El Salvador declara que el Estado debe dar “asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible” (art. 66). La Constitución de Uruguay establece que “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (art. 44); y en Panamá, la Constitución establece que “Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos” (art. 110.5). Por su parte en la Constitución de Paraguay se dispone que “Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes” (art. 68).

En otros casos, las Constituciones sólo expresan principios generales que se refieren a las normativas que deben establecerse por la ley. Éste es el caso de la Constitución colombiana (art. 49), que dispone que el legislador “señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria;” y éste es también el caso de la Constitución mexicana, que indica que “la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud” (art. 4).

Para todas estas disposiciones constitucionales, además de los deberes de solidaridad general que se imponen a todos para procurar condiciones sostenidas de salubridad, también se imponen una serie de obligaciones al Estado y a las entidades públicas, que eventualmente son las que determinan el alcance de su control jurisdiccional.

Por ejemplo, la Constitución panameña establece que “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República” (art. 109); y la Constitución de Guatemala establece como obligación del Estado “la salud y la asistencia social de todos los habitantes” y el “desarrollo” a través de sus instituciones de “acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social” (art. 94). La Constitución venezolana, después de declarar la salud como derecho fundamental, también dispone, como obligación del Estado, la garantía a la salud como parte del derecho a la vida (art. 83); y la Constitución hondureña establece que “el Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas” (art. 145).

En este asunto de las obligaciones del Estado con respecto a la salud, otras Constituciones contienen previsiones más detalladas, como es el caso, por ejemplo, de Panamá (art. 106) y Bolivia (art. 158, 1) con respecto a las políticas generales asignadas al Estado. La Constitución de Ecuador de 2008 en esta orientación dispuso en su artículo 32:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

En la misma orientación, la Constitución de Perú determina que “el Estado determina la política nacional de salud” (art. 9), y la Constitución de El Salvador prescribe que “El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación” (art. 65). En Nicaragua, la Constitución determina que el Estado debe establecer “las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma” (art. 59). En Brasil, el Estado tiene el deber constitucional de garantizar la salud como derecho de

todos “mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (art. 196).

La consecuencia general de todas estas disposiciones constitucionales, que establecen la obligación del Estado de prestar servicios de salud por el derecho constitucional de las personas a que se proteja la misma, es que tales obligaciones siempre se materializan en el establecimiento de servicios de salud para las personas. Esto está expresamente dispuesto en la Constitución colombiana al declarar que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” (art. 49) y en la constitución boliviana que establece que “el servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado” y que las normas relativas a la salud pública son “de carácter coercitivo y obligatorio” (art. 164).

En todos estos casos, la consecuencia de una disposición constitucional que establezca la obligación del Estado de proteger la salud o de prestar un servicio público para cuidar la salud personal es la existencia de un derecho constitucional a recibir las prestaciones y utilizar tal servicio, lo que en consecuencia implica su justiciabilidad, es decir que, en principio, pueden ser reclamados judicialmente y opuestos frente al Estado. El tema, sin embargo, no ha tenido un tratamiento igual en América Latina.

La protección judicial del derecho a la salud, en efecto, depende del modo como las normas específicas han sido establecidas en la Constitución y en las leyes de la materia. Por ejemplo, sólo en casos excepcionales se dispone expresamente la protección judicial del derecho a la salud, como es el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional expresamente establece que el recurso de amparo puede intentarse para la protección del derecho “a la salud” (art. 37, 24). En el caso de Chile, la constitución sólo se refiere al recurso con miras a la protección del “derecho a elegir el sistema de salud” (art. 19, 9).

Aparte de estas dos disposiciones, no existen en Latinoamérica normas constitucionales o legales expresas respecto al proceso de amparo para exigir el derecho a la salud, lo que por supuesto no excluye la posibilidad de tal protección judicial, como resulta de la jurisprudencia sentada en la materia por los tribunales constitucionales, como ha sucedido por ejemplo en Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica, Chile, Venezuela y República Dominicana. En esta materia, varias tendencias se pueden distinguir, con carácter progresivo. Una primera tendencia sería, la protección de la salud como derecho colectivo, basada en el interés colectivo. Una segunda tendencia resulta de la protección del derecho a la salud en casos concretos, en relación con el derecho a la vida y cuando una relación legal particular se ha establecido o existe entre el accionante y la entidad pública que actúa en calidad de parte demandada, como la que se deriva de los programas de Seguridad Social a los que contribuye el individuo. En este caso, debido a la íntima “conexión” con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, los tribunales han rechazado también el carácter “programático” atribuido al derecho a la salud. Y una tercera tendencia sería la protección judicial limitada del derecho a la salud, sujeta a la política estatal vigente al respecto, en particular con respecto a la distribución y disponibilidad de fondos públicos.

B. La protección del derecho a la salud como derecho colectivo

La primera tendencia de la protección constitucional del derecho a la salud se basa en su consideración como un derecho colectivo, como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 12,1 dispone que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y en consecuencia, según el art. 12, 2, c, se prescribe que los pasos que deben seguir los Estados Partes para lograr la plena realización de este derecho incluyen los necesarios para “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.”

En Argentina, la Constitución (art. 75, 22) ha dado rango constitucional al Pacto Internacional y, en consecuencia, el derecho colectivo a la salud ha sido aplicado por los tribunales. Éste fue el caso de una acción de amparo decidida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, el 2 de junio de 1998 (*Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ caso Acción de Amparo*), que fue intentado como una acción colectiva de amparo por Mariela Viceconte para obligar al Estado a producir la vacuna *Candid 1*, basada en su propio derecho a la salud y el de otros millones de personas expuestas al contagio con “Fiebre Hemorrágica Argentina.”

La accionante alegó específicamente la violación de la obligación de prevenir, tratar y combatir enfermedades epidémicas y endémicas, según el artículo 12, 2, c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Cámara de Apelaciones concluyó que la omisión del estado en disponer la producción de la vacuna era una violación del derecho a la salud bajo ese artículo del Pacto. Por tanto, la Cámara sentenció que el estado tenía la obligación de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin dilación con un cronograma previamente diseñado para tal propósito por el Ministerio de Salud. La Cámara también pidió al Defensor del Pueblo que supervisara ese cronograma.¹⁶⁷

C. La protección del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida y las obligaciones de la seguridad social

La segunda tendencia de la protección judicial del derecho a la salud mediante la acción de amparo, se refiere a su protección en situaciones particulares derivadas de las obligaciones específicas, por ejemplo del Seguro Social, con respecto a las personas aseguradas.

Por ejemplo, se puede mencionar la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia n° 487 del 6 de abril de 2001 (caso *Glenda López y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*), por la que se protegió a una persona infectada con VIH/SIDA y quien había intentado una acción contra el Instituto de los Seguros Sociales, obligando a dicho instituto a suministrar atención médica al

¹⁶⁷ Véase la referencia en M. Claudia Caputi, “Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales” en Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos, N° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

accionante, para lo cual el Tribunal consideró el derecho a la salud o a la protección de la salud como parte integral del derecho a la vida, establecido en la Constitución como derecho fundamental cuya satisfacción corresponde básicamente al Estado a través de acciones tendientes a elevar la calidad de la vida de los ciudadanos y al beneficio colectivo.¹⁶⁸

Esta conexión entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales, tal como el derecho a la vida que se puede exigir de modo inmediato por medio del amparo, también es la tendencia seguida por los tribunales en Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú.

En Colombia, como se dijo antes, la Constitución no incluye el derecho a la salud o a la protección de la salud en la lista de los “derechos fundamentales” que son los únicos protegidos por la acción de *tutela*. Sin embargo, la Corte Constitucional, para asegurar su protección judicial, ha aplicado el principio de la conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida. Éste fue el caso en la sentencia n° T-484/92 del 11 de agosto de 1992, emitida al revisar una sentencia de *tutela* de un tribunal inferior, que había sido intentada contra el Instituto de los Seguros Sociales. El accionante en el caso, también contagiado de VIH/SIDA, argumentó que se había contagiado mientras estaba cubierto por el programa de Seguridad Social. El accionante obtuvo una decisión favorable del Juzgado de Primera Instancia que ordenó al Instituto continuar suministrando los servicios de salud que el accionante había estado recibiendo, y el Tribunal Constitucional, al revisar el caso, afirmó que “La salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, “física” o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (C.N., art. 13).”

Al considerar el derecho a la salud como un derecho que “busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (C.N., art. 11),” la Corte constitucional decidió que, debido a su naturaleza asistencial, “impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público ... con miras a su protección efectiva.”¹⁶⁹ La Corte, con respecto al caso específico del accionante contagiado con VIH/SIDA que recibió tratamiento de los servicios de salud del Instituto de Seguros Sociales, ratificó la decisión de *tutela* del juzgado inferior, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, la protección del derecho a la salud era la condición para la protección de su derecho fundamental a la vida.

En un caso similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, n° 2003-8377 del 8 de agosto de 2003,¹⁷⁰ al decidir un recurso de amparo presentado por el Defensor del Pueblo actuando por una menor agraviada (*Tania González Valle*) contra la Caja Costarricense del Seguro Social por negarse al tratamiento solicitado para una enfermedad específica (conocida como Gaucher tipo 1), argumentó que tal negativa “lesiona el derecho a la vida y a la salud de la menor” quien requería la medicina prescrita

¹⁶⁸ Véase en Revista de Derecho Público, N° 85–88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139–141.

¹⁶⁹ Archivo N° 2.130, caso Alonso Muñoz Ceballos. v. en el mismo sentido, Sentencia T-534 de 24 de setiembre de 1.992, en Manuel José Cepeda, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Legis, Bogotá, 2001, pp. 461 ss.

¹⁷⁰ Archivo 03-007020-0007-CO, caso Tania González Valle.

para “mantener su vida.” La Sala Constitucional, después de referirse al derecho a la vida protegido en decisiones previas que se basaban en la disposición de la constitución (art. 21) que establecen la inviolabilidad de la vida humana, concluyó derivando “el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública... (Nº 5130-94 de 17:33 horas el 7 de setiembre de 1994).” La Sala también se refirió a “la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de [la sociedad, los cuales son] de obligada tutela para el Estado, [estando presentes] no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país.”¹⁷¹

En consecuencia, debido a las responsabilidades del Estado derivada de estas disposiciones, al analizar la misión y funciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Sala consideró, como había declarado en sentencia previa (nº 1997-05934 del 23 de septiembre de 1997), “que la denegatoria de la Caja Costarricense de Seguro Social a suministrar a los pacientes de Sida la terapia antirretroviral, lesionaba sus derechos fundamentales.” Divergiendo de esta afirmación, al analizar el caso particular de la menor con enfermedad de Gaucher, la Sala determinó que no estaba recibiendo el tratamiento prescrito debido a los limitados recursos financieros de la Caja de Seguro Social y concluyó que, aunque el costo de las medicinas prescritas era sin duda oneroso, sin embargo, debido a las características excepcionalmente letales de la enfermedad y a la imposibilidad de sus padres de cubrir los costos de la prescripción, confirmaba el recurso y ordenaba a la Caja de Seguro Social a proveer de inmediato la medicación específica en las condiciones prescritas por su médico¹⁷².

En Perú, el Tribunal Constitucional, en sentencia del 20 de abril de 2.004, también protegió el derecho a la salud al decidir un recurso extraordinario de revisión intentado contra una decisión de amparo pronunciada por la Corte Superior de Justicia de Lima. Este último había concedido parcialmente la protección del amparo intentada contra el estado peruano (Ministerio de Salud), ordenándole proveer al accionante, también una persona infectada con VIH/SIDA, “atención médica integral [...] la que deberá consistir en a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento

¹⁷¹ En particular, la sentencia hacía referencia al art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los arts. 14 y 26 de la Convención de Derechos de los Niños (Ley Nº 7.184 del 18 de julio de 1.990).

¹⁷² El Tribunal argumentó como sigue: “Este Tribunal es consciente de que los recursos económicos del sistema de seguridad social son escasos, sin embargo considera que el desafío principal que la Caja Costarricense de Seguro Social enfrenta en esta etapa de su desarrollo institucional, en el que se han logrado para Costa Rica estándares de calidad de vida y salud comparables a los de los países desarrollados, radica en optimizar el manejo de los recursos disponibles, disminuir costos administrativos, para que los recursos del sistema de seguro de salud sean invertidos eficientemente. La Sala aprecia que el medicamento prescrito a la amparada es ciertamente muy oneroso, sin embargo, en atención a las características excepcionales de la enfermedad que sufre, que es letal y dado que se ha descartado que sus padres tengan la posibilidad de colaborar en la adquisición de los medicamentos mediante estudios de trabajo social, con fundamento en los artículos 21 y 173 de la Constitución Política y 24 y 26 de la Convención de los Derechos del Niño procede declarar con lugar el recurso. La estimación del recurso implica que la Caja Costarricense de Seguro Social debe suministrar de inmediato a Tania González Valle el medicamento “Cerezyme” (Imuglucerase) en los términos prescritos por su médico tratante.” Archivo 03-007020-0007-CO, caso Tania González Valle.

del VIH/SIDA [...] y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas [...]. a solicitud del médico tratante.”¹⁷³ El Tribunal Constitucional, refiriéndose a los derechos protegidos por medio de la acción de amparo, aun admitiendo que “el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales,”¹⁷⁴ concluyó –refiriéndose a la doctrina de la corte colombiana– que en “que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T- 499 Corte Constitucional de Colombia).”¹⁷⁵

También en Argentina, la Corte Suprema de la Nación, en sentencia del 12 de diciembre de 2.003 (caso *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta*), reconoció la acción de amparo como el medio judicial más efectivo para ser ejercitado de modo inevitable “para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.”¹⁷⁶

D. La protección limitada del derecho a la salud y los recursos financieros del Estado

La tercera tendencia referente a la protección de los derechos humanos es una restringida o limitada y en la cual el control jurisdiccional del derecho a la salud (también respecto al tratamiento del VIH/SIDA) se subordinó completamente a la disponibilidad real de recursos financieros suficientes; como fue el caso de algunas decisiones de los tribunales chilenos en 2000/2001.

En un caso, la acción de protección fue interpuesta contra el Ministerio de Salud por no prestar tratamiento médico a un grupo de pacientes con VIH/SIDA, argumentando que era una violación del derecho a la vida y al de igualdad ante la ley. El accionante exigía ser tratado con la misma terapia que se daba a otros pacientes con VIH/SIDA, que el Ministerio negaba argumentando que carecía de suficientes recursos económicos para atender a todos los pacientes con VIH/SIDA en Chile. El Tribunal de Apelaciones de Santiago determinó que la obligación del Ministerio de Sanidad, según la Ley que regula las disposiciones sobre salud (Ley n° 2763/1979), era la de proveer cuidados

¹⁷³ Archivo N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García.

¹⁷⁴ Desde 2.004, el derecho a la salud está establecido en el Código Procesal Constitucional, como uno de los derechos expresamente protegidos por la acción de amparo (art. 37, 24).

¹⁷⁵ Considerando la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud, que siempre origina obligaciones estatales dirigidas a prestar asistencia social, el Tribunal Constitucional peruano en la misma sentencia alegaba que el derecho a la salud, así como todos los llamados “prestacionales” (que implica hacer una prestación de algo), como la seguridad social, la salud pública, la vivienda, la educación y otros servicios públicos, constituye una de “los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena auto-determinación.” Las personas pueden entonces “exigir” el cumplimiento de las obligaciones del estado al “requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales”. Sin embargo, el Tribunal reconoció que “no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.” Archivo N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García.

¹⁷⁶ Véase Fallos: 326: 4931; y la referencia en M. Claudia Caputi, “Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales,” en la Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos, N° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

de salud según los recursos disponibles, y consideró que la explicación del Ministerio era razonable, y que existía un déficit de recursos económicos para proveer el mejor tratamiento disponible a los accionantes. La sentencia fue confirmada más adelante por la Corte Suprema.¹⁷⁷

En otro caso de 2.001, el mismo Ministerio de Salud fue demandado por las mismas razones por pacientes con VIH en condiciones más críticas y, aunque la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció en favor de los accionantes y ordenó al ministerio que les proveyera inmediatamente con el mejor tratamiento disponible, la Corte Suprema revocó la sentencia, alegando que el ministerio había actuado conforme a la ley.¹⁷⁸

E. La protección reforzada del derecho a la salud y la definición de políticas públicas por parte del juez constitucional

En contraste con la aproximación restringida y limitada del juez constitucional venezolano, más recientemente, en una tendencia de revalorizar el derecho a la salud, en Colombia, incluso a pesar de la aparente limitación de la tutela sólo respecto de los declarados como “derechos fundamentales” en la Constitución (donde no está el derecho a la salud), la Corte Constitucional lo ha considerado como tal, al estar vinculado o conexo con el derecho a la vida, y ha llegado incluso a definir una política judicial de protección reforzada, no limitándose a ejercer un control por vía negativa respecto de las decisiones adoptadas por la administración, sino que ha desarrollado un papel activo de control.

En esta tendencia se destaca la sentencia No. 760 de 2008¹⁷⁹ en la cual la Corte Constitucional no se limitó a decidir sobre el caso concreto relativo a un tema de protección a la salud y seguridad social, sino que entró a tomar decisiones de carácter general y abstracto con influencias directas en la política pública del Ejecutivo, pues la sentencia impartió órdenes concretas para la Administración. La mencionada sentencia, en efecto, ordenó “a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud,” los cuales además, ordenó que debían “unificarse,” y además, ordenó que en dicha revisión se debía “definir con claridad qué se encuentra incluido, qué no está incluido y qué se encuentra excluido de los planes de beneficios, teniendo en cuenta los criterios de interpretación del Plan Obligatorio de Salud adoptados por la Corte, es decir, el principio de integralidad y el principio *pro homine*.”¹⁸⁰ En este caso, como lo destacó Juan Carlos Heerao,

“el juez exige de la administración que modifique y actualice la regulación existente sin una norma de origen legal que obligue al ente regulatorio en ese sentido. En principio, el juez no podría dar la orden de poner en movimiento el aparato

¹⁷⁷ Véase referencia en Javier A. Course, “Judicialization of Chilean Politics” en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angeli (Ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 119–120.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 120.

¹⁷⁹ Véase las referencias en Juan Carlos Henao, *Estado Social y Derecho Administrativo*, en Alberto Montana Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón, *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2014, p. 165

¹⁸⁰ *Idem*, pp. 190 ss.

administrativo para regular, de no ser por la interpretación que estamos ilustrando del principio de juridicidad. Solo la existencia de un derecho fundamental, y la dimensión objetiva del mismo, permiten legítimamente que el juez exija que la administración actúe.

El control más fuerte no se reduce solo a exigir la actuación de la administración, sino que, además de ello, se dan unas pautas generales para que la administración diseñe la política de incrementar los derechos constitucionales fundamentales.”¹⁸¹

Por ello, en la sentencia, la Corte Constitucional de Colombia, ordenó al ente regulador (Comisión Nacional de Regulación de la Salud):

“(i) Establecer cuáles son los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (ii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión en aras de una mayor protección del derecho según las prioridades de la salud, y (iii) tener en cuenta para las decisiones de incluir o excluir un servicio, la sostenibilidad del sistema de salud y la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.”¹⁸²

Y además, la Corte no sólo le ordenó al ente regulador establecer la actualización de los planes Obligatorios de Salud al menos una vez al año, sino que en su sentencia estableció mecanismos de control al exigirle la presentación de un informe ante la defensoría del Pueblo y la Procuraduría general de la reubica los resultados del cumplimiento de las órdenes impartidas.

New York, noviembre de 2014

¹⁸¹ Idem, p 193

¹⁸² Idem, p 194

XXII

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU DESPRECIO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES: LOS CASOS DEL PERÚ, VENEZUELA Y DE REPÚBLICA DOMINICANA

Texto de base para la conferencia dictada en el Quinto Coloquio Iberoamericano: Estado Constitucional y Sociedad,” Universidad Veracruzana y Poder Judicial del Estado de Veracruz, Xalapa, 6 de noviembre de 2014, publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 22, Julio diciembre 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 77-119

I. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Y LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES DE DESACATO POR LOS ESTADOS: EL CASO DEL PERÚ EN 1999

La primera obligación convencional de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al reconocer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo expresa el artículo 68.1 de la Convención, es que los mismos “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” en un proceso ante la misma

Sobre ello, la propia Corte Interamericana tuvo ocasión de pronunciarse en su sentencia dictada en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* el 4 de septiembre de 1998 (Excepciones Preliminares)¹ al desestimar la excepción que había alegado el Estado peruano contra la competencia de la Corte Interamericana, basándose en el supuesto

¹ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf

“desconocimiento” por parte de la misma “de los principios de soberanía y jurisdicción” del Estado, considerando que “la decisión soberana de cualquier organismo jurisdiccional del Perú no podía ser modificada y menos aún dejada sin efecto por ninguna autoridad nacional, extranjera o supranacional,” incluida la Corte Interamericana.

Al decidir sobre este alegato del Perú, la Corte Interamericana comenzó por “recordarle” al Estado que el Perú había “suscrito y ratificado la Convención Americana,” y que con ello había “aceptado las obligaciones convencionales” contenidas en la misma, y ello lo había hecho, “precisamente en el ejercicio de su soberanía” (par. 110), por lo que:

“Al constituirse como Estado Parte en la Convención, el Perú admitió la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende se obligó, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación de la Convención” (párr. 102).

Concluyó la Corte Internacional desestimando la excepción del Estado, indicándole al Perú que así las víctimas hubiesen actuado en ese caso, como lo afirmaba el Perú, en forma inconsecuente con las disposiciones de la Convención y de la ley nacional a la que debían sujetarse, ello en ningún caso releva al Estado de su obligación “de cumplir las obligaciones que éste asumió como Estado Parte en la Convención.”

Posteriormente, en el mismo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia de 30 de mayo de 1999 (Serie C, núm. 52), sobre el fondo, y ejerciendo el control de convencionalidad condenó al Estado peruano por violación de los derechos humanos de las víctimas indicados en los artículos 20; 7.5; 9; 8.1; 8.2.b,c,d y f; 8.2.h; 8.5; 25; 7.6; 5; 1.1 y 2, declarando además “la invalidez, por ser incompatible con la Convención,” del proceso penal que se había seguido contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petrucci y otros, ordenando que se les garantizase “un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal.” Ordenó, además, la Corte:

“al Estado, adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatoria 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.”

En relación con esa decisión de la Corte Interamericana, sin embargo, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú se negó a ejecutar el fallo, considerando en una decisión, entre otras cosas:

“que el poder judicial *“es autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, lo que demuestra un clamoroso desconocimiento de la Legislación Peruana en la materia”*; que *“pretenden desconocer la Constitución Política del Perú y sujetarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan ad-libitum en esa sentencia”*; que el fallo cuestionado, dictado por el Tribunal Supremo Militar Especial, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, *“no pudiendo por lo tanto ser materia de un nuevo juzgamiento por constituir una infracción al precepto constitucional”*; que *“en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para*

*darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional”, pues “sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución” y que “la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema, pondría en grave riesgo la seguridad interna de la República.”*²

Lo contrario es precisamente lo que deriva del control de convencionalidad atribuido a la Corte Interamericana. Sin embargo, con base en esa declaración adoptada por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú donde planteaba la inejecutabilidad del fallo de 30 de mayo de 1999, el Estado Peruano alegó ante la Corte Interamericana que ésta, con su sentencia, pretendía “invalidar y ordenar la modificación de normas constitucionales y legales,” lo que afectaba “la soberanía del Estado.”

Ante el incumplimiento, la Corte Interamericana dictó una nueva decisión (Resolución) el 17 de noviembre de 1999 (“Cumplimiento de la sentencia”)³ considerando que “el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes,” por lo que “las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado,” resolviendo que el Estado tenía el deber de cumplir la sentencia, ya que dicha:

“[...] obligación 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 de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.” (par. 4).

Lo anterior ocurrió durante el régimen autoritario que tuvo el Perú en la época del Presidente Fujimori, lo que condujo a que dos meses después de dictarse la sentencia de la Corte Interamericana del 30 de mayo de 1999, el Congreso del Perú aprobase el 8 de julio de 1999 el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, lo que se depositó al día siguiente en la Secretaría General de la OEA.

Este retiro, sin embargo, fue declarado inadmisibles por la propia Corte Interamericana en la sentencia del caso *Ivcher Bronstein* de 24 de septiembre de 1999, estableciéndose el principio de que un “Estado parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del Tratado como un todo.”⁴

² Esta cita es extraída de la sentencia No. 1.939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela de 18 de diciembre de 2008 (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros), en la cual también se declaró inejecutable una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

³ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_59_esp.pdf Véase también referencias a este caso en: Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, pp. 628-629

⁴ Véase Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia...*, cit, pp. 769-771. En todo caso, posteriormente en 2001 Perú derogó la Resolución de julio de 1999, restableciéndose a plenitud la competencia de la Corte interamericana para el Estado.

Esto último fue precisamente lo que ocurrió doce años después en Venezuela, en 2014 después de que el Juez Constitucional declarara como inejecutables en el país dos sentencias de la Corte Interamericana (2008 y 2011).⁵

En noviembre de 2014, además, en la República Dominicana, el Juez Constitucional el que ha pretendido desligar al Estado de la jurisdicción de la Corte Interamericana, sin que el Estado haya denunciado la Convención, sólo declarando la inconstitucionalidad del acto ejecutivo de adhesión.

II. EL DESCONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL VENEZOLANO Y LA DENUNCI A DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

1. Antecedentes de la violación por Venezuela de sus obligaciones convencionales

La disyuntiva entre la obligación de cumplir con la Convención Interamericana y los supuestos derechos de soberanía que tienen los Estados para desligarse de las mismas, que se manifestó en el caso del gobierno autoritario del Perú en 1999, no tardó en plantearse también en el caso de Venezuela a medida que se fue consolidando el régimen autoritario que hemos padecido los venezolanos durante los últimos tres lustros, para cuya “resolución,” fue la Jurisdicción Constitucional, es decir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, completamente controlada por el Poder Ejecutivo y el partido oficial del gobierno, la que fue preparando el terreno.

Ese proceso comenzó con la decisión No. 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato*),⁶ dictada para resolver una acción de inconstitucionalidad de normas del Código Penal que limitaban el derecho de expresión del pensamiento en relación con las actuaciones de los funcionarios públicos, criminalizando el ejercicio del derecho, en la cual se invocaba entre sus fundamentos la doctrina de la Comisión y de la Corte Interamericanas en materia de leyes de desacato. La Sala, en dicha sentencia, al referirse a los Tribunales Internacionales comenzó declarando en general, pura y simplemente, que en Venezuela, “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional” que regula el principio de la supremacía constitucional,

“no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.”

⁵ Véase en general sobre estos temas Eduardo Meier García, *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas Y Sociales, Serie Estudios N. 15, Caracas 2014.

⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.

O sea, la negación total del ejercicio de sus funciones de control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana.⁷

En todo caso, la Sala continuó su argumentación distinguiendo, en el ámbito de los Tribunales Internacionales, aquellos de carácter supranacional como los derivados de los procesos de integración establecidos en aplicación de los artículos 73 y 153 de la Constitución que “contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional”⁸; de aquellos de carácter multinacional y transnacional “que – dijo la Sala - nacen porque varias naciones, en determinadas áreas, escogen un tribunal u organismo común que dirime los litigios entre ellos, o entre los países u organismos signatarios y los particulares nacionales de esos países signatarios,” considerando que en estos casos “no se trata de organismos que están por encima de los Estados Soberanos, sino que están a su mismo nivel.”

En esta última categoría la Sala Constitucional ubicó precisamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que en estos casos:

“un fallo [de dicha Corte] violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se haría inejecutable en el país. Ello podría dar lugar a una reclamación internacional contra el Estado, pero la decisión se haría inejecutable en el país, en este caso, en Venezuela.”

La Sala, insistió en esta clásica y superada doctrina, señalando que:

“Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.”⁹

De esta afirmación resultó la otra afirmación general de la Sala Constitucional en 2003, de que fuera de los casos de procesos de integración supranacional,

“la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1º constitucional, que establece como derechos *irrenunciables* de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale,

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio, El Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Prólogo de Luciano Parejo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013.

⁸ En este caso de tribunales creados en el marco de un proceso de integración supranacional, la Sala puntualizó que “Distinto es el caso de los acuerdos sobre integración donde la soberanía estatal ha sido delegada, total o parcialmente, para construir una soberanía global o de segundo grado, en la cual la de los Estados miembros se disuelve en aras de una unidad superior. No obstante, incluso mientras subsista un espacio de soberanía estatal en el curso de un proceso de integración y una Constitución que la garantice, las normas dictadas por los órganos legislativos y judiciales comunitarios no podrían vulnerar dicha área constitucional, a menos que se trate de una decisión general aplicable por igual a todos los Estados miembros, como pieza del proceso mismo de integración.” Idem, p. 140

⁹ Idem, p. 139

conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.”¹⁰

Con esta decisión, sin duda, el terreno para proceder a declarar inejecutables las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la propia Sala Constitucional ya estaba abonado, lo que precisamente ocurrió cinco años después, a partir de 2008, concluyendo el proceso con la lamentable denuncia de la Convención Americana por arte del Estado en 2012, lo que Fujimori no tuvo tiempo de hacer en el Perú en 1999.

2. El inicio de la violación de las obligaciones convencionales por el Estado venezolano y del “control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana”: el caso de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en 2008

En Venezuela todo comenzó con la emisión de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo No 1.939 de 18 de diciembre de 2008 en el caso *Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, que más bien debió denominarse *Estado de Venezuela vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, porque el Sr. Alvarez y los otros en realidad eran los abogados del Estado (Procuraduría General de la República), en la cual la Sala declaró inejecutable en el país la sentencia que había dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera cuatro meses antes, el 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, en la cual se había condenado al Estado Venezolano por violación de los derechos al debido proceso de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo establecidas en la Convención Americana, al haber sido destituidos sin garantías judiciales algunas de sus cargos.¹¹

Todo comenzó el 17 de julio de 2003 cuando la Federación Médica Venezolana inició un proceso contencioso administrativo de anulación con pretensión de tutela (amparo) por ante dicha Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contra los actos del Alcalde Metropolitano de Caracas, del Ministro de Salud y del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas mediante los cuales se había decidido contratar médicos de nacionalidad cubana para el desarrollo de un importante programa asistencial de salud en los barrios de Caracas, pero sin que se cumplieran los requisitos para el ejercicio de la medicina establecidos en la Ley de Ejercicio de la Medicina. La Federación Médica Venezolana, actuando en representación de los derechos colectivos de los médicos venezolanos, consideró dicho programa como discriminatorio y violatorio

¹⁰ Idem, p. 138

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Derechos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70; y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 13, Madrid 2009, pp. 99-136.

de los derechos de los médicos venezolanos a ejercer su profesión (derecho al trabajo, entre otros), solicitando su protección.¹²

Un mes después, el 21 de agosto de 2003, la Corte Primera dictó una simple medida cautelar de amparo considerando que había suficientes elementos en el caso que hacían presumir la violación del derecho a la igualdad ante la ley de los médicos venezolanos, ordenando la suspensión temporal del programa de contratación de médicos cubanos, y ordenando al Colegio de Médicos del Distrito metropolitano el sustituir los médicos cubanos ya contratados sin licencia por médicos venezolanos o médicos extranjeros con licencia para ejercer la profesión en Venezuela.¹³

La respuesta gubernamental a esta decisión preliminar con medida cautelar, que tocaba un programa social muy sensible para el gobierno, fue el anuncio público hecho por el Ministro de Salud, por el Alcalde metropolitano y por el propio Presidente de la República de que la medida judicial cautelar dictada no iba a ser ejecutada en forma alguna.¹⁴

Estos anuncios fueron seguidos de varias decisiones gubernamentales: La primera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, controlada por el Poder Ejecutivo, se avocó al conocimiento del caso, y usurpando las competencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, declaró la nulidad del amparo cautelar decretado. A ello siguió el hecho del allanamiento de la sede de la Corte Primera por agentes de la policía política, con la detención de un escribiente o alguacil por motivos fútiles. Luego, el Presidente de la República públicamente se refirió al Presidente de la Corte Primera como “un bandido;”¹⁵ y unas semanas después, la Comisión Especial Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, sin fundamento legal alguno, destituyó a los cinco magistrados de la Corte Primera que osaron tomar la medida, la cual desde luego fue intervenida.¹⁶ A pesar de la protesta de los Colegios de Abogados del país e incluso de la Comisión Internacional de Juristas;¹⁷ el hecho es que la Corte Primera permaneció cerrada sin jueces por más de diez meses,¹⁸ tiempo durante el cual simplemente no hubo a ese nivel justicia contencioso administrativa en el país. Todo ello, por supuesto tuvieron trágicas consecuencias en el proceso institucional de Venezuela, pues para los venezolanos marcaron el inicio del fin de la justicia contencioso administrativa y el inicio del fin del derecho de acceso a la justicia internacional en materia de derechos humanos.

¹² Véase Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

¹³ Véase la decisión de 21 de agosto de 2003 en *Idem*, pp. 445 ss.

¹⁴ El Presidente de la República dijo: “Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...”, en el programa de TV Aló Presidente, n° 161, 24 de Agosto de 2003.

¹⁵ Discurso público, 20 septiembre de 2003.

¹⁶ Véase la información en *El Nacional*, Caracas, Noviembre 5, 2003, p. A2. En la misma página el Presidente destituido de la Corte Primera dijo: “La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado”.

¹⁷ Véase en *El Nacional*, Caracas, Octubre 12, 2003, p. A–5; y *El Nacional*, Caracas, Noviembre 18, 2004, p. A–6.

¹⁸ Véase en *El Nacional*, Caracas, Octubre 24, 2003, p. A–2; y *El Nacional*, Caracas, Julio 16, 2004, p. A–6.

En efecto, fue la respuesta gubernamental a un amparo cautelar, a partir de la cual se afianzó el control político sobre el Poder Judicial en Venezuela.¹⁹ No es difícil deducir lo que significó ese hecho para los jueces que fueron luego nombrados para reemplazar a los destituidos, quienes sin duda comenzaron a entender cómo es que debían comportarse en el futuro frente al poder; y a partir de entonces la declinación de la justicia contencioso administrativa en el país ha sido manifiesta.²⁰

Fue contra esa arbitrariedad que los jueces contencioso administrativo destituidos fueron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a sus garantías constitucionales judiciales, y el caso llegó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual dictó su decisión el 5 de agosto de 2008,²¹ condenando al Estado por la violación de las garantías judiciales, a pagarles compensación, a reincorporarlos a cargos similares en el Poder Judicial, y a publicar parte de la sentencia en la prensa venezolana.

Sin embargo, frente a esta decisión, Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia N° 1.939 de 12 de diciembre de 2008,²² citando precisamente como precedente la antes mencionada sentencia del Tribunal Superior Militar del Perú de 1999, declaró dicha sentencia como “inejecutable” en Venezuela, solicitando de paso al Ejecutivo Nacional que denunciara la Convención Americana de Derechos Humanos por considerar que supuestamente había usurpado los poderes del Tribunal Supremo.

Lo que primero debe destacarse de esta sentencia es que con la misma la Sala Constitucional decidió un curioso proceso constitucional iniciado por los abogados del Estado (Procuraduría General de la república) mediante una llamada “acción de control de la constitucionalidad” –cito- “referida a la interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008,” en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Es decir, quien petitionó ante la Sala Constitucional fue el propio Estado que buscaba incumplir la sentencia de la Corte Interamericana, y lo hizo por medio del abogado del Estado (Procuraduría General de la República) a través de esa curiosa “acción de control constitucional” para la interpretación de la conformidad con la Constitución de la sentencia internacional, no prevista en el ordenamiento jurídico venezolano.

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999–2004,” en XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33–174; “La justicia sometida al poder (La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999–2006)),” en Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25–57.

²⁰ Véase Antonio Canova González, La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008), Funeda, Caracas 2009.

²¹ Véase Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, en www.corteidh.or.cr

²² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

La fundamentación básica de la “acción” fue que las decisiones de los “órganos internacionales de protección de los derechos humanos *no son de obligatorio cumplimiento y son inaplicables si violan la Constitución,*” argumentando los abogados del Estado que lo contrario “sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado,” denunciaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos violaba:

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción violentando el principio de autonomía del poder judicial, pues la misma llama al desconocimiento de los procedimientos legalmente establecidos para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por los jueces que contraríen el principio postulado esencial de su deber como jueces de la República.”

El Estado en su petición ante su Sala Constitucional, concluyó que la sentencia de la Corte Interamericana “de manera ligera dispone que los accionantes no fueron juzgados por un juez imparcial,” afirmando en definitiva, que era inaceptable y de imposible ejecución por parte del propio Estado peticionante.

La Sala Constitucional, para decidir, obviamente tuvo que comenzar por “encontrar” la acción propuesta por el Estado, deduciendo por su cuenta que la misma no pretendía “la nulidad” del fallo de la Corte Interamericana que obviamente no era idóneo, ni se trataba de una “colisión de leyes,” sino que de lo que se trataba era de una “presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional.”

En virtud de ello, la Sala simplemente concluyó que de lo que se trataba era de una petición “dirigida a que se aclare una duda razonable en cuanto a la ejecución de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la reincorporación de unos jueces y al pago de sumas de dinero,” considerando entonces que se trataba de una “acción de interpretación constitucional” que la propia Sala constitucional había creado en Venezuela, a los efectos de la interpretación abstracta de normas constitucionales, a partir de su sentencia de 22 de septiembre de 2000 (*caso Servio Tulio León*).²³

A tal efecto, la Sala consideró que era competente para decidir la acción interpuesta, al estimar que lo que peticionaban los representantes del Estado en su acción, era una decisión “sobre el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución Nacional,” considerando al efecto, que el propio Estado tenía la legitimación necesaria para intentar la acción ya que el fallo de la Corte Interamericana había ordenado la reincorporación en sus cargos de unos ex magistrados, había condenado a la República al pago de cantidades de dinero y había ordenado la publicación del fallo.

²³ Véase Revista de Derecho Público, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla”, en *Le renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70.

El Estado, por tanto, de acuerdo a la Sala Constitucional tenía interés en que se dictase

“una sentencia mero declarativa en la cual se establezca el verdadero sentido y alcance de la señalada ejecución con relación al Poder Judicial venezolano en cuanto al funcionamiento, vigilancia y control de los tribunales.”

A los efectos de adoptar su decisión, la Sala sin embargo reconoció el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conforme al artículo 23 de la Constitución, así como las competencias de la Comisión y de la Corte Interamericana, pero precisando sin embargo, que ésta no podía “pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno,” pues “la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que es *“la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”* (artículo 7 constitucional).

La Sala para decidir, consideró que la Corte Interamericana, para dictar su fallo, además de haberse contradicho²⁴ al constatar la supuesta violación de los derechos o libertades protegidos por la Convención, había dictado:

“pautas de carácter obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia y estableció directrices para el Poder Legislativo, en materia de carrera judicial y responsabilidad de los jueces, violentando la soberanía del Estado venezolano en la organización de los poderes públicos y en la selección de sus funcionarios, lo cual resulta inadmisibles.”

La Sala consideró en definitiva, que la Corte Interamericana “utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución de 1999,” (artículos 254, 255 y 267), alegando que los jueces provisorios no tienen estabilidad alguna, y podían ser removidos en forma completamente “discrecional,” y que la “sentencia cuestionada” de la Corte Interamericana lo que pretendía era “desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, al ordenar la reincorporación de los jueces destituidos.”

En este punto, como se dijo, la Sala recurrió como precedente para considerar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era inejecutable en Venezuela, la misma sentencia antes señalada de 1999 de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, que consideró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de 30 de mayo de 1999, dictada en el caso: *Castillo Petruzzi y otro*.

²⁴ La Sala Constitucional consideró que la Corte Interamericana decidió que la omisión de la Asamblea Nacional de dictar el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolano, “ha influido en el presente caso, puesto que las víctimas fueron juzgadas por un órgano excepcional que no tiene una estabilidad definida y cuyos miembros pueden ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ,” pero luego “sorprendentemente, en ese mismo párrafo [147] y de manera contradictoria, afirma que no se pudo comprobar que la Comisión de Emergencia y Reestructuración del Poder Judicial haya incurrido en desviación de poder o que fuera presionada directamente por el Ejecutivo Nacional para destituir a los mencionados ex jueces y luego concluye en el cardinal 6 del Capítulo X que “no ha quedado establecido que el Poder Judicial en su conjunto carezca de independencia”.

En sentido similar a dicho caso, la Sala Constitucional venezolana concluyó que:

“En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando **la depuración del Poder Judicial** en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces. Igualmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende desconocer la firmeza de las decisiones de destitución que recayeron sobre los ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que se deriva de la falta de ejercicio de los recursos administrativos o judiciales, o de la declaratoria de improcedencia de los recursos ejercidos por parte de las autoridades administrativas y judiciales competentes.” (énfasis añadido)

Por todo lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a petición del propio Estado venezolano ante la mencionada decisión de la Corte Interamericana, declaró “*inejecutable*” la sentencia internacional “con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el Capítulo III del Título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa.”

Pero no se quedó allí la Sala Constitucional, sino en una evidente usurpación de poderes, ya que las relaciones internacionales es materia exclusiva del Poder Ejecutivo, exhortó:

“al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado.”

Con esta sentencia el Estado comenzó el proceso de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia, que lamentablemente ha manifestado ser el principal instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país.²⁵

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carias, 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, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en Revista de Administración Pública, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

3. Una nueva “acción innominada de control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana para declararlas inejecutables: el caso *Leopoldo López en 2011*

Con base en todos estos precedentes, en 2011, la Sala Constitucional procedió a completar su objetivo de declarar inejecutables las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consolidando una supuesta competencia que tenía para ejercer el “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que por supuesto no tenía ni puede tener.

En efecto, una de las características fundamentales de la Justicia Constitucional es que los Tribunales, como garantes de la Constitución, no sólo tienen que estar sometidos, como todos los órganos del Estado, a las propias previsiones de la Constitución, sino que deben ejercer sus competencias ceñidos a las establecidas en la misma o en las leyes, cuando a ellas remita la Constitución para la determinación de la competencia. En particular, la competencia de los Tribunales Constitucionales en materia de control concentrado de la constitucionalidad siempre ha sido considerada como de derecho estricto que tiene que estar establecida expresamente en la Constitución, y no puede ser deducida por vía de interpretación. Es decir, la Jurisdicción Constitucional no puede ser creadora de su propia competencia, pues ello desquiciaría los cimientos del Estado de derecho, convirtiendo al juez constitucional en poder constituyente.²⁶

En el caso de Venezuela, sin embargo, esto ha sido así,²⁷ agregándose ahora esta nueva supuesta competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para someter a control de constitucionalidad las sentencias de la Corte Interamericana contrariando el propio texto de la Constitución que en su artículo 31 prevé como obligación del Estado el adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” de protección de derechos humanos.

Sin embargo, luego del precedente señalado de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia No. 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (*Caso Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),²⁸ procedió a declararse competente para conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad” intentada contra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el 1º de septiembre de 2011 (caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*), que por supuesto no existe en el ordenamiento constitucional venezolano, ejercida también en este caso por el abogado del Estado (Procurador General de la República), condenado en la sentencia.²⁹

²⁶ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Cambridge University Press, New York 2011.

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” en Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362

²⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

²⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de

Dicha sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, había decidido, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), que la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al ex Alcalde Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República (“pena” de inhabilitación política) mediante una decisión administrativa, era contraria a la Convención, pues dicha restricción a su derecho político al sufragio pasivo sólo puede ser restringido, acorde con la Constitución (art. 65) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), mediante sentencia judicial que imponga una condena penal.³⁰

En tal virtud, buscando protección a su derecho, el Sr. López recurrió mediante denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultando la decisión de ésta última condenando al Estado venezolano por “la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza,” (Párr. 249); y ordenando la revocatoria de las decisiones de la Contraloría General de la República y de otros órganos del Estado que le impedían ejercer su derecho político a ser electo por la inhabilitación política que le había sido impuesta administrativamente.

Fue contra la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de condena al Estado Venezolano por violación del derecho político del Sr. Leopoldo López, que los abogados de la Procuraduría General de la República, como abogados del propio Estado condenado, recurrieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole la revisión judicial por control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte internacional, de lo cual resultó la sentencia mencionada No. 1547 de 17 de octubre de 2011 de la Sala Constitucional que declaró “inejecutable” la sentencia dictada en protección del Sr. López, ratificando así la violación de su derecho constitucional a ser electo, y que le impedía ejercer su derecho a ser electo y ejercer funciones públicas representativas.

Y el vehículo para lograr este objetivo, algo más de tres semanas después de la mencionada sentencia de la Corte Interamericana (1º de septiembre de 2011), fue la demanda formulada ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 26 de septiembre de 2011, por el Procurador General de la República, denominándola como una “acción innominada de control de constitucionalidad,” que la Sala, sin competencia alguna para ello y en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato,

Venezuela: el caso de la sentencia Leopoldo López vs. Venezuela, 2011,” en *Constitución y democracia: ayer y hoy*. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1.095-1124

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como “inejecutable”), en Alejandro Canónico ‘Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 293-371

decidiéndola veinte días después, mediante sentencia No. 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011.³¹

El Procurador General de la República, al intentar la acción, justificó la supuesta competencia de la Sala Constitucional en su carácter de “garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (Arts. 266.1, 334, 335 y 336 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), considerando básicamente que la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía dejar de realizar “el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país,” considerando en general que las decisiones de dicha Corte Interamericana sólo pueden tener “ejecutoriedad en Venezuela,” en la medida que “el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional;” es decir, que dichas decisiones “para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental.”

Luego de analizar la sentencia de la Corte Interamericana, referirse al carácter de los derechos políticos como limitables; y a la competencia de la Contraloría General de la República, para imponer sanciones, el abogado del Estado pasó a considerar que lo que la Contraloría le había impuesto al Sr. Leopoldo López había sido realmente sólo una “inhabilitación administrativa” y no una inhabilitación política que se “corresponde con las sanciones que pueden ser impuestas por un juez penal, como pena accesoria a la de presidio (artículo 13 del Código Penal);” y que las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana con órdenes dirigidas a órganos del Estado “se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos.” El Procurador estimó que la Corte Interamericana como en general las cortes internacionales no podían “valerse o considerarse instancias superiores ni magnánimas a las autoridades nacionales, con lo cual pretendan obviar y desconocer el ordenamiento jurídico interno, todo ello en razón de supuestamente ser los garantes plenos y omnipotentes de los derechos humanos en el hemisferio americano”: y además, que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desconocía “la lucha del Estado venezolano contra la corrupción y la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Venezuela el 2 de junio de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 2 de febrero de 2009.” Después de todo ello, el Procurador General de la República alegó ante la Sala Constitucional que la mencionada sentencia de la Corte Interamericana transgredía el ordenamiento jurídico venezolano, pues desconocía:

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen

³¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas.”

Como consecuencia de ello, el Procurador General de la República solicitó de la Sala Constitucional que admitiera la “acción innominada de control de constitucionalidad”, a los efectos de que la Sala declarase “inejecutable e inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011.”

Y así efectivamente lo hizo la Sala, no sin antes también precisar en este caso que lo que el Procurador pretendía no era que se declarase “la nulidad” ni de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que la “acción innominada intentada” no era ni un “recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad” ni una acción de “colisión de leyes,” sino que de lo que se trataba era de “una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional.” Para ello concluyó que entonces de lo que se trataba el caso era de una acción mediante la cual se pretendía:

“ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza.”

Inventó, en este caso, la Sala Constitucional una nueva acción para el ejercicio del control de constitucionalidad, siguiendo la orientación que ya había sentado en otros casos, como cuando “inventó” la acción autónoma y directa de interpretación abstracta de la Constitución mediante sentencia No. 1077 de 22 de septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León*),³² sentencia que por lo demás citó con frecuencia en su decisión, sin percatarse de que en aquella ocasión y en esta, la Sala Constitucional actuó como poder constituyente al margen de la Constitución.³³

Ahora bien, en el caso concreto, identificado el objeto de la acción “innominada” que intentó el Estado Venezolano ante la Sala Constitucional, la misma consideró que le correspondía en “su condición de último interprete de la Constitución,” realizar “el debido control de esas normas de rango constitucional” y ponderar “si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación.”

³² Véase la sentencia en Revista de Derecho Público, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación”, in VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Peru, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, September 2005, pgs. 463-489.

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, New York 2011; Daniela Urosa M, Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 96, Caracas 2011. Véase nuestro “Prólogo” a dicho libro, “Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa,” pp. 9-70.

Para determinar el “alcance” de esta “acción de control constitucional” la Sala Constitucional recordó, por otra parte, que ya lo había hecho en anterior oportunidad, precisamente en el caso antes referido sobre “la conformidad constitucional” del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*),³⁴ mediante la cual “asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.”³⁵

Pero resulta que este numeral 23 del artículo 5 de la Ley del Tribunal Supremo le que le había dado competencia a la Sala Constitucional para “conocer de las controversias que pudieren suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de tratados, convenios y acuerdos constitucionales suscritos ratificados por la República”, había desaparecido en la reforma de la Ley de 2010, lo que significaba, al decir de la Sala en la sentencia, que “la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” había “sufrido un cambio,” por lo que, en ausencia de una previsión legal expresa que contemplase “esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad,” la Sala entonces pasó a:

“invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional.”

Debe recordarse que la mencionada sentencia “invocada” N° 1077/2000, como se dijo fue la dictada en 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*) en la cual, la Sala, sin competencia constitucional ni legal alguna, y sólo como resultado de la función interpretativa que el artículo 335 de la Constitución le atribuye, “inventó” la existencia de un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución.³⁶

Por ello, la Sala en este caso hizo la “invocación” a dicha sentencia, pasando luego comentar la competencia establecida para todas las Salas en el artículo 335 de la Constitución para garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, la cual en realidad, no es sólo de la Sala Constitucional, sino del Tribunal Supremo que es el que se define como “el máximo y último intérprete de la Constitución” correspondiéndole velar “por su uniforme interpretación y aplicación.”

³⁴ Véase en Revista de Derecho Público, No. 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

³⁵ En dicha norma de la Ley de 2004 se disponía como competencia de la Sala: “Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano”.

³⁶ Véase sobre esta sentencia los comentarios en Marianella Villegas Salazar, “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional,” en Revista de Derecho Público, No. 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 417 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, 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, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

Sin embargo, recordando la “invención” de ese recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, la Sala pasó a constatar que el Legislador había eliminado la previsión antes indicada establecida en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 que la Sala también había “invocado” para decidir el caso mencionado de 2008 de la inejecución de la sentencia de la Corte Interamericana (caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo); y desconociendo esa expresa voluntad del Legislador de eliminar dicha norma del ordenamiento jurídico, pasó a constatar que el propio Legislador no había “dictado las normas adjetivas” que permitiera la adecuada implementación de las “*decisiones emanadas de los órganos internacionales*” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte).” De ello pasó a afirmar entonces, *de oficio*, que:

“el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*”, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental.”

Es decir, la Sala Constitucional, no sólo desconoció la voluntad del Legislador en eliminar una norma del ordenamiento jurídico, sino que calificó de oficio dicha decisión como una “omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución.” La consecuencia de ello, fue la declaratoria de la Sala, también de oficio, de asumir la competencia, que ni la Constitución ni la ley le atribuyen:

“para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”

En esta forma quedó formalizada por voluntad de la Sala, la “invención” de una nueva modalidad de control de constitucionalidad, con lo cual, una vez más la Sala Constitucional mutó la Constitución específicamente en materia de justicia constitucional.³⁷ Y lo que realizó fue un supuesto “control de convencionalidad” para declarar “inconvencionales” las propias decisiones de la Corte Interamericana.

En cuanto a la “acción” intentada por el Procurador en el caso de la impugnación de la sentencia internacional del caso Leopoldo López, la Sala Constitucional admitió pura y simplemente la acción intentada por el Procurador, pasando a disponer que como no se trataba de una “demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia),

³⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad. Trabajo elaborado para el Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela,” en Revista de Derecho Político, No. 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325.

“sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo”, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 *eiusdem*, determinó que “al tratarse de una cuestión de mero derecho,” la causa no requería de sustanciación, ignorando incluso el escrito presentado por el Sr. López, entrando a decidir la causa “sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho,” incluso, “omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados.” Y todo ello lo hizo la Sala, “en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis.” La violación al debido proceso y a la necesaria contradicción del proceso constitucional por supuesto era evidente, y solo explicable por la urgencia de decidir y complacer al poder.

Quedó en esta forma “formalizada” en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en Venezuela, actuando como Jurisdicción Constitucional, y sin tener competencia constitucional alguna para ello, la existencia de una “acción innominada de control de constitucionalidad” destinada a revisar las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda dictar contra el mismo Estado condenándolo por violación de derechos humanos. En esta forma, la ejecución de las sentencias en relación con el Estado condenado, quedó sujeta a su voluntad, determinada por su Tribunal Supremo de Justicia a su solicitud del propio Estado condenado a través del Procurador General de la República. Se trata, en definitiva, de un absurdo sistema de justicia en el cual el condenado en una decisión judicial es quien determina si la condena que se le ha impuesto es o no ejecutable. Eso es la antítesis de la justicia.

4. La extraña tesis de la Sala Constitucional de la subordinación del derecho internacional al orden interno y el rechazo al valor del derecho internacional de los derechos humanos

Pero no quedó allí el razonamiento de la Sala con la “creación” de este nuevo medio de control de constitucionalidad en franca violación de la Constitución, sino que al “controlar” la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1º de septiembre de 2011, en la sentencia No. 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) 17 de octubre de 2011,³⁸ pasó a analizar el rango constitucional y la fuerza obligatoria de los Convenios internacionales en materia de derechos humanos en el derecho interno, como lo indica el artículo 23 de la Constitución de Venezuela,³⁹ destacando lo que precisamente había dicho la Corte Interamericana

³⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

³⁹ 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 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. Véase sobre esta norma Allan R. Brewer-Carías, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos

en relación con el poder de los jueces de ejercer el control de convencionalidad para asegurar su aplicación, indicando la Corte Interamericana que:

“cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, **incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia**, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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.**” (destacado nuestro)

Esta última afirmación de la Corte Interamericana, que copió la Sala Constitucional en su sentencia, sin embargo, en la misma fue abiertamente contradicha, cuestionando el valor o jerarquía constitucional que conforme al artículo 23 de la Constitución puedan tener las propias sentencias de la Corte Interamericana al aplicar la Convención.

En efecto, sobre el tema de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforme a la mencionada norma del artículo 23 de la Constitución, la Sala Constitucional acudió a lo que ya había decidido anteriormente en la antes mencionada sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación artículos del Código Penal sobre leyes de desacato*),⁴⁰ en la cual había precisado que el artículo 23 constitucional, “se refiere a normas que establezcan derechos, *no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados*, (destacado de la Sala) sino sólo a normas creativas de derechos humanos,” es decir,

“que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)

De lo anterior resultó entonces la afirmación sin fundamento de la Sala Constitucional de que es ella la que tiene el monopolio en la materia de aplicación en el derecho interno de los tratados internacionales mencionados, contradiciendo el texto del artículo 23 de la Constitución que dispone que dichos tratados “son de aplicación

humanos,” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 13er año, Tomo I, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2007, pp. 63 a 119.

⁴⁰ Véase en Revista de Derecho Público, No. 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.

inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.” La Sala afirmó, al contrario, que ella es la única instancia judicial llamada a determinar *“cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno;”* *competencia esta última que supuestamente emanaría “de la Carta Fundamental”* – sin decir de cuál norma – afirmando que la misma *“no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos* suscritos por el país” (*destacados de la Sala*). De lo contrario, llegó a afirmar la Sala en dicha sentencia, “se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.” En realidad, fue la sala Constitucional la que Mutó ilegítimamente la Constitución en esta materia.

En definitiva, la Sala Constitucional decidió que las sentencias de los tribunales internacionales sobre derechos humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo *“se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución,”* concluyendo que “a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones”; es decir, que si la Corte Interamericana, por ejemplo, *“amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos”* (subrayados de la Sala).”

Por tanto, de acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional no existe órgano jurisdiccional alguno por encima del Tribunal Supremo de Justicia, y si existiera, por ejemplo, en materia de integración económica regional o de derechos humanos, sus decisiones *“no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República”* (subrayados de la Sala), es decir, en forma alguna pueden contradecir las normas constitucionales venezolanas, pues de lo contrario “carecen de aplicación en el país” Así lo declaró la Sala.

Ahora, sobre la prevalencia en el orden interno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional, afirmó la Sala que ello es solo, conforme al artículo 23 de nuestro texto fundamental, *“en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables”* a las establecidas en la Constitución; pasando entonces a juzgar sobre la constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, comenzando por “determinar el alcance” del fallo del caso *Leopoldo López* “y su obligatoriedad.”

Observó para ello la Sala que en dicho fallo internacional se consideró como su “punto central”:

“la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.”

Para analizar esta decisión, la Sala Constitucional comenzó por reiterar lo que antes había decidido en la sentencia antes analizada N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*)⁴¹ en el sentido de que la protección internacional que deriva de la Convención Americana es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos,” es decir, que la Corte Interamericana “no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno” que goza de supremacía.

La Sala, además, indicó que el artículo 23 de la Constitución antes citado, contrariando su expreso contenido según el cual las normas internacionales sobre derechos humanos “prevalecen en el orden interno” – incluyendo la Constitución –, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución,” indicó que:

“no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘*supraconstitucional*,’ por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.”⁴²

Adicionalmente la Sala, en su sentencia, negando valor a la sentencia de la Corte Interamericana, se refirió a otro fallo anterior, N° 1309/2001, en el cual había declarado que “el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” de manera que la interpretación constitucional debe comprometerse “con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).”

Por supuesto, dicha “política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” o la “teoría política que subyace” tras el sistema que le sirve de “base axiológica,” que usa la Sala Constitucional no es la que resulta de la Constitución propia del “Estado democrático social de derecho y de justicia,” que está montado formalmente sobre un sistema político de separación de poderes, de control del poder, de pluralismo, de democracia representativa y de libertad económica, sino el que ha venido definiendo el gobierno contra la propia Constitución y que ha encontrado eco en las decisiones de la propia Sala, como propia de un Estado centralizado, socialista y represivo, que niega la representatividad, y que pretende estar montado sobre una supuesta democracia

⁴¹ Véase en Revista de Derecho Público, No. 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss. Véase sobre esa sentencia Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. La justicia internacional en materia de derechos humanos,” en Revista de Derecho Público, No. 116, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 249-260.

⁴² Se refería de nuevo la Sala a la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (Caso Servio Tulio León Briceño), en Revista de Derecho Público, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

participativa controlada por el poder central,⁴³ declarando la Sala que los estándares que se adopten para tal interpretación constitucional *“deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución”- que la Sala no deja de llamar como el del “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia,” precisando que:*

“no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con opciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” (subrayados de la Sala)

Concluyó así, la sentencia, que *“no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y supra histórico por encima de la Constitución,”* siendo inaceptables – para la Sala – las teorías que pretenden limitar *“so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”* (Subrayados de la Sala). O sea, que el derecho internacional de derechos humanos es una de esas “valideces” universales” olímpicamente rechazadas por la Sala Constitucional ante el proyecto político autoritario desarrollado al margen de la Constitución y defendido por el órgano que se atribuye el carácter de máximo intérprete de la Constitución⁴⁴

De allí concluyó la Sala reiterando lo que ya había decidido en la sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008⁴⁵ (Caso: ----) en el sentido de que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, *“deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos... (...) sobre los intereses particulares...”*

⁴³ En los últimos años puede decirse que es la doctrina política socialista, la cual, por supuesto, no está en ninguna parte de la Constitución, y cuya inclusión en la Constitución fue rechazada por el pueblo en la rechazada reforma constitucional de 2007. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449). La Sala Constitucional, incluso, ha construido la tesis de que la Constitución de 1999 ahora “privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales,” habiendo supuestamente cambiado “el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia” (sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008, <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>) cuando ello no es cierto, pues el Estado social de derecho ya estaba plasmado en la Constitución de 1961. Véase Allan R. Brewer-Carías, Cambio Político y Reforma del Estado (Contribución al Estad Social de Derecho), Ed. Ecnos Madrid 1975.

⁴⁴ En el fallo de la Sala Constitucional, la misma también hizo referencia al antes indicado fallo anterior No 1309/2001, donde se había referido al mismo tema de la interpretación constitucional condicionada “ideológicamente” que debe realizarse conforme a “mejor teoría política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” subordinándose el derecho internacional al orden nacional. De ello concluyó la Sala que “la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista” siendo “la nueva teoría” el “combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución;” afirmando que en todo caso, “el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano” (Subrayados de la Sala). // En la sentencia No 1309/2001 la Sala también había afirmado que “el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.” Por ello, la Sala reiteró la negación de la validez universal de los derechos humanos, es decir, negó “cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos,” o cualquier “vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional” (Subrayado de la Sala).

⁴⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

Al entrar a considerar el “punto central” de la sentencia de la Corte Interamericana sobre la violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, por la inhabilitación administrativa dictada en su contra conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Sala pasó a referirse a su propia sentencia antes mencionada, la N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008,⁴⁶ cuando al decidir sobre una denuncia de inconstitucionalidad de dicha norma por violentar precisamente lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana que sólo admite restricción al sufragio mediante sentencia judicial, observó que conforme a dicha norma, se admite la “reglamentación” de los derechos políticos mediante ley, destacando que de una manera general, el artículo 30 de la Convención Americana “admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.” Concluyó la Sala que es posible, de conformidad con la Convención Americana “restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.”

Y así pasó la Sala a resolver la posible antinomia entre el artículo 23.2 de la Convención Interamericana y la Constitución señalando que “la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática” siendo sólo posible si el mismo cuando se refiere a derechos humanos, contenga “normas más favorables a las de la Constitución,” pasando a preguntarse la propia Sala sobre cuál debían ser los valores que debían tener presente “para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más favorable que la normativa constitucional interna,” siendo su respuesta que ellos deben ser los supuestos valores derivados del proyecto político subyacente en la Constitución antes mencionado, que la Sala ha venido interpretando a su antojo.

De ello concluyó entonces que entonces no podía el artículo 23.2 de la Convención Americana “ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral,” concluyendo en la sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, sobre dicha antinomia, de nuevo que “es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional” contra las atribuciones en materia de control fiscal y lucha contra la corrupción de la Contraloría General de la República y su potestad de aplicar las sanciones administrativas. Con base en ello, la Sala concluyó que en la materia prevalecía el orden interno y las “normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos,” rechazando el postulado de que las sanciones de inhabilitación solo puede ser impuestas por una “autoridad judicial.”

⁴⁶ Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

Para ello, la Sala Constitucional en su sentencia que comentamos No. 1547 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*) de fecha 17 de octubre de 2011, concluyó señalando que aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, imponiendo la necesidad de la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos sólo mediante una sentencia judicial, tal Tratado – dijo la Sala – “no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental” concluyendo que conforme a su tesis de la “prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares” entonces debía darse preferencia “a las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría General de la República como un órgano competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.”

Sin embargo, después de este pronunciamiento dictado con motivo de ejercer el control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se apresuró a afirmar, como aclaratoria que:

“no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos,”

De lo que se trata, en cambio, dijo la Sala, fue supuestamente de adecuar el fallo internacional “al orden constitucional interno,” y ejercer un supuesto “control de convencionalidad” pero respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente que no habían sido analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la Sala “controló,” como la citada Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,” de todo lo cual concluyó la Sala que como “debe prevalecer la lucha contra la corrupción [...] no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos” y supuestamente se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*,” referido por la Corte Interamericana en otra sentencia.⁴⁷

Finalmente la Sala Constitucional acusó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de persistir:

“en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.”

⁴⁷ Sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, sus Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002)

Todo ello para terminar declarando que el fallo dictado en el caso Leopoldo López, simplemente era “inejecutable” en Venezuela porque había condenado al Estado Venezolano a través del *Consejo Nacional Electoral* a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; y porque había anulado los actos administrativos que le habían impuesto las sanciones de inhabilitaron”; todo lo cual fue rechazado por la Sala.

La conclusión de todo este proceso de confrontación entre la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos evidenciada en las sentencias antes comentadas, exhortando al Ejecutivo Nacional para desligar a Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se produjo finalmente el día 6 de septiembre de 2012 cuando el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Sr. Nicolás Maduro, quien ejerce actualmente la Presidencia de la República, luego de denunciar una supuesta campaña de desprestigio contra al país desarrollada por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó formalmente al Secretario General de la OEA la “decisión soberana de la República Bolivariana de Venezuela de denunciar la Convención. Americana sobre Derechos Humanos, cesando en esta forma respecto de Venezuela los efectos internacionales de la misma, y la competencia respecto del país tanto de la manifestó formalmente al Secretario General de la OEA, ara el país, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para fundamentar la decisión, el Ministro de Relaciones Exteriores hizo precisamente referencia, entre varios casos decididos por la Corte Interamericana condenando a Venezuela y otros por decidir, a los dos casos que hemos comentado anteriormente, y a otros casos aún no decididos, ejerciendo una presión política indebida contra la Corte Interamericana, fundamentando jurídicamente su decisión en la “doctrina” sentada por la Sala Constitucional sobre la supuesta prevalencia del derecho nacional frente al derecho internacional, en violación de la propia normativa de la Constitución.⁴⁸ Y por lo que se refiere a la presión indebida, como veremos al final, quizás ya ello comenzó a surtir efectos.

III. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO PARA EL DESCONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y PARA DESLIGAR AL ESTADO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: EL CASO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

El tercer caso de reacción irregular contra las sentencias o la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos humanos, además del caso del Perú en 1999 y del caso

⁴⁸ Véase nuestra propuesta para la inclusión de la norma del artículo 23 en la Constitución de 1999 dándole jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos: “Constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos,” en Allan R. Brewer-Carías, Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II (9 septiembre- 17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público, Caracas 1999 pp.111-115. Véase igualmente Idem, pp. 88-91.

de Venezuela en 2008, 2011 y 2012; es el caso de la República Dominicana en 2014, que ha culminado con la declaratoria de inconstitucionalidad, por parte del Tribunal Constitucional mediante sentencia TC/0256/14 de fecha 4 de noviembre de 2014, del acto del Presidente de la República de aceptación por parte del Estado dominicano de la jurisdicción de la Corte Interamericana, con efectos imprecisos, pretendiendo en esa forma desligar al Estado de dicha jurisdicción.

Dicha sentencia, en efecto, declaró con lugar una acción directa de inconstitucionalidad que se había intentado en 2005, por un grupo de ciudadanos por ante la antigua Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana, contra el “Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” suscrito por el Presidente de la República el 19 de febrero de 1999, mediante el cual el Gobierno de la República Dominicana, declaró que reconocía “como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.”

Dicha acción de inconstitucionalidad fue decidida nueve años después, por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana mediante la mencionada sentencia TC/0256/14 (Expediente núm. TC-01-2005-0013) de fecha 4 de noviembre de 2014,⁴⁹ declarando con lugar la inconstitucionalidad, anulando el acto impugnado y, como consecuencia, pretendiendo el Tribunal Constitucional desligar a la República Dominicana de la jurisdicción de la Corte Interamericana, lo que sólo podría ocurrir si se denuncia la Convención Americana, como quedó establecido desde 1999 por la propia Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein* de 1999.⁵⁰

La acción de inconstitucionalidad se fundamentó en la violación de los artículos 37.14 y 55.6, 46, 99, 3 y 4 de la Constitución de 2002 que estaba vigente cuando se introdujo el recurso, y que se corresponden con las disposiciones de los artículos 93, literal l, 128, literal d de la Constitución vigente de 2010, en los cuales se regulan las competencias del Congreso Nacional para “Aprobar o desaprobado los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo,” y del Presidente de la República para “Celebrar y firmar tratados o convenciones internacionales y someterlos a la aprobación del Congreso Nacional, sin la cual no tendrán validez ni obligarán a la República.”

Se alegó, además la violación de los artículos 46 y 99 de la Constitución de 2002, equivalentes a los artículos 6 y 73 de la Constitución de 2010, en los cuales se declara que “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución,” y que “Son nulos de pleno derecho los actos emanados de autoridad usurpada.” Adicionalmente los impugnantes invocaron el artículo 3 de la Constitución de 2002, cuyas disposiciones están contenidas en los artículos 3 y 26.2 de la Constitución de 2010, relativos a la inviolabilidad de la soberanía y a las Relaciones

⁴⁹ Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>

⁵⁰ Véase Sergio García Ramírez (Coord.), Sergio García Ramírez (Coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, pp. 769-771.

internacionales y derecho internacional; y el artículo 4 de la Constitución de 2002, que corresponde al artículo 4 de la Constitución de 2010, el cual establecen los principios del gobierno de la Nación y en particular, el principio de la separación de poderes en los términos determinados en la Constitución.

La esencia del argumento esgrimido para fundamentar el recurso fue que el procedimiento desarrollado para reconocer “como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “se hizo violando, el Presidente de la República, las normas constitucionales dominicanas, y usurpando atribuciones exclusivas e indelegables del Congreso Nacional, estando ese acto viciado de nulidad absoluta,” particularmente porque “no fue confirmado ulteriormente por el Congreso de la República Dominicana, mediante ratificación.”

A pesar de las valiosas opiniones formuladas ante la antigua Corte Suprema en las cuales se argumentó sobre la diferencia entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado que se había aprobado y ratificado con la intervención del Congreso Nacional y del Presidente de la República conforme a lo establecido en la Constitución, y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tratado, sino una disposición contenida en la Convención, que no requería de la aprobación del Congreso; el Tribunal consideró finalmente que el Instrumento de Aceptación impugnado era inconstitucional por no haber sido sometido a la aprobación del Congreso Nacional. Como bien lo precisó la magistrada Ana Isabel Bonilla Hernández en su “Voto Disidente” a la sentencia:

“la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH es una disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos que ya había sido firmada y ratificada por el Estado dominicano, con lo cual se daba cumplimiento a lo establecido en la Constitución, por lo que el Gobierno del Presidente Leonel Fernández Reyna, cuando el veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999) emitió el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH, lo hizo en cumplimiento de los compromisos derivados de la ratificación de la Convención en el marco de sus atribuciones constitucionales como máximo representante del Estado dominicano, por lo que entendemos que el procedimiento realizado por el Presidente de la República en aquel momento, no se puede considerar como una violación a la Constitución” (párr. 2.6)

En conclusión, la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado que ha sido ratificado por el Estado dominicano, y la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH no es un tratado o convención especial que ameritara de una ratificación congresual distinta a la dada al tratado internacional que la contiene (Convención IDH), razón por la cual entendemos que el Tribunal Constitucional, contrario a lo decidido por el criterio mayoritario debió rechazar la presente acción directa de inconstitucionalidad, y declarar conforme con la Constitución el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito por el presidente de la República el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999)” (parr. 2.7) ⁵¹

⁵¹ Véase en <http://tribunalconstitucional.gob.do/node/1764>

Sin embargo, el Tribunal Constitucional para arribar a la conclusión contraria, aun cuando constató, pero ignoró, que conforme al artículo 62 de la Convención Americana la aceptación de la competencia de la Corte IDH, se debe producir “mediante una declaración en la que se reconoce dicha competencia como obligatoria de pleno derecho y, en principio, sin convención especial,” lo que implica que para los Estados miembros, como la República Dominicana, esa norma ya era parte de sus obligaciones internacionales, lo que implica la aceptación por el Estado del mecanismo posterior de aceptación de la competencia de la Corte solo mediante una declaración, sin necesidad de convención especial, sin que ello, por tanto signifique establecer ninguna nueva obligación internacional. Tal como lo precisó el magistrado Hermógenes Acosta De Los Santos en su “Voto Disidente” a la sentencia: “desde el momento que el Congreso Nacional ratificó la Convención en el año de 1977 aceptó la fórmula prevista en el mencionado artículo 62.1 de la misma, por lo cual no era necesario que el instrumento de aceptación que nos ocupa recibiera la ratificación de dicho poder del Estado” (párr. 20).⁵²

Sin embargo, al contrario, el Tribunal concluyó afirmando que “La aceptación de la competencia de la Corte IDH, para ser vinculante respecto al Estado dominicano, debió haber cumplido, pues, los requerimientos del artículo 37 numeral 14 de la Constitución de 2002, es decir: “aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo,” concluyendo entonces que:

“Dicho Instrumento de Aceptación, aunque constituye un acto unilateral no autónomo producido en el marco de CADH, tiene la misma fuerza de las convenciones internacionales, y, por tanto, la capacidad ínsita de producir efectos jurídicos en el plano internacional; efectos que, a su vez, pueden repercutir en el Derecho Interno y afectar directamente a los dominicanos. En consecuencia, resulta lógico convenir que la voluntad del Poder Ejecutivo de establecer un vínculo jurídico internacional debe requerir la participación de otros órganos estatales más allá de los que expresamente consientan el tratado que le sirva de marco (en este caso, la CADH), como una especie de contrapeso o ejercicio de vigilancia de los demás poderes del Estado, y con la finalidad última de salvaguardar el principio rector de supremacía constitucional establecido por el artículo 46 de la Constitución dominicana de 2002, equivalente al artículo 6 de la Constitución de 2010.

Es decir, el Estado dominicano no ha de acumular obligaciones significativas hasta tanto los órganos correspondientes las aprueben a través de los procesos legitimadores requeridos por su Constitución y el resto del ordenamiento interno. Resulta, en efecto, de la mayor importancia que antes de adherirse a un compromiso internacional de cualquier índole, la República Dominicana verifique su conformidad con los procedimientos constitucionales y legales nacionales previamente establecidos. Sin embargo, esta verificación fue omitida en la especie respecto Instrumento de Aceptación, que no fue sometido al Congreso Nacional como dispone el precitado artículo 55.6 de la Constitución de 2002, lo cual, a juicio del Tribunal Constitucional, genera su inconstitucionalidad.”

⁵² Véase <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>

El Tribunal Constitucional, en su decisión concluyó declarando “la inconstitucionalidad del Instrumento de Aceptación de la Competencia de la CIDH suscrito por el presidente de la República Dominicana el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999),” lo que se presume implica declarar la nulidad absoluta o de pleno derecho de dicho acto, para lo cual sin embargo, no fijó nada específico sobre los efectos de dicha declaratoria en el tiempo.

En apoyo a su decisión, el Tribunal Constitucional invocó lo decidido por la Corte Constitucional colombiana en sentencia No C-801/09 de 10 de noviembre de 2009, en la cual ratificó que había dejado en claro que: “un tratándose de instrumentos internacionales que son desarrollo de otros, si a través de los mismos se crean nuevas obligaciones, o se modifican, adicionan o complementan las previstas en el respectivo convenio o tratado del que hacen parte, esos también deben someterse a los procedimientos constitucionales de aprobación por el Congreso;” pero lamentablemente ignorando que en este caso, en virtud de lo previsto en el artículo 62 de la Convención Americana, una vez ratificada por los Estados Miembros, estos aceptan la competencia de la Corte sólo sujetando ello a una declaración del Estado, sin convención especial, por lo que con dicha declaración de sujeción a la jurisdicción de la Corte no se crea ninguna nueva obligación ni se modifican, adicionan o complementan las ya asumidas. Por ello, la magistrada Katia Miguelina Jiménez Martínez, en su “Voto Disidente,” con razón expresó que del examen de los argumentos de la mayoría del Tribunal Constitucional, “se evidencia que son incomprensibles los términos del artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto se confunde lo que es un tratado internacional con un acto unilateral” (párr. 4.2.5), concluyendo, también con razón, que “resulta ostensible que el acto jurídico a través del cual República Dominicana aceptó la competencia contenciosa de la Corte no tenía que ser refrendado por el Poder Legislativo, ya que el referido documento no es un tratado o convención internacional,” (párr. 4.2.8).⁵³

Finalmente, en forma contradictoria, pero como cuestión de principio, el Tribunal declaró compartir en su sentencia, “los postulados, principios, normas, valores y derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos,” precisando “que seguirán siendo normalmente aplicados, respetados y tomados en consideración por nuestra jurisdicción,” aclarando que “El Estado dominicano siempre tiene la potestad, en el respeto de los debidos procedimientos constitucionales, de adherirse a cualquier instrumento de cooperación, de integración regional, o de protección de los derechos fundamentales.” O sea que el Tribunal Constitucional con su sentencia, efectivamente pretendió desligar totalmente al Estado dominicano de la jurisdicción de la Corte Interamericana, informándole a los Poderes públicos que el Estado sin embargo podría adherirse a la misma cumpliendo con los procedimientos constitucionales; ignorando globalmente que para que un Estado pueda sustraerse de la competencia de la Corte Interamericana, como hemos dicho, debe denunciar la Convención Americana.

⁵³ Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>

Esta lamentable decisión del Tribunal Constitucional de la República Dominicana de desligar al Estado dominicano de la jurisdicción de la Corte Interamericana, no pasaría de ser una decisión aislada de un Juez Constitucional interpretando erradamente la naturaleza de las obligaciones internacionales contraídas válidamente por un Estado al aprobar y ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, si no se la ubica en un proceso político constitucional conducido en buena parte por el Juez Constitucional para desconocer no sólo las obligaciones en materia de protección de los derechos humanos contenidas en la Convención, sino las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han condenado al Estado de la República Dominicana. Con esta sentencia, a juicio del Tribunal Constitucional ya el Estado se habría desligado de la jurisdicción de la Corte Interamericana.

En ese contexto, entonces, en realidad, la sentencia no es sino la respuesta final a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 28 de agosto de 2014,⁵⁴ caso que se había iniciado con motivo de denuncias formuladas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por un conjunto de organizaciones, familias y personas sobre la existencia de un contexto de discriminación de la población haitiana y de ascendencia haitiana en República Dominicana, consistentes en prácticas de expulsiones colectivas y, respecto de personas de ascendencia haitiana que hubieran nacido en territorio dominicano y la denegación de la nacionalidad y del acceso a documentación de identificación personal de dichas personas, en las cuales se denunció la violación de sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, del niño, a la nacionalidad, a la propiedad privada a la circulación y de residencia, a la igualdad ante la ley, y a la protección judicial consagrados en los artículos 3, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 21, 21.1, 22.5, 22.9, 24, y 25 de la Convención.

Uno de los puntos en discusión con ocasión de esa política discriminatoria era la previsión constitucional inserta en las Constituciones anteriores (art. 11.1) atribuyendo la nacionalidad originaria *ius soli*, a los nacidos en territorio de la República dominicana con excepción de los hijos de funcionarios diplomáticos o de quienes estuviesen “en tránsito” en el territorio; la previsión de la Ley No. 285-04, General de Migración, de 27 de agosto de 2004 (art. 36.10 que disponía que “los no residentes son considerados personas en tránsito, para los fines de la aplicación del artículo 11 de la Constitución,” lo que implicaba que los haitianos que no tuviesen legalmente la condición de residentes (los indocumentados por ejemplo), al ser considerados en tránsito, sus hijos nacidos en República Dominicana no tenían derecho a la nacionalidad dominicana.

El tema ya había sido resuelto por la antigua Suprema Corte de Justicia, actuando como Juez Constitucional, en una sentencia de 14 de diciembre de 2005 en la cual había establecido que:

“cuando la Constitución [1994] en el párrafo 1 de su artículo 11 excluye a los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática

⁵⁴ Véase en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

o los que están de tránsito en él para adquirir la nacionalidad dominicana por *ius soli*, esto supone que estas personas, las de tránsito, han sido de algún modo autorizadas a entrar y permanecer por un determinado tiempo en el país; que si en esta circunstancia, evidentemente legitimada, una extranjera alumbró en el territorio nacional, su hijo (a), por mandato de la misma Constitución, no nace dominicano; que, con mayor razón, no puede serlo el hijo (a) de la madre extranjera que al momento de dar a luz se encuentra en una situación irregular y, por tanto, no puede justificar su entrada y permanencia en la República Dominicana.”

La Constitución de 2010, a los efectos de precisar esta excepción al régimen de la nacionalidad *ius soli*, regulo expresamente el tema de los hijos de no residentes y de los que se encontraran en situación irregular en el territorio, estableciendo específicamente con rango constitucional que son dominicanos las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos de extranjeros “que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano,” remitiendo a la ley para la definición de los extranjeros “en tránsito.” a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas”. Después de sancionada la Constitución, se dictó el Reglamento No. 631-11 de 2011 el cual dispuso que para los fines de aplicación de la Ley General de Migración, se consideraban como “personas en tránsito” los extranjeros no residentes y los “que ingresen o hayan ingresado y que residan o hayan residido en territorio dominicano sin un estatus migratorio legal al amparo de las leyes migratorias” (art. 68).

Posteriormente, el propio Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0168/13 de 23 de septiembre de 2013,⁵⁵ reiteró lo que había antes expresado la antigua Corte Suprema en la señalada sentencia 14 de diciembre de 2005 en el sentido de considerar como “extranjeros en tránsito,” a los que se encuentren en “situación migratoria irregular,” es decir, “los extranjeros que permanecen en el país careciendo de permiso de residencia legal o que hayan penetrado ilegalmente en el mismo,” que por ello “violan las leyes nacionales.” En relación con esos extranjeros, el Tribunal decidió que “no podrían invocar que sus hijos nacidos en el país tienen derecho a obtener la nacionalidad dominicana al amparo del precitado artículo 11.1 de la Constitución de 1966, en vista de que resulta jurídicamente inadmisibles fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho

Conforme a estas interpretaciones jurisprudenciales, el criterio del Juez Constitucional en la República Dominicana es que las personas cuyos padres son personas extranjeras que residen en forma irregular en territorio dominicano no pueden adquirir la nacionalidad dominicana.

Contra este criterio, sin embargo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos había establecido en la sentencia dictada en el caso *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 23 de noviembre de 2006,⁵⁶ que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada

⁵⁵ Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>

⁵⁶ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf

para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.”

Consecuente con este criterio, en la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* sentencia de 28 de agosto de 2014, la misma concluyó que la negación estatal del derecho de las presuntas víctimas a la nacionalidad dominicana conlleva una vulneración arbitraria de ese derecho, así como también, al derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, al derecho al nombre y al derecho a la identidad, y en relación con los menores, la violación del derecho del niño.

Adicionalmente, la Corte Interamericana, dado que en el curso del proceso se había dictado la antes mencionada sentencia TC/0168/13 del Tribunal Constitucional, al analizar dicha sentencia la Corte Interamericana precisó que si bien no se aplicaba a las víctimas, apreció que la misma ordenó “una política general de revisión [del Registro Civil] desde 1929 a efectos de detectar ‘extranjeros irregularmente inscritos’ (párr. 310), lo cual sí consideró que podía afectar el goce del derecho a la nacionalidad” de algunas de las víctimas en el caso; a cuyo efecto precisó que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces, y el propio Tribunal Constitucional, están sometidos a las disposiciones de la Convención y deben velar porque no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, estando incluso en la “obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana” (párr. 311).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, lejos de ejercer ese control, como lo constató la Corte Interamericana, dispuso una política general de efectos retroactivos que dicha Corte Interamericana consideró que lesionó los derechos de las víctimas, ya que la situación de los padres en cuanto a la regularidad o irregularidad migratoria no puede afectar los derechos de las personas nacidas en territorio dominicano que son hijas de extranjeros, es decir, que la “diferenciación entre la situación de los padres, en sí misma, no resulta una explicación de la motivación o finalidad de la diferencia de trato entre personas que nacieron en el territorio dominicano” (párr. 317).

De ello concluyó la Corte Interamericana ratificando lo dicho en su Sentencia sobre el *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, en el sentido de que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos” (párr. 318). En definitiva, resolvió la Corte Interamericana que la introducción del criterio de la situación de estancia irregular de los padres como una excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius solis*, “termina por revelarse discriminatorio como tal en República Dominicana,” contra la población dominicana de ascendencia haitiana” (párr. 318) violatorio del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención.

La Corte Interamericana en su sentencia también consideró las previsiones de la Ley No. 169-14 de 23 de mayo de 2014, presentada por el Estado como hecho superviniente, y que tenía por base lo establecido en la sentencia antes mencionada del Tribunal Constitucional TC/0168/13, en el sentido de pretender regularizar las “actas del estado civil,” distinguiendo “la situación de ciertas personas inscritas en el Registro Civil de otras que no lo están,” y partiendo de “de considerar extranjeras a las personas

nacidas en territorio dominicano que sean hijas de extranjeros en situación irregular,” lo que a juicio de la Corte Interamericana “aplicado a personas que nacieron antes de la reforma constitucional de 2010, implica en los hechos, una privación retroactiva de la nacionalidad que, en relación con presuntas víctimas del presente caso, ya se determinó contrario a la Convención” (párr. 323), concluyendo en considerar que “la Ley No. 169-14 implica un obstáculo a la plena vigencia del derecho a la nacionalidad de las víctimas” (párr. 324).

Concluyó entonces la Corte Interamericana en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional, afirmando que:

“dados sus alcances generales, constituye una medida que incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, normado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad reconocidos en los artículos 3, 18 y 20, respectivamente, del mismo Tratado, y en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, así como el derecho a la igual protección de la ley reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana; todo ello en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo tratado” (párr. 325).

Y ello lo reiteró en las medidas resolutorias de la sentencia al declarar que:

“El Estado incumplió, respecto de la sentencia TC/0168/13, su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y la nacionalidad, así como en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, y el derecho a la igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 3, 18, 20 y 24 de la Convención, en relación con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención.” (párr. 512.10)

La consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana fue la imposición al Estado de dictar una serie de medidas de reparación en plazos determinados, por ejemplo para asegurar a las víctimas que puedan contar con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana, debiendo, si fuera necesario, proceder al reemplazo o restitución de documentación, así como proceder a cualquier otra acción que sea necesaria a efectos de cumplir lo dispuesto, en forma gratuita (párr. 452). Además, la sentencia impuso al Estado la obligación de realizar una “revisión de la legislación interna sobre inscripción y otorgamiento de nacionalidad de personas de ascendencia haitiana nacidas en territorio dominicano, y la derogación de aquellas disposiciones que de manera directa o indirecta tengan un impacto Discriminatorio basado en las características raciales o el origen nacional, teniendo en cuenta el principio de *ius soli* receptado por el Estado, la obligación estatal de prevenir la apatridia y los estándares internacionales del derecho Internacional de los derechos humanos aplicables” (párr 466).

Igualmente la Corte Interamericana, impuso al Estado, de acuerdo con la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana, la adopción en un plazo razonable, de “las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier

naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, decisión o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, por resultar tales normas, prácticas, decisiones o interpretaciones contrarias a la Convención Americana (párr. 496).

Por último, para evitar que se repitan hechos como los del caso decidido, la Corte Interamericana dispuso que “el Estado adopte, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de los padres” (párr. 496).

Como se puede apreciar de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014, al condenar al Estado de la república Dominicana por violaciones a los derechos constitucionales de las víctimas, todas descendientes de haitianos, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, del niño, a la nacionalidad, a la propiedad privada a la circulación y de residencia, a la igualdad ante la ley, en particular consideró que entre otros había sido el Tribunal Constitucional uno de los responsables de tales violaciones, y objeto, por tanto, de las obligaciones impuestas por la Corte Interamericana a los órganos del Estado.

Lamentablemente, en lugar de acatar lo resuelto por la Corte Interamericana, en los términos de las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que era el primer deber de un Estado miembro y de sus órganos, lo que ha ocurrido es, *primero*, que el propio gobierno de la República Dominicana haya emitido al mes siguiente un Pronunciamiento con fecha 23 de octubre de 2014, rechazando la sentencia de la Corte Interamericana de fecha 28 de octubre, todo ello en un contexto de falta de cumplimiento por el Estado de sus obligaciones convencionales; y *segundo*, que el Juez Constitucional, es decir, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, con su sentencia TC/0256/14 de fecha 4 de noviembre de 2014, haya declarar la inconstitucionalidad de la decisión del Presidente de la República de 1999, adoptada conforme se establece en el artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante la cual se había reconocido “como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Frente a ello, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitiera un “Comunicado de prensa 130/14” con fecha 6 de noviembre de 2014,⁵⁷ condenando la sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana dictada dos días antes, considerando que la misma “no encuentra sustento alguno en el derecho internacional, por lo cual no puede tener efectos,” particularmente invocando

⁵⁷ Véase en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp>

los principios de buena fe y *estoppel*, indicando que conforme a este último “un Estado que ha adoptado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas en base al cual se guio la otra parte.” Sobre esto mismo, en su “Voto Disidente” a la sentencia del Tribunal Constitucional, el magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, hizo un extenso análisis sobre el “comportamiento asumido por los poderes del Estado, incluyendo al propio Poder Legislativo” respecto al hecho de que la “aceptación de la competencia de la Corte Interamericana se hizo de manera regular,” lo que en su criterio “no dejan dudas” de tal aceptación (párr.21), refiriéndose además a los efectos de la doctrina del *estoppel*, indicando que la misma “es perfectamente aplicable en la especie, en razón de que al declarar contrario a la Constitución el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana se pretende ejercer una facultad que contradice el comportamiento asumido por el Estado dominicano durante 15 años”(párr.. 30). En el mismo sentido, la magistrada Katia Miguelina Jiménez Martínez, en su “Voto Disidente” a la sentencia, expresó además de destacar el principio de la no contradicción del acto propio (*venire contra factum proprium non valet*), y su coincidencia con la doctrina del *estoppel*, (párr. 4.4.2) expresó que “como lo establece el artículo 45 de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados, el Estado dominicano no puede alegar la nulidad de dicho acto jurídico unilateral no autónomo, luego de haber manifestado durante quince años, la validez del acto en cuestión,”(párr.. 4.1.14) sobre lo cual detalló exhaustivamente en su Voto Disidente.⁵⁸

Sobre esto mismo, en su Nota de Prensa del 5 de noviembre de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constató que

“durante los más de 15 años en que ha estado en vigencia la aceptación de la competencia de la Corte IDH, República Dominicana ha actuado en las medidas provisionales y casos contenciosos sometidos a la Corte IDH por violaciones a la Convención Americana que ocurrieron o continuaron ocurriendo con posterioridad al 25 de marzo de 1999.”

La Comisión también consideró que “tampoco existe base en el derecho internacional para entender que la sentencia del Tribunal Constitucional puede tener efectos en el futuro” pues “la Convención Americana no establece la posibilidad de que un Estado que continúa siendo parte del Tratado se desvincule de la competencia de la Corte Interamericana,” tal como ha sido interpretado por la propia Corte interamericana.

La Comisión Interamericana en el mencionado Comunicado de Prensa también se refirió al mencionado Pronunciamiento del Gobierno dominicano de 23 de octubre de 2014, rechazando la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014, en el caso de *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, expresando su profunda preocupación por ello, indicando que:

“El rechazo del Gobierno dominicano a la sentencia del 28 de agosto tuvo lugar en un contexto de falta de cumplimiento por parte de República Dominicana

⁵⁸ Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>

con varias decisiones del sistema interamericano, en especial en lo relativo a las violaciones a los derechos humanos que resultan de la situación de discriminación estructural contra las personas de ascendencia haitiana que viven en el país. El Estado dominicano expresa en el mismo pronunciamiento su compromiso con el Sistema Interamericano. Sin embargo, al desconocer sus obligaciones en materia de derechos humanos, voluntariamente contraídas a través de decisiones y acciones soberanas, el Estado dominicano contradice el compromiso expresado. Este tipo de acciones socava la protección que las personas sujetas a la jurisdicción del Estado dominicano tienen ante instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

En todo caso, desde el punto de vista jurídico, la respuesta del Tribunal Constitucional a la decisión de la Corte Interamericana de agosto de 2014, ha sido, como se ha dicho, pretender desligar al Estado dominicano de la jurisdicción de la misma, lo que no es posible sin la denuncia de la Convención Americana, para lo que no tiene competencia constitucional, todo lo cual lo que ha originado es más dudas sobre su implementación y efectos. Como lo ha observado Eduardo Jorge Prats:

“La única manera para desvincularse de la competencia de la Corte, es la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como un todo. Pero para ello, se requiere una reforma constitucional que efectivamente nos desvincule del sistema de protección interamericano de derechos humanos, pues la Constitución constitucionaliza la CADH en el artículo 74.3. Por lo tanto, la decisión de nuestros jueces constitucionales especializados no producirá ningún efecto sobre la competencia contenciosa de la Corte IDH. La Corte continuará conociendo los casos que se presenten contra República Dominicana. Así las cosas, si el Estado dominicano no cumple con las decisiones emitidas por la Corte IDH, ello acarrearía su responsabilidad internacional.”⁵⁹

Ahora bien, al dictar la sentencia declarando la inconstitucionalidad del acto ejecutivo de la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana, podría considerarse que al declarar su nulidad pleno derecho, ello técnicamente implicaría que siendo la adhesión nula, entonces el Estado supuestamente nunca habría aceptado la adhesión. Eso implicaría entonces que la sentencia tendría entonces efectos *ex tunc*, o retroactivos. Para ello, sin embargo, el Tribunal, conforme al artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales de 2011, tendría que haber reconocido y graduado “excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones de acuerdo a las exigencias del caso,” lo que no hizo. En consecuencia lo que se aplica respecto de los efectos temporales de la sentencia es que la misma tiene efectos hacia el futuro, es decir, “a partir de la publicación de la sentencia,” o como lo precisa el mismo artículo 48 de la Ley Orgánica, produce efectos inmediatos y para el porvenir,” lo que implica que la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* de 28 de agosto de 2014, sigue constituyendo una obligación internacional que el Estado de la República Dominicana está obligado a cumplir.

⁵⁹ Véase Eduardo Jorge Prats, “La vergüenza,” en Hoy digital, Santo Domingo, 6 de noviembre de 2014, en <http://hoy.com.do/la-verguenza-2/autor/eduardo-jorge-prats/>

En todo caso, sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana de noviembre de 2014, al pretender desligar al Estado de la jurisdicción de la Corte Interamericana, se une a la línea de las sentencias del Tribunal Superior Militar del Perú en 1999 y de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela de 2008 y 2011, de desconocer las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y propugnar la denuncia de la Convención, como un capítulo **más de la patología de la justicia constitucional en el continente.**

IV. ALGUNAS SECUELAS DEL DESPRECIO POR VENEZUELA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA INDEBIDA PRESIÓN EJERCIDA ANTE LA MISMA AL DENUNCIAR LA CONVENCIÓN

Sin embargo, hay que reconocer que los signos patológicos no sólo se perciben en la justicia constitucional, sino también en la justicia convencional administrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, por ejemplo, las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y del gobierno de Venezuela en desprecio de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo han tenido efectos y consecuencias catastróficas respecto del derecho de los venezolanos garantizado en el artículo 31 de la Constitución, según el cual el Estado está obligado a adoptar “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones” de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos; sino también sobre el sistema de justicia en el Sistema Interamericano, particularmente por la presión indebida ejercida por el gobierno sobre la Corte, particularmente al haber mencionado en la comunicación de denuncia de la Convención Americana de 2012 para justificarla, como consecuencia de una supuesta campaña contra Venezuela, no sólo casos ya decididos por la Corte, como los estudiados anteriormente, sino otros casos admitidos por la Comisión y sometidos a la Corte, que estaban pendientes de conclusión y decisión.

Lamentablemente la presión política ejercida quizás comenzó a surtir efectos, y quizás estamos comenzado a presenciar el inicio del fin del acceso a la justicia internacional; al menos es lo que cualquier estudioso de la materia.

Una manifestación de ello, sin duda, ha sido la reciente decisión de la Corte Interamericana, de uno de los casos citados por el Estado para justificar la denuncia de la Convención, con la cual, inexplicablemente, cambió de raíz la jurisprudencia de la Corte de hace un cuarto de siglo en materia de excepción del agotamiento de recursos internos, para proteger a un Estado que desprecia sus sentencias, y cercenarle el acceso a la justicia a un ciudadano que acudió a la Corte clamando por ella, ya que no la podía obtener en su país. ¿Habría sido esa la consecuencia de la presión ejercida por el Estado venezolano contra la Corte al denunciar la Convención Americana? La historia lo dirá.

En todo caso, ese caso decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, resuelto mediante sentencia No. 277 de

26 de mayo de 2014,⁶⁰ con motivo de las denuncias que formulé de violación masiva de mis derechos y garantías judiciales (mis derechos a la defensa, a ser oído, a la presunción de inocencia, a ser juzgado por un juez imparcial e independiente, al debido proceso judicial, a seguir un juicio en libertad, a la protección judicial) y de otros derechos (a la honra, a la libertad de expresión, incluso al ejercer su profesión de abogado, a la seguridad personal y a la circulación y a la igualdad y no discriminación) en el proceso penal desarrollado en mi contra en Venezuela, desde 2005, por el delito político de conspiración para cambiar violentamente la Constitución, por mi posición crítica al gobierno y haber dado una opinión jurídica como abogado en ejercicio de mi libertad de expresión, y con la única arma que he tenido siempre que es el verbo y la escritura.

Al admitir la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, y negarse a conocer y decidir mis denuncias, la Corte Interamericana violó mi derecho de acceso a la Justicia internacional, y protegiendo en cambio al Estado, renunció a las obligaciones convencionales que tenía de juzgar sobre la masiva violación de mis derechos y garantías judiciales.

Para ello, la Corte se excusó, sin razón jurídica alguna, en el argumento de que en este caso, antes de que yo pudiese pretender acudir ante la jurisdicción internacional para buscar la protección que nunca pude obtener en mi país, yo debía haber “agotado” los recursos internos en Venezuela, que por lo demás lo había hecho mediante *el ejercicio del único recurso disponible y oportuno que tuve al comenzar la etapa intermedia del proceso penal*, que fue el ejercicio de la solicitud de nulidad absoluta de lo actuado por violación de mis derechos y garantías constitucionales, o amparo penal; recurso que en los nueve años transcurridos nunca fue decidido por el juez de la causa, violando a la vez mi derecho a la protección judicial.

La Corte Interamericana, con su sentencia, primero, demostró una incompreensión extrema del sistema venezolano de protección constitucional mediante el amparo o tutela constitucional, desconociendo la solicitud de amparo penal que se había ejercido, llegando incluso a afirmar que si se formula un amparo o tutela con petición de nulidad absoluta, mediante un escrito extenso, en ese caso tenía 532 páginas, entonces según el criterio de los jueces que hicieron la mayoría, el amparo deja de ser una petición de amparo, porque en su miope criterio, por su “extensión” no podría resolverse perentoriamente.

Pero además, segundo, la Corte Interamericana incurrió en el gravísimo error de afirmar que en un proceso penal, supuestamente habría la referida “etapa temprana” (párrafos 95, 96, 97, 98) que como lo advirtieron los Jueces **Eduardo Ferrer Mac Gregor** y **Manuel Ventura Robles**, en su *Voto Conjunto Negativo* a la sentencia, es un “nuevo concepto acuñado en la Sentencia y en la jurisprudencia” (párrafo 46), que implica la absurda consecuencia de que si en la misma (como sería la etapa de investigación de un proceso penal) se han cometido violaciones a los derechos y garantías constitucionales, las mismas nunca podrían apreciarse ni juzgarse por el juez internacional, porque eventualmente podían ser corregidas en el curso del proceso interno (se entiende, por supuesto, en un sistema donde funcione el Estado de derecho), así esté viciado.

⁶⁰ Véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf

Ello equivale a dejar sentada la doctrina de que en esa “etapa temprana” del proceso penal se podrían violar impunemente las garantías judiciales, y las víctimas lo que tienen que hacer es esperar *sine die*, incluso privadas de libertad y en condiciones inhumanas, para que un sistema judicial sometido al Poder, deliberadamente lento, termine de demoler todos los derechos y garantías, para entonces, después de varios años de prisión sin juicio, las víctimas, quizás desde la ultratumba puedan pretender tener oportunidad de acudir al ámbito internacional buscando justicia.

Como lo advirtieron los Jueces **Ferrer Mac Gregor** y **Ventura Robles** en su *Voto Conjunto Negativo*, en “la Sentencia se consideró que en este caso en el cual todavía se encuentra pendiente la audiencia preliminar y una decisión al menos de primera instancia, *no era posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no habría certeza sobre cómo continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno*” (párrafo 25, e igualmente párrafos 35, 46, 50), considerando el *Voto Conjunto Negativo* que con ello, la Corte Interamericana:

“contradice la línea jurisprudencial del propio Tribunal Interamericano en sus más de veintiséis años de jurisdicción contenciosa, desde su primera resolución en la temática de agotamiento de los recursos internos como es el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*,⁶¹ *creando así un preocupante precedente contrario a su misma jurisprudencia y al derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano*” (párrafo 47).

Por ello, los Jueces **Ferrer Mac Gregor** y **Ventura Robles** en su *Voto Conjunto Negativo* insistieron en este grave error de la sentencia de la Corte de establecer esta “nueva teoría” de la “etapa temprana” de un proceso, que:

“representa un retroceso que afecta al sistema interamericano en su integralidad, en cuanto a los asuntos ante la Comisión Interamericana y casos pendientes por resolver por la Corte, toda vez que tiene *consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Aceptar que en las “etapas tempranas” del procedimiento no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) crea un precedente que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en la que se encuentre; más aún, cuando es el propio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso, dado que ni siquiera dio trámite a los recursos de nulidad de actuaciones —de 4 y 8 de noviembre de 2005— por violación a derechos fundamentales*” (párrafo 56).

Todo ello llevó a los Jueces disidentes en su *Voto Conjunto Negativo* a concluir que la utilización por la sentencia, como uno de sus argumentos centrales, de “*la artificiosa teoría,*” - así la califican -:

“de la “etapa temprana” del proceso, para no entrar al análisis de las presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por el Pacto de San José, constituye un *claro retroceso en la jurisprudencia histórica de esta Corte, pudiendo*

⁶¹ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

producir el precedente que se está creando consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia; derecho fundamental de gran trascendencia para el sistema interamericano en su integralidad, al constituir en si mismo una garantía de los demás derechos de la Convención Americana en detrimento del efecto útil de dicho instrumento” (párrafo 119).

Con esta sentencia, en realidad, la mayoría sentenciadora de la Corte Interamericana, y entre ellos, un Juez que paralelamente aspiraba a ser candidato a la Secretaria General de la OEA, para lo cual tenía que contar con los votos de los Estados que estaba juzgando, al pensar que el viciado proceso penal seguido en mi contra como instrumento de persecución política, signado por la persecución política, podía avanzar y salir de la “etapa temprana” en la que en criterio de la Corte se encontraba, y considerar que el Estado, con el Poder Judicial como está, podía sin embargo corregir los vicios denunciados; lo que ha resuelto en definitiva, es darle un aval a la situación y el funcionamiento del Poder Judicial en Venezuela, considerándolo apropiado para impartir justicia, precisamente todo lo contrario de lo denunciado. Ello, además, constituye un vicio de inmotivación que hace nula la sentencia.

Lástima, en todo caso, que los señores jueces que tomaron la decisión no leyeron sus propias sentencias anteriores donde la Corte analizó la situación del Poder Judicial en Venezuela, y además, aparte de las toneladas de informes y documentos que muestran la situación catastrófica del poder judicial en Venezuela, sin embargo no leyeron o no se enteraron del más reciente informe sobre la problemática estructural del Poder Judicial en Venezuela elaborado por la *Comisión Internacional de Juristas*, titulado *Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela*, publicado en Ginebra en marzo de 2014, es decir, sólo dos meses antes de dictar sentencia, en cuya Presentación, su Secretario General, Wilder Tayler, explica que:

“Este informe da cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela, comenzando con el Ministerio Público cuya función constitucional además de proteger los derechos es dirigir la investigación penal y ejercer la acción penal. El incumplimiento con la propia normativa interna ha configurado un Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos, con el agravante de que los fiscales en casi su totalidad son de libre nombramiento y remoción, y por tanto vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores.

En el mismo sentido, el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio TSJ, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista. [...]”

Luego de referirse a que “el informe da cuenta además de las restricciones del Estado a la profesión legal,” el Sr. Tayler concluyó su Presentación del Informe afirmando tajantemente que:

“Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobablemente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, un país con una de las más altas tasas de homicidio en Latinoamérica y de familiares sin justicia, esta cifra es cercana al 98% en los casos de violaciones a los

derechos humanos. Al mismo tiempo, el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.”⁶²

Ese Poder Judicial, es el que la Corte Interamericana no se atrevió a juzgar, avalándolo sin embargo, pero sin motivación, al pensar que podría corregir violaciones masivas cometidas en un proceso penal cuyo objeto es una persecución política.

Si el Estado venezolano despreció la justicia internacional el negarse a ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana, minando su majestad decisora; con sentencias como estas dictada en el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, protegiendo a un Estado despreciador de sus sentencias, ha sido la misma Corte la que está contribuyendo a minar la confianza que puedan tener en ella los ciudadanos cuando buscan la justicia que no encuentran en sus países. Y si no hay justicia, queridos amigos, y ello es válido para todas las jurisdicciones, como lo escribió Quevedo hace siglos: **“Si no hay justicia, Qué difícil es tener razón !!”**

Y no puede haber justicia internacional confiable cuando un juez de la Corte Interamericana, Diego García Sayán, quien presidió la Corte cuando se realizó la audiencia del caso en septiembre de 2013, y cuando se adoptó la sentencia, ya aspiraba a ser candidato a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, candidatura que se concretó en agosto de 2014, oportunidad en la cual obtuvo un insólito permiso del Presidente de la Corte, Juez Serra Porto para sin dejar de ser Juez, dedicarse de lleno a buscar y completar los votos de los Estados que necesitaba en apoyo de dicha candidatura; Estados que estaban siendo juzgados por la propia Corte.

Por ello, en una “Constancia de Disentimiento” publicada el 21 de agosto de 2014, por los Jueces Eduardo Vio Grossi y Manuel Ventura Robles, los mismos solicitaron que por “la trascendencia del asunto para el desarrollo de la propia Corte,” que quedase registrada en los archivos de la misma “su disconformidad” tanto con la solicitud presentada por el Juez García Sayán, en orden a que, mientras fuese candidato a la Secretaría General de la OEA, se le excusase “de participar en la deliberación e las sentencias u otras decisiones relativas a casos contenciosos, supervisión de cumplimiento de sentencias o medidas provisionales sobre las que la Corte tenga que pronunciarse;” como con lo resuelto unilateralmente por el Presidente de la Corte, aceptando la mencionada excusa luego de afirmar que el asunto no correspondía haber sido sometido al Pleno de la Corte, pues esto supuestamente sólo procedía si el Juez Sierra Porto no hubiese aceptado la “excusa” presentada.

Era evidente que el Juez García Sayán no podía pretender seguir ejerciendo su cargo como Juez de la Corte Interamericana y además, simultáneamente, con una “excusa,” realizar la gestión política de compromisos internacionales buscando apoyos y votos de los Estados, que son los sujetos a ser juzgados por la propia Corte, para lo cual fue autorizado unilateralmente por el Presidente de la Corte, Juez Sierra Porto. Al

⁶² Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

contrario, lo que debió hacer era renunciar a su cargo para dedicarse de lleno a la actividad política que demanda su postulación como candidato a la Secretaría General de la OEA, como bien lo indicaron los Jueces Vio Grossi y Ventura Robles, en su “Constancia de Disentimiento,” conforme a lo que está previsto en el artículo 21.1 del Estatuto del Corte, lo cual sin embargo no hizo. Por ello, la propia conclusión de los jueces Ventura Robles y Vio Grossi:

“es a todas luces evidente que la “actividad’ consistente en la candidatura a la Secretaría General de la OEA, no solo puede en la práctica impedir el ejercicio del cargo de juez de la Corte, sino que también puede afectar la “independencia, “imparcialidad”, “dignidad” o “prestigio” con que necesariamente debe ser percibido dicho ejercicio por quienes comparecen ante la Corte demandando Justicia en materia de derechos humanos.”

Por esa situación, que atentaba contra la credibilidad de la Corte, y además por la presión que Venezuela ejerció ante la propia Corte, era evidente que era difícil poder esperar justicia, siendo ello un signo evidente de patología de la justicia convencional, que se suma a la patología de la justicia constitucional que se observa en el derecho interno de muchos de nuestros países, y que estamos en la obligación de advertir, precisamente para evitar que se propaguen.

Xalapa, 7 de noviembre de 2014.

XXIII

LA TRAICIÓN A LA CONSTITUCIÓN: EL DESMONTAJE DEL ESTADO DE DERECHO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Texto de la conferencia dictada en el acto de presentación del libro: *La doctrina constitucional y administrativa del Estado social y democrático de derecho, Liber Amicorum Allan Brewer-Carías* (Coordinadores: Eduardo Jorge Prats y Olivo Rodríguez Huertas), Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Santo Domingo 2016, en la *I Jornada Jurídica Post Grado PUCMM, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra*, Santo Domingo, 13 de junio de 2016.

Durante tres lustros, a la vista de todo el mundo democrático, en Venezuela se ha venido produciendo un verdadero proceso de colapso en sus instituciones democráticas, como consecuencia de la traición a la Constitución; perfidia, que fue cometida por el grupo militarista que asaltó el poder en 1999, y que utilizando los instrumentos de la democracia ha venido destruyéndola y desmontando progresivamente el Estado de derecho.

Esa situación, nosotros, como hombres del mundo del derecho, no podemos ni debemos soslayarla; no lo hicimos antes y hoy no podemos hacerlo, y, al contrario, estamos obligados a enfrentarla, particularmente cuando tenemos la oportunidad de reunirnos en *Jornadas Jurídicas Internacionales* como esta, ante la cual tengo esta tarde el honor de poder hablar, organizadas por la unidad de postgrado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, a quienes debemos agradecer su organización. Hoy aparece en la prensa la información de que en la Reunión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que se inicia hoy en esta ciudad de Santo Domingo no se tratará el tema de la situación de la democracia en Venezuela. En su defecto, nosotros si lo vamos a tratar.

Para ello, quiero comenzar ratificando una precisión temporal y es que la catastrófica situación política, económica y social que atraviesa Venezuela, que solo en los

últimos meses es que ha despertado la atención mundial por la crisis humanitaria que se ha producido, y por el descarado desmontaje de la Asamblea Nacional y con ello de la voluntad popular, que se ha ejecutado por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sujeta a control, por parte del Poder Ejecutivo, no se ha producido de la noche a la mañana. Todo ha sido el producto de un largo proceso de desconocimiento y traición a la Constitución que comenzó a producirse en el mismo momento en el cual se la aprobó en 1999. Como consecuencia de ello, todo su contenido resultó una gran mentira, habiéndose violado su texto por los gobernantes, tantas veces como cuantas ustedes los han visto en los medios de comunicación blandiéndola en actos públicos, pero no para aplicarla, sino para tratar de disimular la traición a la misma.

Una Constitución, conforme a los principios del constitucionalismo moderno, para ser tal, tiene ante todo que ser un pacto de una sociedad formulada por el pueblo como una ley fundamental que tiene que ser acatada por todos, por los ciudadanos y los gobernantes.¹ Por ello, los mismos textos constitucionales hablan de sí mismos como “norma suprema”;² declaración de la cual, al menos derivan cuatro derechos fundamentales de los ciudadanos: *primero*, el derecho a la Constitución y a su supremacía,³ es decir, el derecho que todos tenemos a que la misma se imponga sobre gobernantes y gobernados, que no pierda vigencia, y ni sea violada; *segundo*, el derecho de los ciudadanos a que lo prometido en la Constitución sea cumplido y ejecutado por los gobernantes electos, en particular, en lo que concierne a la separación de poderes y a la distribución del poder; *tercero*, el derecho a la rigidez de la Constitución, de manera que la misma solo sea modificada o reformada mediante los procedimientos previstos en su propio texto; y *cuarto*, el derecho que todos los ciudadanos tienen de poder controlar la constitucionalidad de todos los actos del Estado que sean contrarios a las promesas constitucionales.⁴

En Venezuela, conforme a esos principios, en 1999 y como consecuencia de un proceso constituyente que llevó a cabo una Asamblea Nacional Constituyente mal conformada y peor estructurada,⁵ —quizás el origen remoto de todo el colapso posterior— se

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Colección Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.

² Como se expresa en el artículo 7 de la Constitución de Venezuela de 1999. Me correspondió proponer en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 la consagración expresa del principio de supremacía en los artículos 7 y 334. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo II, (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 24.

³ Al tema me he referido en diversos trabajos, y entre ellos, en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, pp. 74 ss.; y “Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia”, en VNIVERSITAS, *Revista de Ciencias Jurídicas (Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento)*, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, N° 119, Bogotá 2009, pp. 93-111

⁴ Como lo visualizó Alexander Hamilton en *El Federalista* (1788) en los inicios del constitucionalismo moderno: “Una Constitución es, de hecho, y así debe ser vista por los jueces, como ley fundamental, por tanto, corresponde a ellos establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo Si se produce una situación irreconocible entre los dos, por supuesto, aquel que tiene una superior validez es el que debe prevalecer; en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus agentes,” en *The Federalist* (ed. por B.F. Wrigth), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002.

sancionó una Constitución con la promesa de conformar un “Estado Democrático y Social de derecho y de Justicia, con forma Federal y descentralizada,⁶ sobre la base de tres pilares político-constitucionales, ninguno de los cuales se ha estructurado realmente, pues todos han sido traicionados: *primero*, un sistema de control del poder mediante su separación horizontal y su distribución vertical; *segundo*, un sistema político de gobierno democrático, de democracia representativa y participativa, que debería asegurar la legitimidad democrática de la elección de los titulares de los órganos del Poder Público; y *tercero*, un sistema económico de economía mixta conforme a principios de justicia social, basado en el principio de la libertad como opuesto al de economía dirigida,⁷ con la participación de la iniciativa privada y del propio Estado como promotor del desarrollo económico y regulador de la actividad económica.

Yo mismo contribuí a la redacción de aquella Constitución como miembro independiente que fui de la Asamblea, –formando junto con otros tres constituyentes la exigua minoría opositora de cuatro constituyentes en una Asamblea de 161 miembros, totalmente dominada por los seguidores del entonces Presidente Hugo Chávez–; y sé que transcurridos ya más de tres lustros desde que se sancionó, nada de lo que se prometió en su texto se ha cumplido, ninguno de los derechos básicos respecto de la Constitución se ha respetado, pudiendo considerársela hoy en día como la muestra más vívida en el constitucionalismo contemporáneo, de una Constitución que ha sido violada y vulnerada desde antes incluso de que fuera publicada.

La Constitución en efecto, se aprobó mediante referendo el 20 de diciembre de 1999, pero no pasó una semana cuando ya comenzó a ser violada, antes incluso de su publicación, al decretarse por la propia Asamblea Constituyente que ya había concluido sus funciones, un supuesto “Régimen Transitorio” no aprobado por el pueblo que en muchos aspectos duró varios lustros, violando de entrada lo que se había prometido, para que no se pudiera cumplir, en lo que entonces calificué como un golpe de Estado.⁸

Ese fue el origen de un régimen constitucional que en definitiva fue establecido para no ser cumplido, que como antes dije, fue una gran mentira desde su inicio, en particular

⁶ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004.

⁷ Véase sobre la Constitución Económica, lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2004 pp. 53 ss.; y en “Reflexiones sobre la Constitución Económica” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 3.839 a 3.853. Véase, además, Henrique Meier, “La Constitución económica”, en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 1, N° 1. Caracas, 2001, pp. 9-74; Dagmar Alborno, “Constitución económica, régimen tributario y tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 7-20; Ana C. Núñez Machado, “Los principios económicos de la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6 (enero-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 129-140; Claudia Briceño Aranguren y Ana C. Núñez Machado, “Aspectos económicos de la nueva Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Editores, Caracas, 2000, pp. 177 y ss.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad nacional Autónoma de México, México 2002. A ello se sumaron diversas “modificaciones” o “reformas” al texto introducidas con ocasión de “correcciones de estilo” para su publicación lo que ocurrió el 30 de diciembre de 1999. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999 relativa al sistema de justicia constitucional”, en la *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Enero-Junio 2000, Caracas 2000, pp. 47-59.

por lo que se refiere al establecimiento de un régimen político democrático representativo y participativo, que no ocurrió; al establecimiento de un Estado democrático de derecho y de justicia, lo cual no sucedió; a la consolidación de un Estado federal descentralizado, que al contrario fue una forma estatal que se abandonó; y al establecimiento de un Estado social, que no pasó de ser una vana ilusión propagandista, habiendo solo adquirido la deformada faz de un Estado populista, para en definitiva empobrecer y hacer dependiente de una burocracia gigante e ineficiente a las personas de menos recursos, que hoy ya son casi todos los habitantes del país, que sufren las mismas carestías.

Estando hoy entre juristas, me referiré particularmente a la falta de implementación y más bien, a la traición a la Constitución respecto de los tres primeros aspectos mencionados.

I. LA TRAICIÓN CONSTITUCIONAL EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN POLÍTICO DEMOCRÁTICO, ALTERNATIVO Y PARTICIPATIVO: UNA GRAN MENTIRA

Lo primero que se incumplió desde el inicio de la vigencia de la Constitución venezolana de 1999, fue la idea fundamental misma que la informa, de la configuración del Estado como un Estado democrático, con un gobierno que además de representativo y alternativo, debía a ser participativo (art. 6).

A tal efecto, en Venezuela se estableció un sistema de división del Poder Público que se configuró en la Constitución no solo entre los tres Poderes públicos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sino entre cinco poderes, agregándose a los anteriores, el Poder Electoral, con la autoridad electoral, y un Poder Ciudadano, con los órganos constitucionales de control; con la característica fundamental de que los titulares de todos ellos deben ser electos en forma popular sea en forma directa o indirecta conforme a los principios de la democracia representativa.

En tal sentido, si bien la elección directa de los órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo por sufragio universal directo y secreto, se ha realizado en el país durante los últimos años, aún con altibajos, por el progresivo control del Poder Electoral por el Poder Ejecutivo; en cambio, en materia de elección popular indirecta de los titulares de los Poderes Judicial, Ciudadano y Electoral, que debía realizarse por la Asamblea Nacional como Cuerpo elector de segundo grado, esa “elección” se ha realizado en violación sistemática de la Constitución, sin la mayoría calificada exigida para el voto de los diputados, y sin asegurarse la participación ciudadana en la postulación de los nominados;⁹ es decir, en violación de los principios de la democracia representativa y de la democracia participativa.

⁹ Véase los comentarios sobre la inconstitucional práctica legislativa reguladora de los Comités de Postulaciones integradas, cada uno, con una mayoría de diputados, convirtiéndolas en simples “comisiones parlamentarias ampliadas, en Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas, en la Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Año 5, N° 5-205, San José, Costa Rica, 2005, pp. 76-95.

El texto constitucional en este campo se violó desde el inicio, y con ello, se sembró el virus que afectó la separación de poderes, al incluirse en el antes mencionado “régimen transitorio” para-constitucional de 1999, un procedimiento conforme al cual se comenzó a designar a esos altos funcionarios apartándose de lo exigido en la Constitución, cuyas normas en la materia siguieron violándose sucesivamente mediante leyes dictadas en 2000,¹⁰ en 2001 y 2004, respecto del Poder Ciudadano y Electoral¹¹ y a partir de 2004, e incluso en 2015, respecto del Tribunal Supremo de Justicia.¹²

Esta deformación legislativa inconstitucional que el Tribunal Supremo se negó a controlar, incluso condujo a la también inconstitucional designación desde 2004, de los titulares del Consejo Nacional Electoral, no por la Asamblea Nacional como lo prometió la Constitución, sino por el propio Tribunal Supremo una vez bajo control del Poder Ejecutivo, lo que ocurrió de nuevo más recientemente en diciembre de 2014.¹³ A ello se suman las más recientes designaciones realizadas en diciembre de 2015¹⁴ con respecto de los Magistrados del Tribunal Supremo por parte de la anterior Asamblea Nacional pero sin la mayoría calificada exigida, que es la garantía de su representatividad, y sin asegurarse la participación de los diversos sectores de la sociedad como lo exige la Constitución.¹⁵

Por ello, además de traicionarse la promesa de asegurar la representatividad democrática en el país, se violó también la exigencia constitucional de asegurar la participación ciudadana, lo que se ha ratificado con la violación de la obligación impuesta a los órganos del Estado de someter a consulta popular, los proyectos de ley (art. 211).

La Asamblea Nacional, en efecto, hasta 2015 no hizo consulta popular efectiva alguna sobre los proyectos de ley dictados en los últimos lustros,¹⁶ y en todo caso, la

¹⁰ Ley Especial para la designación de los Titulares de los Poderes Públicos. Gaceta Oficial N° 37.077 de 14 de noviembre de 2000. La impugnación por inconstitucional de dicha Ley en 2000, hay que recordarlo, le costó el cargo a la primera Defensora del Pueblo que había electo la Asamblea Constituyente en 1999.

¹¹ Ley Orgánica del Poder Ciudadano, Gaceta Oficial N° 37.310 de 25 de octubre de 2001; y Ley Orgánica del Poder Electoral, Gaceta Oficial N° 37.573 de 19 de noviembre de 2002.

¹² Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial N° 37.942 del 19 de mayo de 2004.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014 en Venezuela con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público,” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 52, Madrid 2015, pp. 18-33; José Ignacio Hernández, “La designación del Poder Ciudadano: fraude a la Constitución en 6 actos;” en *Prodavinci*, 22 de diciembre, 2014, en <http://prodavinci.com/blogs/la-designacion-del-poder-ciudadano-fraude-a-la-constitucion-en-6-actos-por-jose-i-herandez/>;

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público,” en *Revista de Derecho Público*, N° 140 (Cuarto Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 495-518.

¹⁵ Como se dijo, los mecanismos de participación ciudadana directamente previstos en la Constitución le fueron arrebatados al pueblo, al distorsionarse en la legislación la integración de los Comités de Postulaciones Judiciales, Electorales y del Poder Ciudadano, que quedaron bajo el control político de la mayoría oficialista de la Asamblea Nacional sin que el ciudadano y sus organizaciones pueda participar Véase Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

¹⁶ Véase por ejemplo, “Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados” en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 17, Caracas 2002, pp. 63-103; y “El derecho ciudadano a la participación popular y la inconstitucionalidad generalizada de los decretos leyes 2010-2012, por su carácter inconstitucional,” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, (abril-junio 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 85-88.

posibilidad de participación popular se disipó totalmente en virtud de que en ese período la Asamblea simplemente dejó de legislar y delegó en el Poder Ejecutivo la legislación básica del país, al punto de que más del 90% de las leyes vigentes en Venezuela un régimen que se ha proclamado como democrático, han sido dictadas mediante decretos leyes que, por supuesto, nunca fueron consultados al pueblo. Y lo peor de ello, es que fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, es decir, de nuevo un Juez Constitucional completamente bajo control del Poder Ejecutivo, el que en 2014 coonestó, en fraude a la Constitución,¹⁷ el incumplimiento de la promesa constitucional de participación popular, estableciendo que solo existía cuando la Asamblea legislara, pero no cuando el Ejecutivo lo hiciera.¹⁸

Tal ha sido el descaro de violación de la Constitución en esta materia, que en solo dos días de diciembre de 2015, entre el 28 y 29, y en plenas fiestas navideñas y de fin de año, la Asamblea que terminaba su período, al unísono con el Presidente de la República, con el objeto de privar de poderes a la nueva Asamblea que tomaba posesión el 5 de enero de 2016, dictaron más de 60 leyes —en sólo dos días— cuyo contenido y propósito solo fue conocido cuando salieron publicadas en la *Gaceta Oficial*.¹⁹

En esta forma, las dos promesas constitucionales principales de democracia participativa que fueron directamente establecidas en la Constitución, la participación ciudadana para el proceso de nominación de los altos funcionarios de los Poderes Públicos, y la consulta popular de las leyes, fueron olvidadas y la Constitución violada, desde el propio inicio de su vigencia.

Y a ello se suma la resistencia del régimen a aceptar que el pueblo active los mecanismos de democracia directa que se previeron en la Constitución, en especial, la figura del referendo revocatorio del mandato presidencial, que si bien es poco común en el constitucionalismo comparado, fue insertado en la Constitución como respuesta

¹⁷ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 74 de 25-01-2006 señaló que un fraude a la Constitución ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas “mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales”, o cuando se utiliza “el procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado”; y que un falseamiento de la Constitución ocurre cuando se otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma”, concluyendo con la afirmación de que “Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional”. Véase en Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, N° 105, Caracas 2006, pp. 76 ss. Véase Néstor Pedro Sagües, La interpretación judicial de la Constitución, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

¹⁸ Véase sentencia N° 203 de 25 de marzo de 2014. Caso Síndica Procuradora Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda, impugnación del Decreto Ley de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162349-203-25314-2014-09-0456.HTML>. La Ley impugnada fue publicada en Gaceta Oficial N° 5.890 Extra. de 31 de julio de 2008. Véase Allan. Brewer-Carías, “El fin de la llamada “democracia participativa y protagónica” dispuesto por la Sala Constitucional en fraude a la Constitución, al justificar la emisión de legislación inconsulta en violación al derecho a la participación política,” en Revista de Derecho Público, N° 137 (Primer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 157-164.

¹⁹ Además finalmente, basta solo constatar que durante las sesiones extraordinarias celebradas entre el 23 y el 30 de diciembre de 2015, en plena fiestas navideñas, la Asamblea “discutió” y sancionó 20 leyes, sin que se hubiese hecho consulta popular alguna. Véase por ejemplo Gaceta Oficial N° **40.819 de diciembre de 2015**.

a la extensión de hasta seis años del período del Presidente de la República, pudiendo convocarse por iniciativa popular una vez cumplido a la mitad del mismo. Pero todo ello no ha sido más que otra mentira.

El referendo revocatorio ya se experimentó en 2004, con su convocatoria para revocar el mandato del Presidente Chávez, que el Poder Electoral entrabó hasta la saciedad mediante el cuestionamiento de las más de tres millones y medio de firmas que en dos oportunidades lo peticionaron,²⁰ de manera que para cuando se pudo realizar finalmente, a pesar de que el mandato del Presidente fue revocado constitucionalmente (votaron más electores por revocarlo que los que votaron por elegirlo), el Consejo Nacional Electoral, ya controlado por el Poder Ejecutivo, en combinación de nuevo con un Juez Constitucional dócil, convirtieron el referendo revocatorio en un inexistente referendo “ratificatorio;” pasando luego, el gobierno, a desarrollar el proceso de discriminación política más masivo que se ha producido en toda la historia de América Latina, al publicar la lista (“lista Tascón”) de los peticionarios (no de los votantes, solo de los que ejercieron el derecho constitucional de petición) –más de tres millones– quienes quedaron excluidos de toda posibilidad de entrar en contacto con la Administración del Estado, hasta incluso para poder sacar el documento de identidad.

Igual situación está ocurriendo en estos momentos: luego de que hace unas escasas semanas se presentó una petición popular para iniciar ahora el proceso de convocatoria del referendo revocatorio de quien ejerce la Presidencia Nicolás Maduro, respaldada por más de dos millones de firmas. Ya, por órdenes de quién se resiste a aceptar que carece de respaldo popular, el Consejo Nacional Electoral ha iniciado el proceso de entrabamiento de la manifestación legítima de la voluntad popular, y para comprender la magnitud del mismo en un país donde se repite la mentira de que tiene un régimen político “participativo y protagónico,” basta recordar lo que viene de expresar sobre esto el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro, en su comunicación al Consejo Permanente de la Organización, el 30 de mayo de 2016, sobre la situación de Venezuela a la luz de la Carta Democrática Interamericana:

“Las soluciones pacíficas a la hora de la verdad las da el pueblo en las urnas.

El hecho de llamar a un revocatorio conforme a la Constitución no es ser golpista; ser golpista es anular esa posibilidad constitucional de que el pueblo se exprese. O diferirla. O ponerle obstáculos. O proponer fórmulas insanas políticamente como la formulada por el diputado Diosdado Cabello: que se haga el revocatorio en marzo de 2017, Maduro lo pierde. Se nombra Presidente al Vicepresidente y a Maduro vicepresidente, el nuevo Presidente renuncia y queda Maduro de Presidente.

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *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; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

Esa declaración constituye un absurdo mecanismo de violencia que se puede perpetrar sobre la voluntad popular.”²¹

A lo que hay que agregar que constituiría un burdo fraude a la Constitución.

Por último, otra promesa constitucional incumplida respecto del gobierno democrático, aparte de las violaciones a los principios de representatividad y participación antes referidas, ha sido el abandono al principio pétreo y más que bicentenario de la alternabilidad republicana, establecido para impedir la reelección sucesiva e ilimitada de los gobernantes. Para apartarse de lo prometido en la Constitución, Hugo Chávez propuso una reforma constitucional en 2007 para establecer la posibilidad de reelección indefinida, lo cual sin embargo fue rechazado por el pueblo mediante referendo en diciembre de ese año. En fraude a la voluntad popular, dos años después, Chávez logró la aprobación de una Enmienda Constitucional, y desde entonces Venezuela está inmersa en la misma corriente continuista en la cual andan Ecuador y Bolivia, precisamente en contradicción con lo que sostuvo quien supuestamente (aun cuando erradamente, pues es otra mentira) sería el mentor del régimen autoritario “bolivariano,” Simón Bolívar. Sobre esto, en 1819, en realidad Bolívar sostuvo que:

“las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo.”²²

Y lo más grave en este cambio de un principio que se expresó como promesa pétrea en la Constitución de 1999, al decir que el gobierno “es y será siempre alternativo,” (art. 6), fue que de nuevo correspondió al Juez Constitucional sometido, proceder muy diligentemente a “mutar” ilegítimamente la Constitución,²³ confundiendo deliberada y maliciosamente “gobierno alternativo” con “gobierno electivo,”²⁴ con lo cual se abrió el camino para la Enmienda Constitucional antes mencionada.

O sea, lo prometido en la Constitución no fue más que otra mentira, ha sido a base de mentiras que el régimen se apoderó de todas las instituciones del Estado,²⁵ y destruyó el principio de la separación de poderes.

²¹ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 88. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

²² Véase en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982.

²³ Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aun cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, “Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, “Límites a la mutación constitucional”, en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

²⁴ Véase sentencia de N° 53 de 3 de febrero de 2009. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, N° 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado, Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2015.

II. LA TRAICIÓN CONSTITUCIONAL EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DE JUSTICIA: LA DESTRUCCIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Y en efecto, el segundo de los principios constitucionales fundamentales traicionados que conforman la Constitución de 1999 ha sido el de la configuración del Estado democrático de derecho y de justicia como lo define la Constitución, que debía estar montado sobre la base de un sistema de separación de poderes y de control recíproco entre los mismos, todo lo cual no fue más que una máscara para el establecimiento, en su lugar, de un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder, donde por supuesto ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia que se definen en la Carta Democrática Interamericana se ha asegurado.²⁶

Para que exista un Estado democrático, por sobre todo, y hay que recordarlo una y otra vez, el mismo tiene que estar montado sobre el principio de siempre de la separación e independencia de los poderes público, que asegure que el ejercicio del poder esté sometido a control, particularmente a cargo de una Justicia autónoma e independiente. Solo así se puede llegar a hablar de un “Estado de justicia” como el que prometió la Constitución; y de un sistema de equilibrio entre los poderes y prerrogativas de la Administración del Estado y los derechos de los ciudadanos, que está a la base del derecho administrativo mismo.²⁷

Es decir, sin separación de poderes y sin un sistema de control del poder, simplemente no pueden realizarse verdaderas elecciones libres, justas y confiables; no puede haber pluralismo político, ni acceso al poder conforme a la Constitución; no puede haber efectiva participación en la gestión de los asuntos públicos, ni transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, ni rendición de cuentas por parte de los gobernantes; en fin, no puede haber sumisión efectiva del gobierno a la Constitución y las leyes, así como subordinación de los militares al gobierno civil; no puede haber efectivo acceso a la justicia; y real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y los derechos sociales.²⁸

Nada de ello se ha podido lograr en Venezuela, a pesar de todas las promesas de la Constitución, al haberse concentrado en las manos del Poder Ejecutivo el control sobre los otros Poderes Públicos, particularmente sobre el Tribunal Supremo de Justicia y su

²⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

²⁷ Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, “División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material” en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo” al libro de Gustavo Tarre Briceño, Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 13-49.

Sala Constitucional, y del órgano electoral, al punto de que a pesar de que en diciembre de 2015 se eligió una nueva Asamblea Nacional mayoritariamente controlada en forma incluso calificada por la oposición al gobierno autoritario, la misma ha sido progresivamente privada en los últimos cinco meses de sus competencias más elementales precisa e insólitamente por el Juez Constitucional.

El Tribunal Supremo en efecto, ha despojado a la Asamblea de sus potestades de legislación, imponiendo hasta una inconstitucional autorización previa por parte del Ejecutivo para poder poner en vigencia las leyes;²⁹ le ha anulado sus potestades de control político y administrativo, imponiendo el visto bueno previo del mismo Vicepresidente Ejecutivo para poder interpelar a los Ministros, con preguntas solo formuladas por escrito,³⁰ incluso barriendo las potestades de la Asamblea para aprobar votos de censura a los Ministros o para improbar los estados de excepción que se decreten.³¹ Es decir, el Poder Legislativo representado por la Asamblea Nacional ha sido totalmente neutralizado, al punto de que todas, absolutamente todas las leyes que ha sancionado desde enero de 2016 hasta ahora, han sido declaradas inconstitucionales,³² y lo más insólito, porque han estado motivadas políticamente. ¿Y qué otra motivación podría tener las leyes que emanan de un Parlamento si no es la política? Pues bien, ello ha sido considerado por el Juez Constitucional como una “desviación de poder,” por ser diferente a la política gubernamental, llegando hasta declarar inconstitucional una ley de amnistía.³³

Es decir, de los cinco poderes públicos que debían estar separados, si bien el único con autonomía frente al Poder Ejecutivo desde hace cinco meses es la Asamblea Nacional,

²⁹ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El fin del Poder Legislativo: La regulación por el Juez Constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo, 3 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20EL%20FIN%20DEL%20PODER%20LEGISLATIVO.%20SC.%20mayo%202016.pdf>

³⁰ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “la inconstitucional “restricción” impuesta por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional para aprobar votos de censura contra los ministros.” 8 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/BREWER.%20INCONSTITUCIONAL%20RESTRICCI%C3%93N%20CENSURA%20ASAMBLEA%20A%20MINISTROS%208.5.2016.pdf>.

³¹ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia N° 9 de 1-3-2016, disponible en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016\).pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016).pdf); y “Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,” 19 de mayo de 2016 >><http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Golpe%20final%20a%20la%20democracia.%20%20Edo%20excepci%C3%B3n%202019%20mayo%202016.pdf>.

³² Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La aniquilación definitiva de la potestad de legislar de la Asamblea Nacional: el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,” 16 de mayo de 2016, disponible en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Aniquilaci%C3%B3n%20Asamblea%20Nacional.%20Inconstituc.%20Ley%20TSJ%2015-5-2016.pdf>.

³³ Véase el estudio de la totalidad de las sentencias dictadas hasta comienzos de junio de 2016 en Allan R. Brewer-Carías, El Juez Constitucional y la perversión del Estado de derecho. La “dictadura judicial” y la destrucción de la democracia en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 5 de junio 2016.

por el golpe de Estado que el Poder Ejecutivo le ha dado en colusión con el Poder Judicial, hoy está materialmente paralizado; y en cambio, los otros Poderes Públicos, cuyos titulares fueron designados por la antigua Asamblea Nacional que terminó en enero de 2016 sin cumplir con la Constitución, quedaron todos como dependientes del Ejecutivo habiendo abandonado sus poderes de control.

Así durante 17 años, por ejemplo, la Contraloría General de la República en Venezuela dejó de ejercer control fiscal alguno de la Administración Pública, razón por la cual, entre otros factores el país está ubicado en el primer lugar del índice de corrupción en el mundo, según las cifras difundidas por Transparencia Internacional.³⁴ El Defensor del Pueblo, desde cuando la primera persona designada para ocupar el cargo en 2000 fue removida del mismo por haber intentado un recurso judicial contra la Ley que violaba el derecho colectivo a la participación ciudadana para la nominación de los altos titulares de los Poderes Públicos,³⁵ dicho órgano abandonó toda idea de defensa de derechos humanos, convirtiéndose en el órgano oficial para avalar la violación de los mismos por parte de las autoridades del Estado.³⁶ El Ministerio Público que ejerce la Fiscalía General de la República, en lugar de haber sido la parte de buena fe necesaria del proceso penal, ha asumido el rol de ser el principal instrumento para asegurar la impunidad en el país, y la persecución política.³⁷ Además está el Poder Electoral, a cargo del Consejo Nacional Electoral, que ha terminado de ser una especie de agente electoral del gobierno, integrado por militantes del partido oficial, o como lo denunció el Secretario General de la OEA en la comunicación antes mencionada por “activistas político partidistas [que] ocuparon cargos dentro del gobierno nacional,”³⁸ todo en violación abierta de la Constitución, habiendo dejado de ser el árbitro

³⁴ Véase el Informe de la ONG alemana, Transparencia Internacional de 2013, en el reportaje: “Aseguran que Venezuela es el país más corrupto de Latinoamérica,” en *El Universal*, Caracas 3 de diciembre de 2013, en <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/131203/aseguran-que-venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-de-latinoamerica>. Igualmente véase el reportaje en BBC Mundo, “Transparencia Internacional: Venezuela y Haití, los que se ven más corruptos de A. Latina,” 3 de diciembre de 2013, en http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/12/131203_ult_not_transparencia_corrupcion_ip.shtml. Véase al respecto, Román José Duque Corredor, “Corrupción y democracia en América Latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela,” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, 2014.

³⁵ Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

³⁶ Por ejemplo, ante la crisis de la salud denunciada por la Academia Nacional de Medicina en agosto de 2014, reclamando la declaratoria de emergencia del sector, la respuesta de la Defensora del Pueblo fue simplemente que en Venezuela no había tal crisis. Véase el reportaje: “Defensora del Pueblo Gabriela Ramírez afirma que en Venezuela no existe ninguna crisis en el sector salud,” en *Noticias Venezuela*, 20 agosto de 2014, en <http://noticiasvenezuela.info/2014/08/defensora-del-pueblo-gabriela-ramirez-afirma-que-en-venezuela-no-existe-ninguna-crisis-en-el-sector-salud/>; y el reportaje: “Gabriela Ramírez, Defensora del Pueblo: Es desproporcionada petición de emergencia humanitaria en el sector salud,” en *El Universal*, Caracas 20 de agosto de 2014, en <http://m.eluniversal.com/nacional-y-politica/140820/es-desproporcionada-peticion-de-emergencia-humanitaria-en-el-sector-sa>. Por ello, con razón, el Editorial del diario *El Nacional* del 22 de agosto de 2014, se tituló: “A quien defiende la defensora?” Véase en http://www.el-nacional.com/opinion/editorial/defiende-defensora_19_46874-3123.html.

³⁷ Como se destacó en el Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela, publicado en Ginebra en marzo de 2014, el “Ministerio Público sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos,” quedando los fiscales “vulnerables a presiones externas y sujetos órdenes superiores.” Véase en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

³⁸ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 88. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

independiente en las elecciones. En todo caso, desde 2004 quedó totalmente secuestrado por el Poder Ejecutivo, al ser sus jerarcas nombrados por el Tribunal Supremo de Justicia y ni siquiera por la Asamblea Nacional como correspondía.³⁹

En ese marco de traición a la Constitución en establecer un Estado democrático sometido a control, en todo caso, lo más grave en Venezuela ha sido el efecto devastador que ha tenido para las instituciones, el control político que se ejerce sobre el Poder Judicial. En cualquier Estado de derecho, si un Poder Judicial está controlado por el Ejecutivo o el Legislativo, por más separados que incluso éstos puedan estar, no existe el principio de la separación de poderes, y en consecuencia, no se puede hablar de Estado de derecho.

Y esa ha sido la situación en Venezuela desde 1999, donde por obra de la misma Asamblea Nacional Constituyente se comenzó a establecer una composición del Tribunal Supremo de Justicia para asegurar su control por parte del Ejecutivo; y como al mismo Tribunal se le atribuyó el gobierno y administración de la Justicia (que antes estaba en manos de un Consejo de la Judicatura que se eliminó), el resultado es que a través del mismo se ha politizado toda la Judicatura.

Las promesas constitucionales sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, todas han sido violadas: Durante quince años, no se han respetado las condiciones para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo, ni la mayoría calificada de votos en la Asamblea requerida para ello, ni la participación ciudadana requerida en la nominación de candidatos. Jamás se han celebrado los concursos públicos de oposición para la elección de los jueces como lo prevé la Constitución para que ingresen a la carrera judicial, que materialmente no existe.⁴⁰ Además, como desde 1999 la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Poder Judicial,⁴¹ ratificada luego con el régimen transitorio emitido después de la aprobación popular de la Constitución, que aún no concluye, los jueces han sido destituidos a mansalva y masivamente, sin garantías al debido proceso, con la consecuencia de que la Judicatura se llenó de jueces temporales y provisionales,⁴²

³⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero–abril 2005 pp. 11–73; *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004, 172 pp.

⁴⁰ Como lo destacó la misma Comisión Internacional de Juristas, en un Informe de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se ha venido denunciando en la materia, al dar “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela,” se destaca que “el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista.” Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

⁴¹ Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002

⁴² En el Informe Especial de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes

sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del mismo. Y en cuanto a la Jurisdicción Disciplinaria Judicial prevista en la Constitución, la misma no fue sino otra mentira, al punto de que la que se creó en 2011 se conformó como dependiente de la Asamblea Nacional, es decir, sujeta al control político.⁴³

La verdad es que es ciertamente imposible conseguir en Constitución alguna en el mundo contemporáneo un conjunto de promesas constitucionales como las insertas en la Constitución venezolana de 1999 para asegurar la independencia judicial. Lamentablemente, sin embargo, fueron todas declaraciones formuladas para no ser cumplidas, dando como resultado la trágica dependencia del Poder Judicial que quedó sometido en su conjunto a los designios y control político por parte del Poder Ejecutivo,⁴⁴ funcionando al servicio del gobierno del Estado y de su política autoritaria.

Como lo observó la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra en 2014:

“Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, [...] el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.”⁴⁵

Por ello, como también lo observó el Secretario General de la OEA, Luis Almagro hace unos días, el 30 de mayo de 2016, “en la situación actual que vive Venezuela, no se puede más que concluir que estamos ante alteraciones graves al orden democrático tal como se ha definido en numerosos instrumentos regionales y subregionales,”⁴⁶ particularmente después de constatar, entre múltiples hechos, que “no existe en Venezuela una

indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003, cit. párr. 161.

⁴³ Solo fue, luego de que el gobierno perdió la mayoría en la Asamblea Nacional, que la saliente Asamblea en unas ilegítimas sesiones extraordinarias celebradas en diciembre de 2015, reformó la Ley del Código de Ética del Juez, pero para quitarle a la nueva Asamblea la competencia para nombrar dichos jueces (que por supuesto nunca debió tener), y pasarlos al Tribunal Supremo. Véase en Gaceta Oficial N° 6204 Extra de 30 de diciembre de 2015.

⁴⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999–2004)”, en XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33–174; y “La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999–2006)]” en Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 25–57; “La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana,” en Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá 2012, pp. 230–254.

⁴⁵ Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>.

⁴⁶ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 125. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

clara separación e independencia de los poderes públicos, donde se registra uno de los casos más claros de cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo.”⁴⁷

Con todo esto, la promesa constitucional de la separación de poderes y sobre todo de la autonomía e independencia del Poder Judicial, quedó incumplida, siendo por tanto las previsiones constitucionales una gran mentira, habiendo el Poder Judicial abandonado su función fundamental de servir de instrumento de control y de balance respecto de las actividades de los otros órganos del Estado para asegurar su sometimiento a la Constitución y a la ley; y a la vez, habiendo materialmente desaparecido el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva y a controlar el poder.

Lo que se ha producido en definitiva, ha sido una desjusticiabilidad del Estado, siendo inconcebible que el Poder Judicial en Venezuela hoy pueda llegar a decidir y enjuiciar la conducta de la Administración y frente a ella, garantizar los derechos ciudadanos.

III. LA TRAICIÓN RESPECTO DEL ESTABLECIMIENTO DE UN ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO, Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO TOTALITARIO CENTRALIZADO USANDO LA MASCARA DE LA “PARTICIPACIÓN”

La tercera gran traición a las promesas de la Constitución venezolana de 1999, también totalmente incumplida, fue la del reforzamiento de un “Estado federal descentralizado,” que debía responder a la tradición histórica que se remonta a la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, y que debía haber asegurado la prometida política descentralización política, también definida constitucionalmente para “profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales” (art. 158). Para lograr esta promesa constitucional lo que debió haberse hecho era el reforzamiento de las instancias regionales y locales de gobierno, federalizándose y municipalizándose todos los rincones del país,⁴⁸ pero en realidad se hizo todo lo contrario.

De nuevo, mentira y vanas ilusiones, o promesa deliberadamente incumplida, al haberse desarrollado en su lugar, en los últimos tres lustros, una política para lograr todo lo contrario, es decir, para centralizar completamente el Estado, eliminando todo vestigio de descentralización política, de autonomía territorial y de democracia representativa a nivel local, particularmente en el municipio que al contrario a la promesa constitucional que lo declara como la unidad política primaria en la organización nacional, (art. 168) se ha vaciado de contenido.⁴⁹ La realidad es que lo que se ha producido en Venezuela ha

⁴⁷ Idem. p. 73. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.

⁴⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)” en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 138, Año LXVIII, Enero-Diciembre 2001, Caracas 2002, pp. 313-359.

⁴⁹ Ello incluso se dispuso así en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, para privar al Municipio de su carácter constitucional de “unidad política primaria de la organización nacional,” sustituyéndoselo por comunas; eliminándose de paso en carácter representativo de las “parroquias” que como entidades locales están en la Constitución (art. 178) Véase en Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

sido un lamentable proceso de desmunicipalización,⁵⁰ y con ello, de ausencia efectiva de posibilidad de participación política, pues ésta en la práctica solo puede materializarse en sistemas políticos descentralizados.⁵¹

Para lograr desmontar lo que quedaba de Estado federal, minimizar el Municipio y eliminar la participación política, el Estado totalitario utilizó en forma falaz y engañosa la creación de instancias comunales, prometiendo una “participación política protagónica,” pero que resultó para lo contrario, para establecer estructuras más centralistas, controladas por el Poder Ejecutivo y el partido de gobierno, en lo que denominó el Estado del Poder Popular o Estado Comunal. En el mismo se estructuraron unos Consejos Comunales carentes de pluralismo político y sin dirigentes electos mediante sufragio, sino más bien impuestos y controlados directamente por el Poder Central,⁵² configurándose en una falacia engañosa de participación.⁵³

Ese esquema centralista se pretendió formalizar en 2007 con la rechazada reforma constitucional que propuso el Presidente Chávez ese año,⁵⁴ tratando de sustituir el Estado Constitucional por el llamado Estado del Poder Popular socialista,⁵⁵ pero ello fue rechazado por el pueblo. Sin embargo, violando la promesa constitucional de la rigidez, en fraude a la voluntad popular y a la propia Constitución, procedió a implementar las reformas constitucionales rechazadas mediante leyes, y con ellas un Estado Totalitario. Para ello, en 2010, la Asamblea sancionó un conjunto de leyes orgánicas⁵⁶

⁵⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, Coordinación de Postgrado, Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2007, pp. 49 a 67.

⁵¹ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Democracia participativa, descentralización política y régimen municipal”, en Miguel Alejandro López Olvera y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (Coordinadores), Tendencias actuales del derecho público en Iberoamérica, Editorial Porrúa, México 2006, pp. 1-23; Allan R. Brewer-Carías, “La descentralización del poder en el Estado democrático contemporáneo”, en Antonio María Hernández (Director) José Manuel Belisle y Paulina Chiacchiera Castro (Coordinadores), La descentralización del poder en el Estado Contemporáneo, Asociación Argentina de derecho constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba, Instituto de derecho constitucional y derecho público provincial y municipal Joaquín V. González, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad nacional de Córdoba, Córdoba Argentina, 2005, pp. 75-89.

⁵² Véase Allan R. Brewer-Carías, Ley Orgánica de Consejos Comunales, Colección Textos Legislativos, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

⁵³ Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías, “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482. Véase además, el texto de la Ponencia: “La democracia representativa y la falacia de la llamada “democracia participativa,” Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, Universidad de Nuevo León, Monterrey, 27 de noviembre 2010.

⁵⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007), Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y 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, N° 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

⁵⁵ Véase Discurso del Presidente Chávez de Presentación del Anteproyecto de Constitución ante la Asamblea Nacional, Caracas 2007.

⁵⁶ Véase Leyes Orgánicas del Poder Popular, de las Comunas, de los Consejos Comunales, del Sistema Económico Comunal, de Planificación Pública y Comunal y de Contraloría Social, en Gaceta Oficial N° 6.011 Extra. de 21-12-2010. Véase en general sobre estas leyes, Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús

estableciendo el mencionado Estado Comunal, pero en paralelo al Estado Constitucional, desconstitucionalizándolo,⁵⁷ violando expresamente la promesa constitucional de la democracia representativa al disponer sin ambages que estas instancias comunales “no nacen del sufragio ni de elección alguna,” es decir, no responden a la promesa constitucional. Y en violación a la Constitución se llegó en dichas leyes a imponerle la obligación a los titulares electos de los órganos del Estado Constitucional de tener que “gobernar obedeciendo”⁵⁸ precisamente a los órganos del supuesto Estado del Poder Popular, que no son electos popularmente.

Además, la formal desmunicipalización del país se decretó en otra Ley Orgánica llamada para la Transferencia al Poder Popular de la Gestión y Administración Comunitaria de Servicios de 2012, produciéndose así la desmunicipalización del país,⁵⁹ a través del vaciamiento de competencias de los Estados y Municipios, para transferirlas a los Consejos Comunales, que como antes dije quedaron integrados por “voceros” no electos y sin representatividad democrática, dependientes del Poder central.⁶⁰

María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilanza, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal* (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal) Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011; Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 81-101.

⁵⁷ Véase en general sobre este proceso de desconstitucionalización del Estado, Allan R. Brewer-Carías, “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución,” en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablante y Mariela Morales Antonorzi (Coord.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia*, Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, En Cambio, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional*, Año 1, N° 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236.

⁵⁸ El artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Popular, en efecto, sobre dispone sobre las “Actuaciones de los órganos y entes del Poder Público” que “Todos los órganos, entes e instancias del Poder Público guiarán sus actuaciones por el principio de gobernar obedeciendo, en relación con los mandatos de los ciudadanos, ciudadanas y de las organizaciones del Poder Popular, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República y las leyes.” Ello, por supuesto, se configura como una limitación inconstitucional a la autonomía política de los órganos del Estado Constitucional, particularmente de los electos, como la Asamblea Nacional, los Gobernadores y Consejos Legislativos de los Estados y los Alcaldes y Concejos Municipales, confiscándose la soberanía popular trasladándola de sus representantes electos a unas asambleas que no lo representan.

⁵⁹ Para vaciar a los Municipios de toda competencia se dictó en 2012 una Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones (Decreto Ley N° 9.043, Véase en *Gaceta Oficial* N° 6.097 Extra. de 15 de junio de 2012), transformada en 2014, en la Ley Orgánica para la Transferencia al Poder Popular de la Gestión y Administración Comunitaria de Servicios (Véase en *Gaceta Oficial* N° 40.540 de 13 de noviembre de 2014).

⁶⁰ Como observó Cecilia Sosa Gómez, para entender esta normativa hay que “aceptar la desaparición de las instancias representativas, estatales y municipales, y su existencia se justifica en la medida que año a año transfiera sus competencias hasta que desaparezcan de hecho, aunque sigan sus nombres (Poderes Públicos Estatal y Municipal) apareciendo en la Constitución. El control de estas empresas, las tiene el Poder Público Nacional, específicamente el Poder Ejecutivo, en la cabeza de un Ministerio.” Véase Cecilia Sosa G., “El carácter orgánico de un Decreto con fuerza de Ley (no habilitado) para la gestión comunitaria que arrasa lentamente con los Poderes estatales y municipales de la Constitución,” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 152. Véase sobre la Ley Orgánica de 2012, los comentarios de: José Luis Villegas Moreno, “Hacia la instauración del Estado Comunal en Venezuela: Comentario al Decreto Ley Orgánica de la Gestión Comunitaria de Competencia, Servicios y otras Atribuciones, en el contexto del Primer Plan Socialista-Proyecto Nacional Simón Bolívar 2007-2013”; de Juan Cristóbal Carmona Borjas, “Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras atribuciones;” de Cecilia Sosa G., “El carácter orgánico de un Decreto con fuerza de Ley (no habilitado) para la gestión comunitaria que arrasa lentamente con

A todo lo anterior, en la carrera de incumplir promesas constitucionales, en 2009 se despojó de la autonomía política requerida al Distrito Capital, dictándose una Ley para crear un “gobierno” de la ciudad capital (Caracas), no electo democráticamente, dependiente del Poder Ejecutivo, en paralelo al gobierno democrático del Alcalde del Área Metropolitana de Caracas, con el objeto de minimizarlo y ahogarlo.⁶¹

A todo lo anterior se agrega el proceso de desmantelamiento de la autonomía de los Estados de la Federación, al haberse regulado durante los últimos lustros, diversas estructuras en la Administración Central nacional denominadas Regiones, dependientes del Vicepresidente Ejecutivo de la República, pero creadas en forma paralela y superpuesta a la Administración de los Estados, para terminar de ahogaras.⁶²

En esta forma, al fraude a la Constitución, que ha sido la técnica constantemente aplicada por el gobierno autoritario en Venezuela desde 1999 para imponer sus decisiones a los venezolanos al margen de la Constitución,⁶³ olvidándose de las promesas constitucionales; se ha sumado posteriormente el fraude a la voluntad popular, al imponerle a los venezolanos mediante leyes orgánicas un modelo de Estado por el cual nadie nunca ha votado y que más bien el pueblo rechazó, que cambia radical e inconstitucionalmente el texto de la Constitución de 1999, y que el Juez Constitucional se niega a controlar.

Como dije al inicio, la Constitución de 1999 prometió establecer un Estado Social montado en un esquema de Constitución económica de economía mixta,⁶⁴ en el cual la iniciativa privada debía tener un rol tan importante como la del propio Estado. En los términos de la promesa constitucional (art. 299), ese Estado debía velar por la satisfacción

los Poderes estatales y municipales de la Constitución;” de José Ignacio Hernández, “Reflexiones sobre el nuevo régimen para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones;” de Alfredo Romero Mendoza, “Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones;” y de Enrique J. Sánchez Falcón, “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras Atribuciones o la negación del federalismo cooperativo y descentralizado,” en Revista de Derecho Público, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 127 ss.

⁶¹ Véase en Gaceta Oficial N° 39.156, de 13 de abril de 2009. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes sobre el Distrito Capital y el Área Metropolitana de Caracas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009. El Alcalde Antonio Ledezma, incluso fue detenido por motivos políticos fútiles, situación en la que ha estado ya por varios años.

⁶² Son los denominados “Órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI),” a cargo de funcionarios denominados “Autoridades Regionales,” o “Jefes de Gobierno” según la denominación de la Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional de 2014 (art. 34.41), como integrantes de “los órganos superiores de dirección del Nivel Central de la Administración Pública nacional” (art. 44, 71); con “Dependencias” en cada Estado de la República, que están a cargo de Delegaciones Estadales, todos del libre nombramiento del Vicepresidente de la República. Véase Resolución N° 031 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se establece la Estructura y Normas de Funcionamiento de los órganos Desconcentrados de las Regiones Estratégicas de Desarrollo Integral (REDI), en Gaceta Oficial N° 40.193 de 20-6-2013.

⁶³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

⁶⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones sobre la Constitución económica” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, pp. 3.839-3.853; y lo expuesto en relación con la Constitución de 1999 en Alan R. Brewer-Carías, “Sobre el régimen constitucional del sistema económico,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 15-52.

de las necesidades colectivas de la población, de manera de asegurar la justicia social,⁶⁵ mediante una justa distribución de la riqueza⁶⁶ y la elevación del nivel de vida de la población, por supuesto en un marco democrático⁶⁷ como en su momento lo interpretó la Sala Constitucional, “en forma opuesta al autoritarismo,”⁶⁸ pues está montado sobre el reconocimiento constitucional de los derechos económicos de los individuos.⁶⁹

⁶⁵ En términos de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia expresada en 2004, “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.” Véase sentencia N° 1002 de 26 de mayo de 2004 (caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales), en *Revista de Derecho Público*, N° 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 143 ss.

⁶⁶ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002 (Caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (Asodevpirilara), precisó en cuanto a “la protección que brinda el Estado Social de Derecho,” no sólo que la misma está vinculada al “interés social” que se declara como “un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas;” sino que dicha protección “varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social.” Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>.

⁶⁷ Véase la sentencia N° 1158 de 18 de agosto de 2014 (Caso: amparo en protección de intereses difusos, Rómulo Plata, contra el Ministro del Poder Popular para el Comercio y Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/168705-1158-18814-2014-14-0599.HTML>. Véase en general, sobre el tema del Estado Social y el sistema de economía mixta: José Ignacio Hernández G. “Estado Social y Libertad de Empresa en Venezuela: Consecuencias Prácticas de un Debate Teórico” en Seminario de Profesores de Derecho Público, Caracas, 2010, en http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf; y “Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano,” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.juridi-cas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr14.pdf>; José Valentín González P, “Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo”, CEDICE-Libertad, 2012. <http://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf>; y José Valentín González P, “Nuevo Enfoque sobre la Constitución Económica de 1999,” en el libro *Enfoques sobre Derecho y Libertad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, Caracas 2013.

⁶⁸ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 117 de 6 de febrero de 2001, reiterando expresamente un fallo anterior de la antigua Corte Suprema de 15 de diciembre de 1998, expresó: “Los valores aludidos se desarrollan mediante el concepto de libertad de empresa, que encierra, tanto la noción de un derecho subjetivo “a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia”, como un principio de ordenación económica dentro del cual se manifiesta la voluntad de la empresa de decidir sobre sus objetivos. En este contexto, los Poderes Públicos, cumplen un rol de intervención, la cual puede ser directa (a través de empresas) o indirecta (como ente regulador del mercado) [...] A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, 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”).” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001. Véase José Ignacio Hernández, “Constitución económica y privatización (Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del 6 de febrero de 2001)”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, julio-diciembre-2001, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 327 a 342.

⁶⁹ En ese sistema de economía mixta, la Constitución, en efecto, regula los derechos económicos, en particular, siguiendo la tradición del constitucionalismo venezolano, la libertad económica como el derecho de todos de dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y

Esa promesa constitucional de la estructuración de un Estado social en Venezuela, a pesar de toda la propaganda oficial desarrollada por el gobierno, también ha sido sin duda palmariamente incumplida durante los últimos tres lustros, habiéndose estructurado, al contrario, un Estado totalitario montado sobre un sistema de economía socialista que no está en la Constitución, con el cual, violándosela, se ha excluido y perseguido la iniciativa privada y la libertad económica; incluso implementándose después del rechazo popular a la reforma constitucional de 2007 que buscaba establecerlo.⁷⁰ De nuevo aquí, violándose la promesa de la rigidez constitucional, en abierta violación a la Constitución, en 2010 se dictó la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal,⁷¹ que al contrario de lo definido en la Constitución, se lo definió exclusivamente conforme a “principios y valores socialistas,” incluso comunistas,⁷² buscando la eliminación de la

las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (art. 112), y el derecho de propiedad; y la garantía de la expropiación (art. 115) y prohibición de la confiscación (art. 116). La Constitución, además, regula el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. (art. 117). Por la otra, en el texto constitucional se regulan las diferentes facetas de la intervención del Estado en la economía, como Estado promotor, es decir, que no sustituye a la iniciativa privada, sino que fomenta y ordena la economía para asegurar su desarrollo, en materia de promoción del desarrollo económico (art. 299); de promoción de la iniciativa privada (art. 112); de promoción de la agricultura para la seguridad alimentaria (art. 305); de promoción de la industria (art. 302); de promoción del desarrollo rural integrado (art. 306); de promoción de la pequeña y mediana industria (art. 308); de promoción de la artesanía popular (art. 309); y de promoción del turismo (art. 310). Además, se establecen normas sobre el Estado Regulador, por ejemplo en materia de prohibición de los monopolios (art. 113), y de restricción del abuso de las posiciones de dominio en la economía con la finalidad de proteger al público consumidor y los productores y asegurar condiciones efectivas de competencia en la economía. Además, en materia de concesiones estatales (art. 113); protección a los consumidores o usuarios (art. 117); política comercial (art. 301); y persecución de los ilícitos económicos (art. 114). Igualmente la Constitución prevé normas sobre la intervención del Estado en la economía, como Estado empresario, (art. 300); con especial previsión del régimen de la nacionalización petrolera y el régimen de la reserva de actividades económicas al Estado (art. 302 y 303).

⁷⁰ Véase los comentarios a la reforma constitucional de 2007 aprobada por la Asamblea Nacional en Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

⁷¹ Véase en Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010. Véase mis comentarios sobre esta Ley Orgánica, en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal o de cómo se implanta en Venezuela un sistema económico comunista sin reformar la Constitución,” en *Revista de Derecho Público*, N° 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 102-109; y Allan R. Brewer-Carías, “La reforma de la Constitución económica para implantar un sistema económico comunista (o de cómo se reforma la Constitución pisoteando el principio de la rigidez constitucional),” en Jesús María Casal y María Gabriela Cuevas (Coordinadores), *Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza. Desafíos de la República en la Venezuela de hoy. Memoria del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2013, Tomo I, pp. 247-296. Véase además el libro Allan R. Brewer-Carías et al., *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, Las Comunas, La Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011. Véase igualmente, Allan R. Brewer-Carías, “La reforma de la Constitución económica para implantar un sistema económico comunista (o de cómo se reforma la Constitución pisoteando el principio de la rigidez constitucional),” en Jesús María Casal y María Gabriela Cuevas (Coordinadores), *Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza. Desafíos de la República en la Venezuela de hoy. Memoria del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2013, Tomo I, pp. 247-296.

⁷² Ello, incluso deriva del texto expreso de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal de 2010, a la que antes hemos mencionado, que define el “modelo productivo socialista” que se ha dispuesto para el país, como el “modelo de producción basado en la propiedad social [de los medios de producción], orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propio del modelo capitalista,” y “dirigido a la satisfacción de necesidades crecientes de la población, a través de nuevas formas de generación y apropiación así como de la reinversión social del excedente”

propiedad privada⁷³ en nombre de un fracasado e impreciso “socialismo del siglo XXI,”⁷⁴ que no es nada distinto a todos los populismos fracasados de la historia.

El resultado ha sido el establecimiento de un régimen de terror económico que puso a las empresas a la merced de la burocracia estatal y lamentablemente, en manos de la corrupción que tal poder genera; siendo ella la negación más paladina de las promesas y los principios más elementales que se configuraron en la Constitución para garantizar

(art. 6.12). Basta destacar de esta definición legal, sus tres componentes fundamentales para entender de qué se trata, y que son: la propiedad social, la eliminación de la división social del trabajo y la reinversión social del excedente; que los redactores de la norma, sin duda, se copiaron de algún Manual vetusto de revoluciones comunistas fracasadas, parafraseando en el texto de una Ley, lo que Carlos Marx y Federico Engels escribieron hace más de 150 años, en 1845 y 1846, en su conocido libro *La Ideología Alemana* al definir la sociedad comunista. Por ejemplo, Marx y Engels, después de afirmar que la propiedad es “el derecho de suponer de la fuerza de trabajo de otros” y declarar que la “división del trabajo y la propiedad privada” eran “términos idénticos: uno de ellos, referido a la esclavitud, lo mismo que el otro, referido al producto de ésta,” escribieron que: “la división del trabajo nos brinda ya el primer ejemplo de cómo, mientras los hombres viven en una sociedad natural, mientras se da, por tanto, una separación entre el interés particular y el interés común, mientras las actividades, por consiguientes no aparecen divididas voluntariamente, sino por modo natural [que se daba según Marx y Engels “en atención a las dotes físicas, por ejemplo, la fuerza corporal, a las necesidades, las coincidencias fortuitas, etc.] los actos propios del hombre se erigen ante él en un poder hostil y ajeno, que lo sojuzga, en vez de ser él quien los domine. En efecto, a partir del momento en que comienza a dividirse el trabajo, cada cual se mueve en un determinado círculo exclusivo de actividad, que le es impuesto y del cual no puede salirse; el hombre es cazador, pescador, pastor o crítico, y no tiene más remedio que seguirlo siendo, si no quiere verse privado de los medios de vida; al paso que en la sociedad comunista, donde cada individuo no tiene acotado un círculo exclusivo de actividades, sino que puede desarrollar sus aptitudes en la rama que mejor le parezca, la sociedad se encarga de regular la producción general, con lo que hace cabalmente posible que yo pueda por la mañana cazar, por la tarde pescar y por la noche apacentar ganado, y después de comer, si me place, dedicarme a criticar, sin necesidad de ser exclusivamente cazador, pescador, pastor o crítico, según los casos.” Véase en Karl Marx and Fredric Engels, “The German Ideology,” en *Collective Works*, Vol. 5, International Publishers, New York 1976, p. 47. Véanse además los textos pertinentes en <http://www.educa.madrid.org/cmstools/fi-les/0a24636f-764c-4e03-9c1d-6722e2ee60d7/Texto%20Marx%20y%20Engels.pdf>. Véase sobre el tema Jesús María Alvarado Andrade, “La ‘Constitución económica’ y el sistema económico comunal (Reflexiones Críticas a propósito de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal),” en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador), Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 377-456.

⁷³ Véase por ejemplo lo expresado en el Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera a la sentencia N° 2042 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2007, en el cual expresó sobre el proyecto de reforma constitucional de 2007 sobre el régimen de la propiedad, que: “El artículo 113 del Proyecto, plantea un concepto de propiedad, que se adapta a la propiedad socialista, y que es válido, incluso dentro del Estado Social; pero al limitar la propiedad privada solo sobre bienes de uso, es decir aquellos que una persona utiliza (sin especificarse en cual forma); o de consumo, que no es otra cosa que los fungibles, surge un cambio en la estructura de este derecho que dada su importancia, conduce a una transformación de la estructura del Estado. Los alcances del Derecho de propiedad dentro del Estado Social, ya fueron reconocidos en fallo de esta Sala de 20 de noviembre de 2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García.”

⁷⁴ Pompeyo Márquez, conocido dirigente de la izquierda venezolana ha expresado lo siguiente al contestar a una pregunta de un periodista sobre si “¿Existe ‘el socialismo bolivariano’, tal como se define el Partido Socialista Unido de Venezuela (Psuv) en su declaración doctrinaria?” Dijo: “-No existe. Esto no tiene nada que ver con el socialismo. Después del XX Congreso del Partido Comunista de la Unión Soviética, donde Nikita Jrouschov denunció los crímenes de Stalin, se produjo un gran debate a escala internacional sobre las características del socialismo, y las definiciones, que se han esgrimido: Felipe González, Norberto Bobbio, para mencionar a un español y a un italiano son contestatarias a lo que se está haciendo aquí. // -Esto es una dictadura militar, que desconoce la Constitución, y la que reza en su artículo 6: “Venezuela es y será siempre una República democrática”. Además, en el artículo 4 habla de un estado de derecho social. Habla del pluralismo y de una serie de valores, que han sido desconocidos por completo durante este régimen chavomadurista, que no es otra cosa que una dictadura. // -Esto se ve plasmado en la tendencia totalitaria, todos los poderes en manos del Ejecutivo. No hay independencia de poderes. No hay justicia. Aquí no hay donde acudir, porque no hay justicia. Cada vez más se acentúa la hegemonía comunicacional.” Véase en *La Razón*, 31 julio, 2014, en <http://www.larazon.net/2014/07/31/pompeyo-marquez-no-podemos-esperar-hasta-el-2019/>

la libertad económica y el derecho de propiedad, y por tanto, el modelo de Estado Social de economía mixta. Al contrario lo que ha vivido el país, ha sido un proceso inconstitucional de ocupaciones y confiscaciones masivas de empresas, fincas y medios de producción, sin garantía de justa indemnización, y que luego han sido abandonadas o desmanteladas, acabando con el aparato productivo del país.⁷⁵

Simplemente, en Venezuela se pensó que la bonanza petrolera de la última década sería para siempre, y que no era necesario para un país petrolero tener que producir nada, porque todo se podía importar, y todo se podía repartir. Todo ello originó en el marco interno, una economía social basada en el subsidio directo a las personas, recibiendo beneficios sin enfrentar sacrificios o esfuerzos, con lo que además se destruyó el valor del trabajo productivo como fuente de ingreso, que materialmente se ha eliminado, sustituido por el antivalor de que es preferible recibir sin trabajar. Ello trastocó lo que debió ser un Estado social en un Estado Populista, con una organización destinada a dar dádivas a los sectores pobres y garantizar así su adhesión a las políticas autoritarias,⁷⁶ provocado más miseria y control de conciencia sobre una población de menos recursos, totalmente dependiente de la burocracia estatal y sus dádivas, en las que muchos creyeron encontrar la solución definitiva para su existencia,⁷⁷ pero a costa del deterioro ostensible y trágico de los servicios públicos más elementales como los servicios de salud y atención médica.

⁷⁵ El que fue Ministro de Economía del país, Ali Rodríguez Araque, y artífice de la política económica en los últimos lustros ha explicado la situación así: “Hay que hacer ciertas definiciones estratégicas que no están claras. ¿Qué es lo que va a desarrollar el Estado?, porque la revolución venezolana no es la soviética, donde los trabajadores armados en medio de una enorme crisis asaltan el poder, destruyen el viejo Estado y construyen uno nuevo. Ni es la revolución cubana, donde un proceso armado asalta el poder y construye uno nuevo. Aquí se llegó al Gobierno a través del proceso electoral. La estructura del Estado es básicamente la misma. Yo viví la experiencia de la pesadez de la democracia. Una revolución difícilmente puede avanzar exitosamente con un Estado de esas características. Eso va a implicar un proceso tan largo como el desarrollo de las comunas. Un nuevo Estado tiene que basarse en el poder del pueblo. Mientras, durante un muy largo periodo, se van a combinar las acciones del Estado con las del sector privado. Tiene que haber una definición en ese orden, los roles que va a cumplir ese sector privado, estableciendo las regulaciones para evitar la formación de monopolios. Está demostrado que el Estado no puede asumir todas las actividades económicas. ¿Qué vamos a hacer con la siderúrgica? Yo no estoy proponiendo que se privatice, pero ¿vamos a continuar pasando más actividades al Estado cuando su eficacia es muy limitada?. ¿Qué vamos a hacer con un conjunto de actividades en las cuales se ha venido metiendo el Estado y que están francamente mal y no lo podemos ocultar? Esto no es problema del proceso revolucionario, su raíz es histórica”. Véase “Ali Rodríguez Araque: El Estado no puede asumirlo todo.”, en Reporte Confidencial, 10 de agosto de 2014, en <http://www.reporteconfi-dencial.info/noticia/3223366/ali-rodriguez-araque-el-estado-no-puede-asumirlo-todo/> Véase igualmente lo expuesto por quien fue el ideólogo del régimen, y a quien se debe la denominación de “socialismo del siglo XXI”, que ha expresado: que “El modelo del socialismo impulsado por Chávez fracasó., siendo “El gran error del gobierno de Maduro es seguir con la idea de Chávez, insostenible, de que el gobierno puede sustituir a la empresa privada. El gobierno usará su monopolio de importaciones y exportaciones para repartir las atribuciones en las empresas,” en El Nacional, Caracas 19 de abril de 2014, en http://www.el-nacional.com/politica/Heinz-Dieterich-Venezuela-surgimiento-republica_0_394160741.html.

⁷⁶ Véase Heinz Sonntag “¿Cuántas Revoluciones más?” en El Nacional, Caracas 7 de octubre de 2014, en http://www.el-nacional.com/heinz_sonntag/Cuántas-Revoluciones_0_496150483.html

⁷⁷ Como el mismo Area lo ha descrito en lenguaje común y gráfico, pero tremendamente trágico: “Vivimos pues “boqueando” y de paso corrompiéndonos por las condiciones impuestas por y desde el poder que nos obligan a vivir como “lateros”, “balseros”, “abasteros” mejor dicho, que al estar “pelando” por lo que buscamos y no encontramos, tenemos que andar en gerundio, ladrando, mamando, haciendo cola, bajándonos de la mula, haciéndonos los bolsos o locos, llevándonos de caleta algo, caribeando o de chupa medias, pagando peaje, tracaleando, empujándonos los unos contra los otros, en suma, degradándonos, envileciéndonos, para satisfacer nuestras necesidades básicas de consumo. Es asfixia gradual y calculada, material y moral. Desde el papel toilette hasta la honestidad. ¡Pero tenemos Patria! Falta el orgullo, la dignidad, el respeto, el amor a uno mismo.” Véase en “El ‘Estado

En fin, como lo destacó el Editorial del diario *El Tiempo* de Bogotá hace unas semanas el 22 de mayo, en definitiva:

“Pensar que en Venezuela la gente iba a pasar hambre era una idea inconcebible hasta hace unos años. Pero es así. Al otro lado de la frontera se gesta una crisis humanitaria de inmensas proporciones, sin precedentes en el hemisferio americano y que solo tiene trazas de empeorar. Aparte de la falta de alimentos para abastecer adecuadamente a una población de 30 millones, son notorias las carencias de medicamentos y otros productos que componen la canasta básica. Una enfermedad sería casi equivalente a una sentencia de muerte, dada la inoperancia del sistema de salud, que está sumido en el desabastecimiento.”⁷⁸

IV. APRECIACIÓN FINAL: EL DESMONTAJE DE LA ASAMBLEA NACIONAL POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

De todo ello, en consecuencia, no queda otra conclusión institucional a la cual se pueda llegar, que no sea que diecisiete años después de haberse convocado la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 supuestamente para refundar la República, la misma no fue sino un soberano fracaso; Asamblea en la cual como dije, fui parte activa pero para oponerme al designio autoritario que la conducía.

La crisis política que en ese momento existía, particularmente por el deterioro que mostraba el sistema de partidos tradicionales, sin duda condujo a que el país se encandilase con el primer aprendiz de mago que apareció por el lugar, como una especie degradada de un Melquíades de los *Cien Años de Soledad* de Gabriel García Márquez, prometiendo con malabarismos que todo iba a cambiar, cuando todos querían que todo cambiase, y que para ello debía acabarse con la vieja política.

Sin embargo, como suele ocurrir con los deslumbramientos, no pasó lo que se quería que ocurriera, la Asamblea Nacional Constituyente que comenzó removiendo las viejas estructuras, al final como lo denuncié al concluir sus sesiones en 2000, terminó legando junto con la intervención antidemocrática de los poderes constituidos, el texto exuberantemente florido de una Constitución que no se iba a aplicar, que era de mentira, como en efecto ocurrió, pero que prometía estructurar un Estado democrático y social de derecho y de justicia que era lo que los venezolanos esperaban; dejando además sembradas, aquí y allá, en ciertos artículos, semillas autoritarias.

El resultado de aquél proceso político tan importante en el cual el país fijó todas sus esperanzas de cambio, visto ahora retrospectivamente, fue que seducido por cantos de sirena, el país cayó inmisericordemente en manos de una secta antidemocrática que

Misional’ en Venezuela,” en Analítica.com, 14 de febrero de 2014, en <http://analitica.com/opinion/opinion-nacional/el-estado-misional-en-venezuela/>

⁷⁸ Véase en “Una tragedia que no da espera,” dice: “La que en épocas pasadas fuera la nación con el segundo nivel de desarrollo más alto de América Latina es hoy un lugar donde reina la desesperanza. Resulta increíble constatar cómo en un territorio que cuenta con las mayores reservas de petróleo del mundo no solo hay que hacer filas para adquirir bienes esenciales, sino que en muchos casos la espera es infructuosa porque los artículos nunca llegan a los anaqueles”, en Editorial de El Tiempo, Bogotá, del 22 de mayo de 2016, <http://www.eltiempo.com/opinion/editorial/una-tragedia-que-no-da-espera-editorial-el-tiempo/16599526> .

asaltó el poder a mansalva, a la vista de todos, cumpliendo sí con la promesa de acabar con la vieja política de los partidos tradicionales, pero no para edificar una nueva democracia sino para acabar con la misma, en fraude a la Constitución, utilizando sus propios instrumentos, y con ello demoler y machacar institucionalmente el país.⁷⁹

En ese contexto, lamentablemente, la Constitución se convirtió en un conjunto normativo maleable por absolutamente todos los poderes públicos, cuyas normas, abandonada su rigidez, han tenido en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos han dispuesto, mediante leyes ordinarias y decretos leyes que el Tribunal Supremo se niega a juzgar y controlar, e incluso, para mayor tragedia, con la participación activa del mismo mediante sentencias de la Jurisdicción Constitucional, todas hechas a la medida, dictadas “a la carta” mediante interpretaciones abstractas de la Constitución conforme se ha ido solicitando el Poder Ejecutivo, y con la “garantía” de que dichas actuaciones inconstitucionales no serán controladas, no sólo porque el guardián de la Constitución no tiene nadie que lo controle,⁸⁰ sino precisamente por la sujeción política de la Jurisdicción Constitucional al control del Ejecutivo.

Contra todas esas prácticas autoritarias, y contra un Juez Constitucional que dejó de ser el instrumento de control de la inconstitucionalidad, renunciando a ser el sustituto la rebelión del pueblo para proteger su Constitución, fue que entre otras razones, el pueblo venezolano de nuevo efectivamente se rebeló el 6 de diciembre de 2015, aun cuando por los momentos solo votando en las elecciones parlamentarias en forma mayoritaria en contra del gobierno autoritario y sus prácticas.

La nueva Asamblea Nacional que resultó electa, en la cual se fijaron todas las esperanzas para completar la implementación de la manifestación de la voluntad popular, y que más temprano que tarde tendrá que renovar los poderes constituidos, y devolverle al Tribunal Supremo la autonomía e independencia, sin embargo ahora enfrenta la conspiración montada por el Poder Ejecutivo y el propio Tribunal Supremo por minimizarla, incluso mediante la instauración de un estado de excepción –esto está ocurriendo ahora–, mediante el cual ambos poderes han barrido a la Asamblea Nacional.

Este desmontaje de la Asamblea Nacional por el Juez Constitucional en Venezuela, se puede apreciar de los sucesivos golpes a la Constitución que se han dado en los pasados seis meses, después de la elección parlamentaria de 2016 a los que antes me referí, mediante los cuales se ha eliminado inconstitucionalmente la posibilidad por parte de la Asamblea de poder ejercer el control político sobre el gobierno y la Administración que le corresponde; de legislar sin el “permiso” previo del Poder Ejecutivo; y de incluso controlar sus propios actos.

⁷⁹ Véase. Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias*. Venezuela 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

⁸⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

Pero como con la voluntad popular en definitiva no podrán acabar, no renuncio a la esperanza de que pronto podamos ser testigos de otras manifestaciones que harán florecer la democracia en Venezuela, y que permitirán a la representación de la voluntad popular rescatar su rol constitucional. En esos logros es que todos los demócratas tenemos que estar comprometidos, para lo cual, sin duda, necesitamos el apoyo de tantos, personas e instituciones en el mundo democrático, como en estos últimos tiempos afortunadamente han comenzado a manifestarse.

Santo Domingo, 13 de junio de 2016.

XXIV

NOTAS SOBRE LOS DERECHOS Y PERSONAS PROTEGIDAS EL PROCESO DE AMPARO EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

Publicado en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, Los derechos económicos, sociales y culturales. 100 años después de la Constitución de Querétaro: evolución y garantía, Homenaje a la Centenaria Constitución de Querétaro, México 1917-2017, Año 2, No. 2, Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo, 2017. pp. 89-153.*

I. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AMPARO EN EL ORDEN JURÍDICO LATINOAMERICANO

Además de estar garantizado en el texto expreso de casi todas las Constituciones,¹ y en la legislación interna de los países de América Latina,² el derecho de amparo a los

¹ Después de la consagración del amparo en la Constitución de México (1847), además del recurso de habeas corpus que se generalizó en casi todos los países de América Latina, el amparo fue introducido durante la segunda mitad del Siglo XIX en las Constituciones de Guatemala (1879), El Salvador (1886) y Honduras (1894); y durante el siglo XX, en las Constituciones de Nicaragua (1911), Brasil (mandado de seguridad 1934), Panamá (1941), Costa Rica (1946), Venezuela (1961), Bolivia, Paraguay, Ecuador (1967), Perú (1976), Chile (recurso de protección, 1976) Colombia (acción de tutela, 1991); y más recientemente en la Constitución de la República Dominicana (2010).

² Las leyes de amparo en América latina son las siguientes: ARGENTINA. Ley N° 16.986. Acción de Amparo, 1966; BOLIVIA. Ley N° 254. Código Procesal Constitucional 2012; BRAZIL. Lei N° 12.016 Mandado de Segurança, 2009; COLOMBIA. Decretos Ley N° 2591, 306 y 1382. Acción de Tutela, 2000; COSTA RICA. Ley N° 7135. Ley de la Jurisdicción Constitucional, 1989; ECUADOR. Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control de Constitucionalidad, 2009; EL SALVADOR. Decreto 2996, Ley de Procedimientos Constitucionales, 1960; GUATEMALA. Decreto N° 1-86. Ley de Amparo. Exhibición personal y Constitucionalidad, 1986; HONDURAS. Ley sobre Justicia Constitucional, 2004; MÉXICO. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política, 2013; NICARAGUA. Ley N° 49. Amparo, 1988; PANAMÁ. Código Judicial, Libro Cuarto: Instituciones de Garantía, 1999; PARAGUAY. Ley N° 1.337/88. Código Procesal Civil, Título II. El Juicio de Amparo, 1988; PERÚ. Ley N° 28.237. Código Procesal Constitucional, 2005; REPÚBLICA DOMINICANA. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales, 2011; URUGUAY. Ley N° 16.011. Acción de Amparo, 1988; VENEZUELA. Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, 1988. En

derechos y garantías fundamentales también se regula en la Convención Americana de Derechos Humanos, como el derecho de toda persona a ser protegida en sus derechos humanos y garantías previstos en la Convención y en las Constituciones nacionales.³ Ese régimen constitucional, legal y convencional permite, sin duda, poder elaborar con una aproximación comparativa, los principios fundamentales que rigen esta institución del amparo en el Continente,⁴ que es una de las piezas más destacadas del denominado *ius constitutionale commune* latinoamericano.⁵

En efecto, el artículo 25.1 de la Convención Americana dispone:

“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.”

Se consagra así el derecho de amparo no sólo como garantía de las personas en relación con los Estados miembros de la Convención, sino la obligación internacional impuesta a estos de asegurarle a todas las personas, no solo la existencia de medios judiciales de amparo, sino la efectividad de los mismos, en el sentido de que debe tratarse de recursos efectivos, sencillos y rápidos para la protección constitucional de los derechos.

Para ello, la propia Convención Americana dispuso que los Estados Miembro se comprometen “a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” (artículo 25.2.a); habiendo puntualizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en innumerables sentencias, que:

“El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de

chile, el recurso de protección se encuentra regulado en un cuerpo normativo denominado “Auto Acordado” sancionado por la Corte Suprema de Justicia en 1992, cuya última reforma es de 2007.

³ Véase Anamari Garro, *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Ediciones tirant lo blanc, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ciudad de México 2016.

⁴ Véase sobre el proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Law Study on the amparo proceeding*, Cambridge University Press, New York, 2008; *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina*, Editorial Porrúa (edición mexicana), Editorial Porrúa, México 2016; *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina*, (edición peruana), Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2016. En estas páginas seguimos en parte lo expuesto en esas obras.

⁵ Véase Armin von Bogdandy, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde un perspectiva europea,” en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (Coordinadores), *El constitucionalismo contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Autónoma de México, 2013, pp. 39 ss.

derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.”⁶

En este marco, la Corte Interamericana, desde sus primeras Opiniones Consultivas, identificó dicho derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25.1 de la Convención con la institución del amparo a los derechos; al punto de que en su *Opinión Consultiva OC-8/87* del 30 de enero de 1987, sobre *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, señaló que dicho artículo 25.1 de la Convención era “una disposición de carácter general que recoge la institución del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados partes y por la Convención.”⁷

Y también en la *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987, sobre *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, la Corte precisó que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla;” al punto de establecer que su falta de consagración en el derecho interno, es decir, “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.”⁸

Con posterioridad a esta aproximación inicial, y luego de una larga evolución, la Corte Interamericana comenzó a variar su interpretación, indicando que el artículo 25.1, al consagrar el derecho al recurso de protección efectivo de los derechos, lo hizo en el sentido más amplio, de derecho humano a la “protección judicial” efectiva, incluyendo además del derecho de amparo, el derecho de acceso a la justicia. Esta evolución tuvo su inicio con motivo de la orientación fijada por el juez Antonio Cançado Trindade en su Voto en el caso *Genie Lacayo Vs. Nicaragua* de 29 de enero de 1997 cuando consideró que la norma del artículo 25.1 de la Convención, no sólo era uno de los pilares básicos de la Convención, sino “de todo el Estado de derecho en una sociedad democrática según el sentido de la Convención;”⁹ concepto que se reiteró con posterioridad en la

⁶ Véase sentencia en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* de 23 de Junio de 2005, (Párr. 170), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

⁷ Véase Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

⁸ Véase Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (Párr. 24), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

⁹ Voto Disidente de Antonio Augusto Cançado Trindade en la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas) de 13 de septiembre de 1997 (Párr. 18), en http://www.corteidh.or.cr/docs/ca-sos/articulos/seriec_21_esp.pdf

jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú* de 3 de noviembre de mismo año.¹⁰

En este contexto, por supuesto más amplio, el derecho de amparo pasó a ser una de las piezas de ese pilar básico de la democracia que es el derecho humano a la protección judicial, no agotándolo; de manera que la acción de amparo se subsume en dicho sistema de recursos judiciales rápidos, sencillos y eficaces (con el signo en este caso de la inmediatez de la protección por tratarse de derechos humanos) a los cuales las personas tienen derecho de acceder (acceso a la justicia) con las garantías del debido proceso que derivan del artículo 25.1 en conexión con el artículo 8 sobre garantías judiciales, los cuales en conjunto son los que constituyen el pilar de la democracia.¹¹

Como lo dijo la Corte Interamericana en la sentencia del caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009, luego de expresar que “el recurso de amparo por su naturaleza es el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención;” que “tal recurso *entra* en el ámbito del art. 25 de la Convención Americana, por lo cual tiene que cumplir con varias exigencias, entre las cuales se encuentra la idoneidad y la efectividad.”¹²

La consecuencia de todo ello es que independientemente de que el artículo 25.1 de la Convención no se agote en una única acción de amparo, ni se lo considere ahora por la jurisprudencia de la Corte Interamericana solamente como la consagración de un recurso de amparo, lo cierto es que dicha norma al establecer el “derecho de amparo” como derecho humano, ha fijado los parámetros mínimos conforme a los cuales los Estados miembros deben cumplir la obligación de asegurarle a todas las personas, no sólo la existencia sino la efectividad de ese o esos recursos efectivos, sencillos y rápidos para la protección de los derechos, lo que se asegura en particular cuando se regulan y establecen la “acción de amparo” para la protección de los derechos previstos en las constituciones y en la propia Convención Americana.

Ese artículo 25.1, por tanto, en nuestro criterio, es el marco que establece la Convención Americana conforme al cual tanto la Corte Interamericana como los jueces y tribunales nacionales, deben ejercer el control de convencionalidad¹³ en relación con

¹⁰ Véase sentencia del caso *Castillo Páez vs. Perú* de 3 de noviembre de 1997 (Párr. 82), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf.

¹¹ Por ello, Anamari Garro Vargas consideró que “no es lo mismo afirmar que el sistema de recursos judiciales eficaces es uno de los pilares de la Convención y del Estado de Derecho en un sistema democrático, que sostener que uno de esos pilares es un recurso sencillo y eficaz para proteger los derechos fundamentales.” Véase Anamari Garro Vargas, *La improcedencia del recurso de amparo contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial a la luz de la Constitución costarricense y del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago de Chile 2012 (Versión mimeografiada), p. 213.

¹² Véase la sentencia del caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (Párr. 107) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_211_esp.pdf

¹³ Véase sobre el control de convencionalidad: Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo

los actos y decisiones de los Estados para asegurar el derecho de amparo para la protección de los derechos humanos, con el objeto de superar las restricciones nacionales a la institución del amparo que todavía persisten en muchos países. Así se deriva por ejemplo, de lo que la Corte Interamericana consideró como “el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención” consistente en:

“la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.”¹⁴

Por ello hemos sostenido que dicha norma de la Convención al consagrar el “derecho de amparo,” no permite que se puedan establecer restricciones al mismo, lo que es particularmente importante cuando se trata de regular en el ámbito interno una “acción de amparo” para precisamente asegure la protección de los derechos humanos, de cuyo ámbito, por tanto, no pueden quedar excluidos determinados derechos, ni pueden determinados actos estatales quedar excluidos de control, ni pueden quedar personas que no estén protegidas, ni pueden quedar agraviantes que no puedan ser juzgados por sus violaciones mediante el recurso sencillo rápido y eficaz. Otra cosa, por supuesto, es que la regulación que exista en el derecho interno sobre el proceso de amparo, cuando se establece con una amplitud inusitada, convierta a la institución llamada a proteger los derechos humanos en una técnica procesal que en la práctica impida asegurar la protección efectiva, sencilla y rápida de los derechos.

Debe destacarse que la Corte Interamericana, en este aspecto, ha ejercido un importante control de convencionalidad en la sentencia del caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009, en la cual, a pesar de que estimó que en Guatemala el recurso de amparo era “adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos,”¹⁵ observó sin embargo, que su “uso indebido,” su “estructura actual” y las “disposiciones que lo regulaban,” aunado a “la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, han permitido el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso,”¹⁶ de manera que “su uso indebido ha impedido su verdadera efectividad, al no haber permitido que produzca el resultado para el cual fue concebido.”¹⁷

Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano,” en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 339-429; Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 123 ss.. Véase igualmente, Jaime Orlando Santofimio y Allan R. Brewer-Carías, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

¹⁴ Véase la sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 100) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

¹⁵ Véase la sentencia del caso *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 C211/2009 (Párr. 121) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

¹⁶ Ídem. Párr. 120

¹⁷ Ídem, Párr. 121

La Corte, en dicho caso, constató además que si bien al momento de dictar la sentencia el Estado había informado que estaba en curso de discusión una reforma a la Ley de Amparo, consideró que “aún no han sido removidos los obstáculos para que el amparo cumpla con los objetivos para los cuales ha sido creado.”¹⁸ De lo anterior, la Corte Interamericana concluyó su control de convencionalidad indicando que:

“De acuerdo a lo expuesto la Corte considera que, en el marco de la legislación vigente en Guatemala, en el presente caso el recurso de amparo se ha transformado en un medio para dilatar y entorpecer el proceso judicial y en un factor para la impunidad. En consecuencia, este Tribunal considera que en el presente caso el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, que configuran el acceso a la justicia de las víctimas, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, e incumplió con las disposiciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma.”¹⁹ (Párr. 124)

En consecuencia, no sólo la deficiente regulación del amparo cuando es restrictiva, sino también cuando es excesivamente permisiva, pueden hacer inefectiva, complicada y lenta la protección judicial, razón por la cual en ese caso de *La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, la Corte consideró que en Guatemala, el Estado también tenía el deber general de “adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana para garantizar los derechos en ella consagrados,” considerando que precisamente en materia del recurso de amparo, “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”²⁰ no son suficientes, de manera que en el caso, incluso, las partes habían “coincidido en considerar abusivo el uso del recurso de amparo como práctica dilatoria.”²¹

Es decir, regular adjetivamente la acción de amparo para hacerla real y efectivamente un medio rápido y sencillo de protección judicial de los derechos humanos, tarea que corresponde a los Estados en el marco de la regulación del artículo 25.1 de la Convención Americana, no puede conducir a restringir o limitar los aspectos sustantivos del instrumento de protección. Por ello no compartimos la expresión utilizada por la Corte Interamericana en otra sentencia dictada en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, al aceptar que los Estados pueden establecer límites a la admisibilidad del “recurso de amparo,” y estimar “que no es en si mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias.”²²

Ante todo, debe observarse que excluir algunas materias” del recurso de amparo “no puede considerarse como un tema de “admisibilidad,” pues no es un tema adjetivo. Excluir el derecho de amparo, por ejemplo, la protección de un derecho o el control de determinados actos estatales, son aspectos sustantivos que no admiten exclusión conforme al artículo 25.1 de la Convención Americana. Otra cosa distinta es la legitimidad que puedan tener los Estados para establecer condiciones adjetivas de admisibilidad de

¹⁸ Ídem. Párr. 123

¹⁹ Ídem. Párr. 124

²⁰ Ídem. Párr. 122

²¹ Ídem. Párr. 122

²² Véase sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 92) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

las acciones judiciales. Como lo ha dicho la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006, en el orden interno de los Estados, “pueden y deben establecerse presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole.”²³ Sin embargo, ello no puede nunca significar la negación del propio derecho a la protección judicial o específicamente al amparo respecto de determinados derechos humanos o actos estatales que los violen.

En todo caso, la afirmación de la Corte Interamericana, aun cuando se refiera a límites a un “recurso de amparo,” por ser formulada en relación con una norma de la Convención que lo que regula es el “derecho de amparo,” la consideramos esencialmente contraria a la Convención; lo que por otro lado se confirma con la “aclaratoria” que la misma Corte hizo en la misma sentencia a renglón seguido de esa frase, indicando que la restricción que se pudiera establecer por los Estados no sería incompatible con la Convención “siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.”²⁴ Ello lo que confirma es que no es posible restringir el derecho de amparo, pues si no está garantizado en las normas procesales que regulan una específica “acción de amparo,” debe estar garantizado en otras normas adjetivas relativas a otros recursos, los cuales, si son “de similar naturaleza e igual alcance,” son medios judiciales de amparo.

La aclaratoria de la Corte, en todo caso, a lo que obliga al realizar el control de convencionalidad, al igual que obliga a los jueces y tribunales nacionales, es a que tienen que hacer el escrutinio de todo el orden procesal para determinar si restringida en la ley nacional la admisibilidad de una específica “acción de amparo,” en el ordenamiento procesal del Estado se establece “otro recurso de similar naturaleza e igual alcance” para la protección del derecho, es decir, otro medio judicial de amparo. Por ello, precisamente, en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, la Corte interamericana concluyó que para la protección del derecho político a ser electo, “dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral,” no habiendo en México otro recurso efectivo para la protección, consideró que el Estado no ofreció a la víctima “un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por tanto violó el artículo 25 de la CADH, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.”²⁵

Le faltó a la Corte Interamericana en esta sentencia, sin embargo, completar el control de convencionalidad y ordenarle al Estado mexicano la reforma de la Ley de Amparo para que en ausencia de ese inexistente “otro recurso idóneo de protección” de los derechos electorales, procediera a eliminar la restricción de admisibilidad de la acción de amparo contra decisiones de autoridades en materia electoral. En esta materia

²³ Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, (Párr. 126), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

²⁴ Véase sentencia en el caso *Jorge Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008 (Párr. 92) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

²⁵ Ídem, Par 131

la Corte Interamericana, en realidad, se limitó a recordar que “La obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.”²⁶ Pero, sin embargo, se abstuvo en realidad de ejercer el control de convencionalidad.

Ahora bien, considerando entonces que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya redacción y lenguaje sigue los del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,²⁷ establece un derecho de amparo de los derechos humanos, sea mediante una acción de amparo o mediante otro recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los mismos, es posible derivar de dicho artículo los contornos fundamentales que debe tener la institución de la acción de amparo, de tutela o de protección de los derechos fundamentales en los derechos internos, cuyo sentido²⁸ se puede conformar por los siguientes elementos:

En *primer* lugar, la Convención Americana concibe al amparo como un derecho fundamental²⁹ en sí mismo y no sólo como una garantía adjetiva, en una concepción que sin embargo no se ha seguido generalmente en América Latina. En realidad sólo en Venezuela el amparo ha sido concebido en la Constitución como un derecho humano, más que como una sola garantía adjetiva.³⁰

Se indica en la Convención, en efecto, que toda persona “tiene derecho” a un recurso, lo que no significa que solamente tenga derecho a una específica garantía adjetiva que se concretiza en un solo recurso o en una acción de amparo, de tutela o de protección específica. El derecho se ha concebido más amplio, como derecho a la protección constitucional de los derechos o al amparo de los mismos. Por eso, en realidad, estamos en presencia de un derecho fundamental de rango internacional y constitucional de las personas, a tener a su disposición medios judiciales efectivos, rápidos y eficaces de

²⁶ Ídem., Párr. 132

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho al debido proceso y el derecho de amparo en el proyecto de Constitución Europea”, en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Editores), en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Madrid 2006, pp.2151-2162.

²⁸ Véase además de las obras indicadas en la nota 4 supra, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Costa Rica, San José 2005; “El amparo en América Latina: La universalización del régimen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales”, en *Ética y Jurisprudencia*, 1/2003, Enero-Diciembre, Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos “Cristóbal Mendoza”, Valera, Estado Trujillo, 2004, pp. 9-34

²⁹ Véase en general, Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México 2003; y Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México 2006

³⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho de amparo y la acción de amparo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abriljunio 1985, pp. 51-61; e *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, *Derecho y Acción de Amparo*, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal 1998. Véase además, Héctor Fix Zamudio, “La teoría de Allan R. Brewer-Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano,” en *El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Ed. Civitas, Universidad Central de Venezuela, Madrid 2003, Tomo I, pp. 1125-1163.

protección de sus derechos fundamentales. Y uno de esos recursos es precisamente la acción de amparo, de tutela o de protección

Por ello, en *segundo* lugar, los mecanismos judiciales de protección de los derechos humanos a los que se refiere la Convención Americana pueden ser variados, con la condición de que deben ser efectivos, rápidos y sencillos. Pueden ser de cualquier clase, a través de cualquier medio judicial y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo. Es decir, la Convención no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección, lo que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios cuando sean efectivos como recursos rápidos y sencillos de protección constitucional.

En *tercer* lugar, debe destacarse que la Convención regula un derecho que se le debe garantizar a “toda persona” sin distinguir de ningún tipo, por lo que en el derecho interno corresponde a las personas naturales y jurídicas o morales; nacionales y extranjeras; hábiles y no hábiles; de derecho público y derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *cuarto* lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección o amparo puede interponerse ante los tribunales competentes, de manera que no necesariamente se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente corresponde al Poder Judicial o a los órganos que ejercen la Jurisdicción Constitucional aún cuando estén ubicados fuera del Poder Judicial.

En *quinto* lugar, conforme a la Convención, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos humanos que estén en la Constitución, en la ley, en la propia Convención Americana o que sin estar en texto expreso, sean inherentes a la persona humana, por lo que también son protegibles aquellos establecidos en los instrumentos internacionales. Por ello, aquí adquieren todo su valor las cláusulas enunciativas de los derechos, que los protegen aún cuando no estén enumerados en los textos, pero que siendo inherentes a la persona humana y a su dignidad, deban ser objeto de protección constitucional. La garantía del artículo 25.1, de la Convención, en todo caso, en el derecho interno, se refiere a la protección de los derechos constitucionales sin que quepa distinguir en estos, unos que sean considerados “fundamentales” y otros que no lo son. La expresión “derechos fundamentales” en el artículo 25.1 de la Convención, en el ámbito interno, equivale a derechos constitucionales, o que integran el bloque de constitucionalidad.

En *sexto* lugar, la protección que regula la Convención es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de cualquier autoridad que viole los derechos y, por supuesto, también, que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación que provenga del Estado y de sus autoridades. Es decir, no puede ni debe haber acto ni actuación pública alguna excluida del amparo, en cualquier forma, sea una ley, un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión.

Y en *séptimo* lugar, la protección que consagra la Convención es también contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de los entes públicos y sus funcionarios o de los particulares, individuos o empresas de cualquier naturaleza, que violen o amenacen violar los derechos fundamentales.

Este es, en realidad, en nuestro criterio, el parámetro que establece la Convención Americana sobre el derecho de amparo, y es ese el que debería prevalecer en los derechos internos cuando se establece la acción o recurso de amparo, donde hay que realizar un importante esfuerzo de adaptación para superar el cuadro de restricciones constitucionales o legislativas que en algunos aspectos ha sufrido la institución del amparo; que teniendo una concepción tan amplia en el texto de la Convención Americana, en muchos casos ha sido restringida.

Por lo demás, no hay que olvidar que en la mayoría de los países latinoamericanos la Convención tiene rango constitucional o rango supra legal, e incluso, en algunos tiene rango supra constitucional³¹, lo que implica la necesidad jurídica de que la legislación interna se adapte a la misma. Además, la amplitud de la regulación de la Convención Americana sobre Derechos humanos, así como el proceso de constitucionalización de sus regulaciones que ha ocurrido en América Latina, plantean tanto a la propia Corte Interamericana como a los jueces y tribunales nacionales, en ejercicio del control de convencionalidad y en ausencia de reformas legales, el reto de procurar adaptar las previsiones de la legislación interna a las exigencias de la Convención, cuyo contenido constituye, en definitiva, un estándar mínimo común para todos los Estados.

Ello implica, si nos adentramos en las regulaciones de derecho interno de muchos de nuestros países, la necesidad, por ejemplo, de que se amplíe la protección constitucional, de manera que la pueda acordar cualquier juez o tribunal y no sólo un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional del Tribunal Supremo; que se pueda lograr mediante el ejercicio de todas las vías judiciales y no sólo a través de un sólo recurso o acción de amparo como sucede en la gran mayoría de los países; que la protección se pueda asegurar respecto de todas las personas; que ello sirva para la protección de absolutamente todos los derechos constitucionales, y no sólo algunos; y contra todo acto u omisión provenga de quién provenga, incluyendo de particulares, superándose las restricciones que en este aspecto existen en muchos de nuestros países.

En este contexto, nuestra intención en estas notas es referirnos comparativamente en relación con el proceso de amparo en América latina, a dos aspectos específicos que son los derechos y las personas protegidas, es decir, en *primer lugar*, estudiar el ámbito

³¹ En relación a la clasificación de los sistemas constitucionales de acuerdo con el rango de los tratados internacionales, véase Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; Carlos Ayala Corao, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas, 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, Cámara de Diputados, México 2004, pp. 26 ss.; y Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 39, San José 2004, pp. 71 y ss. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 62 ss.

del derecho de amparo en los países latinoamericanos en cuanto a los derechos constitucionales o que integren el bloque de constitucionalidad que encuentran protección; y en *segundo lugar*, referirnos al universo de las personas protegidas, en cuanto a determinar quiénes son las personas agraviadas en sus derechos que tienen acceso a la garantía judicial.

II. LA PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS GARANTIZADOS EN LAS CONSTITUCIONES

El principio fundamental en materia de garantía de la parte dogmática de la Constitución, es decir, en materia de protección de los derechos de las personas, es que dicho derecho de protección abarca todos los derechos declarados en la misma o que por virtud de sus normas, han adquirido rango y valor constitucional, considerándose ello fuera del alcance del legislador en el sentido que dicho ámbito de protección no puede ser eliminado o disminuido mediante leyes. Por ello es que tienen tanta importancia las declaraciones constitucionales de derechos, tan características del sistema constitucional de América Latina, pues ellas le permiten al juez constitucional proceder de inmediato a asegurar su protección.

La situación es distinta en otros sistemas, como el estadounidense, donde lo que consagra la Constitución es una escueta declaración constitucional de derechos, lo que hace a veces más laboriosa la labor del juez para procurar la protección constitucional de los mismos, como ha ocurrido precisamente con los derechos sociales, en particular por ejemplo, con los derechos relativos a la educación o a la vivienda. En relación con el derecho de educación, por ejemplo, el mismo no ha sido considerado en los Estados Unidos como un derecho fundamental, razón por la cual la Corte Suprema en el caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodríguez et al.*, 411 U.S. 1; 93 S. Ct. 1278; 36 L. Ed. 2d 16; (1973), de 21 de marzo de 1.973, decidió que aunque la educación “es uno de los más importantes servicios prestados por el Estado (como se declaró en *Brown v. Board of Education*), no está dentro de la limitada categoría de derechos reconocida por esta Corte como garantizada por la Constitución.” En este caso, la Corte Suprema negó a dicho derecho la cualidad de “derecho fundamental,” insistiendo en que “la educación, no obstante su indiscutida importancia, no es un derecho al que se reconoce, explícita o implícitamente, protección por la constitución.”

Al resolver el caso, la Corte Suprema se refirió a otra decisión emitida en el caso *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), donde tratando otras materias de asistencia social pública, la Corte Suprema sentenció que:

“No es materia atribuida a esta Corte el crear derechos constitucionales sustanciales como consecuencia de garantizar la igualdad ante las leyes. De allí que la clave para descubrir si la educación es ‘fundamental’ no se puede encontrar en comparaciones sobre la significación social relativa de la educación, con la subsistencia o la vivienda. Tampoco se encontrará al sopesar si la educación es tan importante como el derecho a movilizarse. Más bien, la respuesta yace en determinar si existe un derecho a la educación, explícita o implícitamente, garantizado por la Constitución.”

En apoyo del antes mencionado criterio sentado en el caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodriguez et al.*, la Corte también se refirió a otro caso, el *Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972), resuelto un año antes y en el cual había reiterado firmemente “que la importancia social no es el determinante crítico para sujetar la legislación estatal a examen estricto,” negando rango constitucional al derecho a tener una vivienda, destacando que sin denigrar de “la importancia de una vivienda decente, segura e higiénica,” el hecho es que “la Constitución no dispone de medios judiciales para cada anomalía social o económica,” siendo la materia de competencia legislativa y no judicial.

Por consiguiente, el elemento clave para que los derechos humanos sean materia de protección constitucional - también en los Estados Unidos - es su rango o reconocimiento constitucional que tengan como tales derechos, independientemente de la posibilidad de que puedan estar además regulados por las leyes. Esta es la situación general en América Latina, donde como se dijo, la acción de amparo procede en general para la protección de todos los derechos consagrados en las Constituciones, independientemente de si además están regulados en las leyes, siendo por tanto esencial la extensión de las declaraciones de derecho.

De allí que siendo el tema central en esta materia de la protección constitucional de los derechos, el relativo a cuáles son los derechos susceptibles de tal protección, la regla general en América Latina es que todos los derechos constitucionales deben y pueden ser protegidos sin excepción.

Aun así, esta regla tiene su excepción en los casos de Chile y Colombia donde el alcance de la protección del amparo ha sido reducida a solo ciertos derechos constitucionales, habiendo sin embargo la jurisprudencia contribuido a ampliar el ámbito de protección.

1. El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales

La regla general en esta materia de los derechos protegidos por la acción de amparo es que ello se refiere a los “derechos constitucionales,” expresión que comprende, *primero*, los derechos expresamente declarados en la Constitución, cualquiera que sea la fórmula que se utilice; *segundo*, aquellos derechos que aun no estando enumerados en las Constituciones son inherentes a la persona humana; y *tercero*, aquellos derechos enumerados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado.

En palabras de las leyes de amparo de Argentina (art. 1) y de Uruguay (art. 72), la protección constitucional se refiere a los derechos y libertades “explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional.”

Ello implica, por ejemplo, en el caso de Venezuela, que todos los derechos enumerados en el Título III de la Constitución referido a los derechos humanos, garantías y deberes, son protegidos mediante la acción de amparo, enumeración que comprende los derechos de ciudadanía, los derechos civiles (o individuales), los derechos políticos, los derechos sociales y de las familias, los derechos culturales y educativos, los derechos

económicos, los derechos ambientales y los derechos de los pueblos indígenas enumerados en los artículos 19 al 129 de la Constitución. Adicionalmente, todo otro derecho y garantía constitucional derivado de otras disposiciones constitucionales también puede ser protegido aun cuando no esté incluido en el Título III, como es el caso, por ejemplo, de la garantía constitucional de la independencia del poder judicial o de la garantía constitucional de la legalidad y reserva legal de los impuestos.³²

Pero en adición a los derechos enumerados en la Constitución, en esta materia de derechos protegidos casi todos los países latinoamericanos han admitido, a través de las cláusulas abiertas garantistas de los derechos constitucionales, la protección constitucional respecto de los derechos y garantías que no están expresamente enumerados en la Constitución, pero que pueden ser considerados inherentes a la persona humana. Estas cláusulas abiertas han sido ampliamente aplicadas por los tribunales latinoamericanos, no quedando duda en relación con la posibilidad de que un derecho o garantía no enumerado pueda ser protegido constitucionalmente; formula que tiene su directo antecedente en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual, sin embargo, allí solo se ha aplicado en pocas ocasiones.

Por ejemplo, en el caso *Griswold v. Connecticut*, de 7 de junio de 1965 (1965, 381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678; 14 L. Ed. 2d 510), la Suprema Corte declaró que, aunque no estuviese expresamente mencionado en la Constitución, el derecho a la privacidad marital, comprendido en el concepto de libertad, debía ser considerado como un derecho constitucional, y por tanto protegido constitucionalmente.

En América Latina, con excepción solamente en el caso de Cuba, Chile, México y Panamá, en las Constituciones se han incluido cláusulas abiertas sobre los derechos que se consideran que tienen rango constitucional y que por tanto pueden ser objeto de protección, enfatizándose en el principio de que la declaración o enunciación de derechos establecida en la Constitución no se puede entender como la negación de otros derechos no enumerados expresamente en las mismas y que son inherentes al individuo o a su dignidad humana. Cláusulas de este tipo se encuentran por ejemplo en las Constituciones de Argentina (art. 33), Colombia (art. 94), Costa Rica (art. 74), Ecuador (art. 84), Guatemala (art. 44), Honduras (art. 63), Nicaragua (art. 46), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), Uruguay (art. 72) y también en Venezuela (art. 22).

La Constitución de la República Dominicana es menos expresiva, indicando solamente que la enumeración constitucional de los derechos “no tiene carácter limitativo y, por consiguiente, no excluye otros derechos y garantías de igual naturaleza” (art. 74.1). La Constitución de Ecuador, por su parte, se refiere a que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (art. 11.7).

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Vol. V, Derecho y Acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal 1998, pp. 209 ss. Véase decisión de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, caso Fecadove, en Rafael Chavero G., *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Ed. Sherwood, Caracas, 2001, p. 157.

En otros casos, como la Constitución de Brasil, la cláusula abierta, sin referirse a los derechos inherentes de la persona humana, indica que la enumeración de derechos y garantías en la Constitución, no excluye otros derechos derivados del “régimen y principios establecidos por la Constitución o por los tratados internacionales en los cuales la República Federativa de Brasil sea parte” (art. 5.2). La Constitución de Costa Rica, al referirse a esos derechos no enumerados, los identifica como los “que se deriven del principio cristiano de justicia social” (art. 74), una expresión que puede interpretarse en el sentido de la dignidad humana y justicia social.

En otras Constituciones, en vez de referirse a derechos inherente a la persona humana, las cláusulas abiertas se refieren a los que se derivan de los principios de la soberanía del pueblo y los relativos a la forma republicana de gobierno, haciéndose mayor énfasis respecto de los derechos políticos que respecto de los derechos inherentes de la persona humana. Este es el caso de Argentina, donde el artículo 33 de la Constitución establece que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.” Disposiciones similares están contenidas en las Constituciones de Bolivia (art. 13.II) y Uruguay (art. 72). En Perú (art. 3) y Honduras (art. 63) las Constituciones se refieren a otros derechos de naturaleza análoga o que están fundamentados en la “dignidad del hombre o en la soberanía del pueblo, el imperio democrático de la ley y la forma republicana de gobierno.”

En todos estos casos, la incorporación de cláusulas abiertas en las Constituciones respecto de los derechos humanos protegidos, implica que la ausencia de regulaciones legales relativas a dichos derechos no puede ser invocada para negar o menoscabar su ejercicio por las persona ni su protección, tal como se expresa en el texto de muchas Constituciones (Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela y Ecuador).

Pero además de los derechos declarados en la Constitución y de aquellos derivados de las cláusulas abiertas como inherentes a la persona humana, los derechos declarados en los tratados internacionales también pueden ser protegidos mediante la acción de amparo. Esto está también expresamente previsto en muchos países donde a los derechos declarados en tratados internacionales se les ha conferido rango constitucional, como es el caso de Venezuela (Constitución, art. 23), y de México con la reforma de la Constitución sancionada en 2111. Asimismo, en Costa Rica, por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución es absolutamente claro al garantizar el derecho de toda persona a intentar acciones de amparo para mantener o restablecer el goce de todos los derechos declarados en la Constitución, “así como de aquellos de naturaleza fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.”

En el mismo sentido se ha regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009 de Ecuador, la cual establece en su artículo 1 que “esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.”

Por consiguiente, el alcance de la protección constitucional a través del proceso de amparo en América Latina puede considerarse que es en general muy amplio, lo que ha provocado incluso que en algunos países -a fin de determinar el alcance de la protección constitucional del amparo y habeas corpus- las leyes especiales que regulan el proceso de amparo tiendan a ser exhaustivas al enumerar los derechos a ser protegidos. Ese es el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237 de 2.004) enumera e identifica expresamente cuáles son los derechos a ser protegidos mediante el amparo y el habeas corpus.

Respecto de este último, el artículo 25 de la Ley contiene una lista extensa de derechos, añadiendo a la misma que “también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y de la inviolabilidad del domicilio.”

Asimismo y respecto de la acción de amparo, el mismo Código peruano de procedimientos constitucionales incluye una larga lista de derechos a ser protegidos (art. 37), incluyendo al final una referencia a todos “los demás que la Constitución reconoce,” resolviendo así los problemas que normalmente origina la práctica de enumerar situaciones específicas en las leyes, lo que siempre origina el riesgo general de dejar supuestos por fuera.

La Ley guatemalteca de amparo también tiende a agotar la enumeración de casos en los cuales la acción de amparo puede intentarse,³³ añadiendo asimismo que su admisión se extiende a cualquier situación que presente un riesgo, amenaza, restricción o violación de los derechos reconocidos por “la Constitución y las leyes de la República de Guatemala,” independientemente de que la situación sea causada por entidades o personas de derecho público o privado.

En todos estos casos, cuando se enumeran sin limitación los derechos constitucionales a ser protegidos mediante las acciones de amparo y habeas corpus, sobre todo si no hay riesgo de dejar por fuera de la protección derechos constitucionales, indudablemente que estas leyes enumerativas son importantes instrumentos para la protección judicial de los derechos y para la interpretación jurisprudencial sobre el alcance de dichos derechos a ser protegidos.

2. El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales

Aun cuando el principio general en América Latina es que todos los derechos constitucionales pueden ser objeto de protección constitucional mediante el amparo y hábeas corpus, sin embargo, la realidad es que no todas las Constituciones latinoamericanas garantizan esa protección constitucional para todos los derechos constitucionales.

Es el caso de las Constituciones de Chile y de Colombia, en las cuales en contraste con el sentido general de la protección constitucional latinoamericana, las acciones

³³ Véase. Jorge Mario García La Guardia, “La Constitución y su defensa en Guatemala,” en *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 717-719; y *La Constitución Guatemalteca de 1985*, México, 1992.

específicas de tutela y de protección de los derechos y libertades constitucionales, está establecida en esa Constitución solamente para proteger ciertos derechos y garantías. En estos casos, el alcance de la acción de amparo es por tanto restringido, siguiéndose la orientación de los sistemas restrictivos que caracterizan las Constituciones alemana y española en relación con los recursos de amparo que están establecidos únicamente para la protección de solo una categoría de derechos constitucionales que los llamados “derechos fundamentales.”

A. La acción de protección chilena para determinados derechos

En Chile, aparte de la acción de hábeas corpus establecida para proteger a cualquier individuo contra arrestos inconstitucionales, detenciones y encarcelamiento; el recurso de protección está establecido sólo para garantizar algunos derechos constitucionales enumerados en el artículo 19, numerales 1, 2, 3 (parágrafo 4o.), 4, 5, 6, 9 (parágrafo final), 11, 12, 13, 15, 16 de la Constitución y en el cuarto párrafo y numerales 19, 21, 22, 23, 24 y 25 de la misma constitución.

Dicha lista abarca principalmente a los derechos civiles o individuales, incluyendo algunos derechos sociales, como el derecho a elegir un sistema de salud pública, la libertad para enseñar y trabajar, y el derecho de afiliarse a sindicatos laborales; así como algunos derechos relativos a la libertad económica y a la propiedad; y el derecho a tener un ambiente descontaminado.

Aparte de todos estos derechos y libertades constitucionales, los otros derechos consagrados en la Constitución, sin embargo, no tienen un medio específico de protección constitucional, estando su protección a cargo de los tribunales ordinarios a través de los procedimientos judiciales ordinarios.

B. La acción de “tutela” colombiana para la protección de derechos fundamentales

En el caso de Colombia, además del hábeas corpus, la Constitución también establece en su artículo 86, la acción de *tutela* para la protección inmediata de lo que se denominan como “derechos constitucionales fundamentales,” que es una categoría específica de los derechos declarados en el texto constitucional

En efecto, el Título II de la Constitución está destinado a enumerar “los derechos, garantías y deberes,” lo que hace en tres capítulos: el Capítulo 1 que contiene la lista de los “derechos fundamentales;” el Capítulo 2 que enumera los derechos sociales, económicos y culturales; y el Capítulo 3 que se refiere a los derechos colectivos y al ambiente sano.

De esta declaración constitucional de derechos resulta que solamente los llamados “derechos fundamentales” enumerados en el Capítulo 1 (art. 11 a 41) son los derechos constitucionales que se pueden proteger por medio de la *acción de tutela*, quedando los demás excluidos de la misma, pudiendo sin embargo ser protegidos sólo por los medios judiciales ordinarios.

Por otro lado, el artículo 85 de la Constitución también indica que entre esos “derechos fundamentales,” están los de “inmediata aplicación” que son los protegidos por

la acción de *tutela*. La lista también se refiere a los derechos civiles y políticos, y entre los derechos sociales, incluye la libertad de enseñanza. Otros derechos consagrados en otros artículos de la Constitución también se califican como “derechos fundamentales,” como son los que se refieren a los niños, enumerados en el artículo 44, sobre la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social.

En todo caso, en Colombia, y no obstante esta norma limitante, respecto de derechos que no están expresamente calificados en la Constitución como “fundamentales,” la Corte Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, ha reconocido progresivamente tal carácter a otros derechos, extendiendo la protección de la acción de *tutela* respecto de derechos no definidos como tales, pero que ha considerado como interdependientes con otros que sí tienen tal naturaleza, como el derecho a la vida.

En este sentido, en una de sus primeras sentencias (n° T-02 del 8 de mayo de 1992) emitida en un caso sobre derechos de la educación, la Corte Constitucional sentenció que el criterio principal para identificar “derechos fundamentales” es “determinar si son o no derechos esenciales de los seres humanos,” tarea que siempre debe realizar el juez de *tutela*, quien debe comenzar su sentencia analizando los primeros noventa y cuatro artículos de la Constitución, y si es necesario, además, aplicando la cláusula abierta sobre derechos humanos inherentes a las personas humanas.

Estos artículos interpretados por la Corte Constitucional a la luz de la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos, le han permitido inferir lo que se pueden considerar como derechos inalienables, inherentes y esenciales de los seres humanos, lo que ha provocado que de hecho, la lista de “derechos fundamentales” del Capítulo 1 del Título II de la Constitución ya no sea exhaustiva de los que deben considerarse como “derechos fundamentales,” no excluyendo otros derechos de la posibilidad de ser considerados como tal, y por tanto, dentro del ámbito de protección mediante la acción de *tutela*.³⁴

Con la finalidad de identificar esos derechos fundamentales, la Corte Constitucional aplicó el principio de la “conexión” que debe existir entre los derechos constitucionales, en particular, sobre en materia de derechos económicos, culturales y sociales, sentenciando que es posible aceptar la acción de *tutela* con respecto a esos derechos en los casos en los cuales también haya ocurrido la violación de un derecho fundamental.

Por ejemplo, en la sentencia No T-406 del 5 de junio de 1992, la Corte admitió una acción de *tutela* presentada en el caso de una inundación de cloacas o drenaje público, en el cual el accionante demandó la protección del derecho a la salud pública, del derecho a un ambiente sano y del derecho a la salud de la población en general. Aunque la acción de tutela fue rechazada por el tribunal inferior al considerar que en el caso no estaban involucrados “derechos fundamentales,” la Corte Constitucional la admitió al considerar que el derecho a un sistema de drenaje público, en circunstancias en las que evidentemente quedaban afectados los derechos constitucionales fundamentales, tales como la dignidad

³⁴ Véase. sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992, en Manuel José Cepeda, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Legis, Bogotá, 2001, pp. 49–54.

humana, el derecho a la vida, o los derechos de los discapacitados, debía considerarse como un derecho objeto de la protección constitucional mediante la acción de *tutela*.³⁵

A través de este principio interpretativo de la conexión con los derechos fundamentales, de hecho, los tribunales colombianos comenzaron a proteger casi todos los derechos constitucionales, incluso aquellos no enumerados como derechos fundamentales.

3. La cuestión de la protección de los derechos en situaciones de emergencia

Otra cuestión que debe mencionarse sobre la situación de los derechos constitucionales como objeto de protección mediante la acción de amparo, es el alcance y extensión de tal protección constitucional en situaciones de excepción o de emergencia.

Esta cuestión se discutió, por ejemplo, en Venezuela, en los años noventa del siglo pasado, frente a la norma del artículo 6.7 de la Ley Orgánica de Amparo de Venezuela de 1988, que dispuso que la acción de amparo es inadmisibile “en caso de suspensión de los derechos y garantías” cuando, en casos de conflicto interno o externo, se declarase una situación de emergencia. Esta disposición, por supuesto, puede considerarse que fue tácitamente derogada debido al rango prevalente que tenía la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de las leyes internas conforme al artículo 23 de la Constitución de 1999) la cual al contrario, dispone que incluso en casos de emergencia, las garantías judiciales de los derechos constitucionales no pueden ser suspendidas. A pesar de que Venezuela denunció la Convención Americana en 2012, el principio sigue rigiendo, lo que incluso motivó que en la reforma fallida de la Ley Orgánica de Amparo que se sancionó en 2014, pero que nunca fue promulgada, se hubiese eliminado la previsión de inadmisibilidad en esos casos.

En contraste con esa disposición de la Ley venezolana, el principio normativo prevalente en América Latina es que las acciones de amparo y habeas corpus siempre se pueden presentar incluso en situaciones de emergencia o de excepción, como por ejemplo se declara expresamente en el artículo 1º del Decreto que regula la acción de *tutela* en Colombia. Con respecto al habeas corpus, de modo similar, el artículo 62 de la Ley de Amparo nicaragüense establece que en caso de suspensión de las garantías constitucionales de libertad personal, el recurso de exhibición personal se mantendrá en vigor. El Código Procesal Constitucional peruano también establece el principio que durante los regímenes de emergencia, no se suspenderán los procesos de amparo y habeas corpus, así como los demás procesos constitucionales.³⁶

En el caso de Argentina, con respecto a la garantía de habeas corpus, la Ley de Habeas Corpus establece que en el caso de un estado de sitio, cuando se restringe la

³⁵ Véase sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, en *Idem*, pp. 55–63.

³⁶ Según el artículo 23 del Código, cuando los recursos se presentan con respecto a los derechos suspendidos, el tribunal debe examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, siguiendo estos criterios: 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales no suspendidos; 2) Si se refiere a los derechos suspendidos, no teniendo el fundamento del acto restrictivo del derecho una relación directa con los motivos que justifican la declaración del estado de emergencia; 3) Si se refiere a los derechos suspendidos, y el acto restrictivo del derecho es evidentemente innecesario o injustificado teniendo en cuenta la conducta del agraviado o la situación de hecho evaluada brevemente por el juez.

libertad personal, es admisible el proceso de habeas corpus cuando se dirige a probar, en un caso particular: 1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; 2) la relación entre la orden de privación de libertad y la situación que origina la declaración del estado de sitio; y 3) el ilegítimo empeoramiento de las condiciones de detención.

El asunto, en todo caso, lo resolvió definitivamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de una *Opinión Consultiva* que requirió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la interpretación de los artículos 2.1 y 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el fin de determinar si el decreto de habeas corpus era una de las garantías judiciales que según la última cláusula del artículo 2.2 de esa Convención, no podían ser suspendidas por un Estado parte de la Convención.³⁷

En su *Opinión Consultiva OC-8/87* del 30 de enero de 1987 (*Habeas Corpus en Situaciones de Emergencia*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que si bien es cierto que “en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado,” es imperativo que “las garantías judiciales esenciales para su protección permanezcan vigentes (art. 27.2),”³⁸ añadiendo que estos medios judiciales que “deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, son aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud” (Párr. 29).

También en 1986, el Gobierno de Uruguay solicitó una Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance de la prohibición de suspensión de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana, resultando ello en la emisión de la *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987 (*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*), en la que la Corte, siguiendo su ya citada *Opinión Consultiva OC-8/97*, acordó que “la declaración de un estado de emergencia... no puede conllevar la supresión o ineffectividad de las garantías judiciales que la Convención requiere de los Estados Miembros para establecer la protección de los derechos no sujetos a derogación o suspensión por el estado de emergencia,” concluyendo que “es violatoria

³⁷ El artículo 27 de la Convención autoriza a los estados, en tiempo de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un estado-parte, a tomar medidas que deroguen sus obligaciones según la convención, pero con la declaración expresa que eso no autoriza ninguna suspensión de los siguientes artículos: art. 3 (Derecho a la Personalidad Jurídica), art. 4 (Derecho a la Vida), art. 5 (Derecho al Trato Humanitario), art. 6 (Libertad de la Esclavitud), art. 9 (Irretroactividad de las Leyes), art. 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), art. 17 (Derechos de la Familia), art. 18 (Derecho al Nombre), art. 19 (Derechos del Niño), art. 20 (Derecho a la Nacionalidad), y art. 23 (Derecho a Participar en el Gobierno) o de las garantías jurídicas esenciales para la protección de esos derechos.

³⁸ Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Habeas corpus en situaciones de emergencia, Parágrafo 27. v. en Sergio García Ramírez (Coord.), La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, pp. 1.008 ss.

de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías.”³⁹

La Corte Interamericana también indicó que las garantías judiciales “indispensables” que no están sujetas a suspensión, incluyen “aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos,” y que “las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención” (Párr. 41. 2 y 41. 3).

4. *El tema de la protección constitucional de los derechos sociales*

La cuestión más importante en materia de control judicial de los derechos constitucionales en América Latina mediante el ejercicio de las acciones de amparo, es la relativa a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos países, muchos de esos derechos no están declarados en las Constituciones, careciendo, por consiguiente, de protección judicial constitucional al no tener rango constitucional, salvo que se consideren inherentes a la persona humana. En otros países, como es el mencionado caso de Colombia y Chile, muchos de esos derechos sociales no se enumeran dentro de los “derechos fundamentales,” los cuales son, en general, los únicos que se pueden proteger mediante las acciones de *tutela* y de protección; situación que ha venido siendo corregida en la jurisprudencia particularmente en el caso de Colombia.

Sin embargo, debe decirse que incluso en países que no establecen distinción alguna respecto de los derechos protegidos, la cuestión de la protección constitucional de esos derechos económicos, sociales y culturales sigue siendo un tema importante y debatido, particularmente porque en algunos casos se requiere de algún tipo de legislación adicional para que la protección pueda tener plena viabilidad.

Estos derechos, en particular los derechos sociales, generalmente implican la obligación del Estado de proveer o prestar servicios o de cumplir determinadas actividades, para lo cual el gasto público debe disponerse respecto de cada servicio, dependiendo de las decisiones políticas del gobierno. Como consecuencia de ello, en muchos casos se ha planteado que las disposiciones que establecen tales derechos solo pueden ser objeto de aplicación una vez que el órgano legislativo del Estado sancione la legislación que disponga el alcance de su disfrute (así como también las obligaciones del Estado), de manera que después el Poder Ejecutivo adopte políticas públicas específicas. Sin embargo, este enfoque ha sido cuestionado, en particular con base en el principio de la conexión que existe entre los derechos sociales y los individuales o civiles, lo que ha implicado la

³⁹ Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Parágrafos 25, 26. La conclusión de la corte fue entonces que deben considerarse como las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. (parágrafo 41, 1). Idem, pp. 1.019 ss.

necesidad de considerar nuevos principios derivados del concepto de Estado Social y del funcionamiento del Estado social de derecho.

Por ejemplo, en esta materia, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia No. T-406 del 5 de junio de 1992, estableció el principio de que esos derechos tienen su razón de ser en el hecho de que su satisfacción mínima es una condición indispensable para el disfrute de los derechos civiles y políticos pues “sin el respeto de la dignidad humana en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el Capítulo primero del Título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo.” Por eso, la Corte Constitucional consideró que “la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental.”

En consecuencia, según la Corte Constitucional, el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales no se puede limitar a la relación política entre el Constituyente y el Legislador, en el sentido que la eficacia de la Constitución no puede estar sólo en manos de este último; al contrario, “la norma constitucional no tendría ningún valor, y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.”⁴⁰

Basándose en estos argumentos, la Corte Constitucional de Colombia concluyó su sentencia diciendo que debido al hecho que “la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales plantea un problema, no de generación de recursos sino de asignación de recursos, y que por lo tanto se trata de un problema político [...] la aceptación de la tutela para los derechos en cuestión, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental.”⁴¹

A partir de esta sentencia, el principio de la “conexión” entre los derechos sociales y los derechos fundamentales con respecto a su control jurisdiccional, desarrollado en otros países como México (derecho a la vida) y en los Estados Unidos (no discriminación), también se ha aplicado en Colombia.

En consecuencia, en esos países, cuando no exista tal conexión entre un derecho fundamental y uno social, éste último no puede ser protegido por sí mismo mediante una acción de *tutela*. Ese fue el caso, por ejemplo, del derecho constitucional a tener una vivienda o habitación digna, con respecto al cual la misma Corte Constitucional colombiana decidió que, en tal caso, “al igual que otros derechos de contenido social, económico o cultural, no se otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado en una forma directa e inmediata su plena satisfacción.”⁴²

Estos problemas relativos a las condiciones políticas necesarias para la efectividad de algunos derechos sociales, económicos y culturales ha sido la base de la discusión, en derecho constitucional contemporáneo, no acerca de si esos derechos (como la educación, la salud, la seguridad social o la vivienda) tienen o no rango constitucional, sino

⁴⁰ Véase Sentencia T-406 del 5 de junio de 1.992 en Manuel José Cepeda, Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional, Legis, Bogotá, 2001, p. 61.

⁴¹ Idem, p. 61.

⁴² Véase sentencia T-251 del 5 de junio de 1995, Idem, p. 486.

acerca de si pueden ser objeto de protección judicial constitucional, es decir, acerca de la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante acciones judiciales contra el Estado.⁴³

III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO DERECHO DE TODAS LAS PERSONAS AGRAVIADAS

El otro aspecto del proceso de amparo que queríamos destacar es el relativo al ámbito de las personas protegidas. Como se ha destacado, las Constituciones declaran derechos fundamentales de las personas, respecto de las cuales el juez competente en materia de amparo es el llamado a garantizar su goce y ejercicio por ellas, lo que en efecto plantea el tema de determinar quiénes son personas agraviadas en los procesos de amparo, es decir, de las que pueden ser accionantes, quejosos, peticionarios.

En principio, por supuesto, esa capacidad o la legitimación procesal corresponde a las personas titulares de los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, situación que le da particular interés para poder intentar la acción de protección ante el tribunal competente.

Por eso, la acción de amparo se ha considerado en principio como una acción *in personam* por lo cual el accionante debe ser precisamente la persona agraviada; lo que implica que generalmente se considere en América Latina, como sucede con las *injunctions* del sistema estadounidense, que la acción de amparo debe ser personalizada, en el sentido de que se atribuye a una persona particular la cual, por gozar del derecho lesionado, tiene un interés personal en el caso y su resultado.⁴⁴

En este sentido, por ejemplo, la Ley de Amparo nicaragüense prevé que sólo la parte agraviada puede intentar la acción de amparo, definiendo como tal a “toda persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada por toda disposición, acto o resolución, y en general, toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos” (art. 23).⁴⁵

Esto plantea, por tanto, diversas cuestiones respecto de quienes pueden ser parte agraviada o lesionada en un proceso de amparo, como son las relativas a la legitimación activa o al derecho a accionar, las relativa a la calidad del accionante en el sentido de si tiene que ser sólo una persona física o ser humano, o una persona jurídica o puede ser una corporación. Otros aspectos que se deben considerar son la posibilidad de que el Ministerio Público o los Defensores del Pueblo puedan intentar la acción de amparo.

⁴³ Sobre esta materia véase Allan R. Brewer-Carías, “La justiciabilidad de los derechos sociales,” ponencia presentada al II Congreso Internacional sobre “Los Derechos Económicos y Sociales y su exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho”, auspiciado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 26 al 29 de noviembre de 2014.

⁴⁴ Véase Kevin Schroder et al, “Injunction,” *Corpus Juris Secundum*, Thomson West, Vol. 43A, 2004; M. Glenn Abernathy and Barbara A. Perry, *Civil Liberties Under the Constitution*, University of South Carolina Press, 1993, p. 4.

⁴⁵ En este mismo sentido, la Ley N° 437-06 que establecía el Recurso de Amparo de la República Dominicana disponía que “Cualquier persona física o moral, sin distinción de ninguna especie, tiene derecho a reclamar la protección de sus derechos individuales mediante la acción de amparo.” (art. 2).

1. *La persona agraviada y la cuestión de la legitimación activa*

En el proceso de amparo, como la acción tiene carácter personal, el accionante, como parte agraviada, en principio puede ser solamente el titular del derecho lesionado,⁴⁶ es decir, la persona cuyos derechos constitucionales han sido agraviados o amenazados de agravio. Así, en principio nadie puede intentar una acción de amparo alegando en nombre propio el derecho que pertenece a otro. Es por eso que la acción de amparo es una acción personal o “subjetiva” en el sentido que sólo puede intentarla ante los tribunales la parte agraviada, con un interés personal, legítimo y directo, la cual puede actuar *in personam* o a través de su representante.⁴⁷ Este es el mismo principio que se aplica en la legitimación activa para procurar la medida de *injunction* estadounidense, que sólo se atribuye a la persona agraviada,⁴⁸ pues solo ella es la que puede intentar la acción.⁴⁹

Aunque ésta es la regla general en América Latina, algunas leyes de amparo sin embargo autorizan a personas distintas de las partes agraviadas o sus representantes a intentar la acción de amparo en su representación,⁵⁰ siendo entonces posible distinguir al respecto entre la *legitimatío* o legitimación activa *ad causam* y la *legitimatío* o legitimación activa *ad processum*.⁵¹ La primera se refiere a la persona o entidad titular del derecho constitucional particular que se ha violado; y la segunda, a la capacidad particular de las personas para actuar en el proceso (capacidad procesal), es decir, a la capacidad de comparecer ante el tribunal y utilizar los procesos adecuados para apoyar una demanda, que puede referirse a sus propios derechos o a los derechos de otros.

La legitimación activa *ad causam* corresponde en principio a cualquier persona cuyos derechos constitucionales han sido lesionados, o amenazados de ser lesionados, y que tenga derecho a procurar la protección de los tribunales por medio de la acción de amparo; bien sea por ser *personas naturales* o seres humanos (sin distinción entre

⁴⁶ En este sentido el artículo 567 del Código Procesal Civil paraguayo establece que “[L]a acción de amparo será deducida por el titular del derecho lesionado o en peligro inminente de serlo”.

⁴⁷ Véase decisión de 27 de agosto de 1.993 (caso Kenet E. Leal) en Revista de Derecho Público, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 322; y decisión del Primer Tribunal de control jurisdiccional de acciones administrativas, del 18 de noviembre de 1993, en Revista de Derecho Público, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 325-327.

⁴⁸ Véase el caso *Alabama Power Co. v. Alabama Elec. Co-op., Inc.*, 394 F.2d 672 (5° Cir. 1968), en John Bourdeau et al., “Injunctions,” en Kevin Schroder, John Glenn and Maureen Placilla (Ed.), *Corpus Juris Secundum*, Vol 43A, West 2004, p. 229.

⁴⁹ Como se establece, por ejemplo, específicamente en Ecuador. v. *Hernán Salgado Pesantes*, Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 81. En Costa Rica, aunque la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que la acción puede intentarla cualquier persona (art. 33), la Sala Constitucional ha interpretado que se refiere a cualquier persona cuyos derechos constitucionales hayan sido agraviados (v. Decisión 93-90). Véase la referencia en Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 2001, p. 234; y en caso de una acción de amparo presentada por una persona distinta de la parte agraviada, esta última debe aprobar la presentación para que continúe el proceso. De otro modo, faltaría la legitimación activa. v. Decisión 5086-94, en *Idem*, p. 235.

⁵⁰ Artículo 567 Código de Procedimiento Civil, Paraguay.

⁵¹ Véase en general, Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 81 ss.; Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 162 ss.

ciudadanos, incapacitados o extranjeros) o una persona *jurídica* o moral.⁵² En algunos casos, la legitimación activa también corresponde a grupos de personas o entidades colectivas aún sin “personalidad” jurídica formal atribuida por ley, como se ha admitido en Chile con respecto al recurso de protección.⁵³

A. Las personas naturales: Legitimación activa ad causam y ad processum

El principio general en las leyes de amparo en América Latina es que todos los seres humanos, cuando sus derechos constitucionales son arbitraria o ilegítimamente agraviados o amenazados, tienen la necesaria legitimación para intentar la acción de amparo. En la expresión “personas” usada en tales leyes, están comprendidas todas las personas naturales sin distinción. La expresión, por supuesto, no equivale a “ciudadanos,” que son aquellas personas que por nacimiento o por naturalización son miembros de la comunidad política representada por el Estado. Sin embargo, estas personas, como ciudadanos, serían las únicas que tendrían la legitimación necesaria para la protección de ciertos derechos políticos, como el derecho al voto o a la participación en la política.

Por otro lado, en materia de amparo, los extranjeros tienen en principio el mismo derecho general que los nacionales y tienen la necesaria legitimación para ejercer el derecho al amparo. Sólo en México se encuentra una excepción respecto a las decisiones del Presidente de la República, dictadas según la Constitución, para la expulsión de extranjeros, medida que se encuentra excluida del amparo.⁵⁴

Excepto en este caso particular, el principio general en América Latina es que toda persona lesionada tiene la legitimación *ad causam* para intentar la acción de amparo. Por ello, en México, la Suprema Corte en ejercicio del control de convencionalidad declaró contrario al artículo 25 de la Convención Americana el artículo 76 bis.II de la Ley de Amparo, el cual dejó de aplicarse, pues limitaba la protección que otorga solamente al reo excluyendo a la víctima.⁵⁵ En esta materia de garantías

⁵² La palabra “personas” en las leyes de amparo se usa para designar personas humanas o entidades reconocidas por la ley como sujetos de derechos y deberes, incluyendo corporaciones o compañías: Argentina (art. 5: “persona individual o jurídica”); República Dominicana (art. 2: “Cualquier persona física o moral”); Colombia (art. 1: “Toda persona”); Ecuador (art. 9.a: “cualquier persona”); El Salvador (art. 3 y 12: “Toda persona”); Guatemala (art. 8: “las personas”), Honduras (art. 41: “toda persona agraviada”; art. 44: “cualquier persona natural o jurídica”); México (art. 4: “la parte a quien perjudique la ley”); Panamá (art. 2615: “Toda persona”); Perú (art. 39: “El afectado es la persona legitimada”); Uruguay (art. 1: “cualquier persona física o jurídica, pública o privada”); Venezuela (art. 2: “personas naturales y jurídicas”). En el Reglamento de Filipinas, la petición del amparo también está disponible a “cualquier persona” cuyo derecho a la vida, la libertad y la seguridad, haya sido violado” (Sec. 1).

⁵³ La Constitución chilena, en materia de legitimación activa, se refiere a “el que” (quien), sin referirse a “personas” (art. 20). v. Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero A., Aspectos procesales del recurso de protección, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 15, 50. v. el caso RP, Federación Chilena de Hockey y Patinaje, C. de Santiago, 1984, RDJ, T, LXXXI, N° 3, 2da. P., Secc. 5ta, p. 240. Sin embargo, en otras decisiones judiciales se ha sostenido el criterio contrario. v. la referencia en Sergio Lira Herrera, El recurso de protección. Naturaleza jurídica. Doctrina. Jurisprudencia, Derecho Comparado, Santiago, 1990, pp. 144–145.

⁵⁴ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, La acción constitucional de amparo en México y España, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 230.

⁵⁵ Tesis 2ª CXXXVII/202 y J.26/2003, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta 9ª. Época Tomo XVI, noviembre de 2002, p. 449 y Tomo XVIII, agosto de 2003, p.175; citadas por Alfonso Jaime Martínez Lazcano, “Control difuso de convencionalidad en México,” en Boris Barrios González (Coordinador), Temas de Derecho

constitucionales, las leyes deben interpretarse en sentido amplio, como ocurre por ejemplo en el caso de la Ley de amparo venezolana la cual aunque prevé en su primer artículo que la acción de amparo puede intentarla “toda persona natural habitante de la República,”⁵⁶ se entiende la expresión como referida a cualquier persona, incluso a quienes no viven en el país.⁵⁷

Los menores, por supuesto, también tienen legitimación *ad causam*, pero sólo están autorizados para intentar acciones de amparo para proteger sus derechos constitucionales a través de sus representantes (padres o tutores), quienes, en esos casos, tienen legitimación *ad processum*. Sólo excepcionalmente la Ley mexicana permite que los menores actúen personalmente cuando sus representantes estén ausentes o impedidos.⁵⁸ En Colombia, cuando el representante de un menor está en situación de incapacidad para asumir su defensa, cualquiera puede actuar representando a la parte agraviada (art. 10).⁵⁹

Excepto en aquellos casos en que los representantes de personas naturales incapaces sean llamados a actuar, la regla general de legitimación activa *ad processum* por tanto, respecto de las personas naturales, es que tienen la posibilidad de comparecer ante el tribunal como personas agraviadas en defensa de sus propios derechos. En consecuencia, como asunto de principio, ningún otro puede actuar judicialmente en nombre de la persona agraviada, excepto cuando un representante es nombrado legalmente o actúa con un poder notariado o carta de autorización (Paraguay, art. 567).

Sin embargo, una excepción general a esta regla se refiere a la acción de habeas corpus, en cuyo caso, como generalmente la persona agraviada está físicamente impedida de actuar personalmente por sufrir detención o libertad limitada, las leyes de amparo autorizan a cualquier persona a intentar la acción en representación suya.⁶⁰

Procesal Constitucional Latinoamericano, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 209.

⁵⁶ Véase referencias en Allan R. Brewer-Carías, Instituciones Políticas y Constitucionales, Vol. V, El derecho y la acción de Amparo, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1998, p. 319. La misma antigua Corte Suprema, en ejercicio de su potestad de control jurisdiccional difuso, declaró inconstitucional la referencia limitante del artículo 1 de la Ley al subrayar el carácter de “habitantes de la República”, sentenciando en contrario, que cualquier persona, viva o no en la República, cuyos derechos sean agraviados en Venezuela, tiene suficiente legitimación para intentar la acción de amparo. v. Sentencia de 13 de diciembre de 1994, caso Jackroo Marine Limited. Véase la referencia en Rafael Chavero, El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela, Caracas, 2001, pp. 98–99.

⁵⁷ La misma antigua Corte Suprema, por el ejercicio de su potestad de control jurisdiccional difusa, declaró inconstitucional la referencia limitante del artículo 1 de la ley al subrayar el carácter de “habitantes de la República”, sentenciando en contrario, que cualquier persona, viva o no en la República, cuyos derechos sean agraviados en Venezuela, tiene suficiente legitimación para intentar la acción de amparo. V. Sentencia de 13 de diciembre de 1994, caso Jackroo Marine Limited. Véase la referencia en Rafael Chavero, El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela, Caracas, 2001, pp. 98–99.

⁵⁸ Este es el caso de México, donde la Ley de Amparo prevé que un menor “podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o impedido” y añade que “el juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.” (art. 6).

⁵⁹ Lo que el Legislador quiso asegurar en este caso fue la posibilidad de una efectiva protección de los derechos, por ejemplo, en casos de violencia física infligida por los padres con respecto a sus hijos, en cuyo caso un vecino es la persona que puede intervenir para intentar una acción de tutela. De otro modo, la acción protectora, en tales casos, no podría ser intentada, particularmente porque los padres son los representantes legales de sus hijos. Véase Juan Carlos Esguerra Portocarrero, La protección constitucional del ciudadano, Lexis, Bogotá, 2005, p. 122.

⁶⁰ Argentina (art. 5: cualquiera que lo represente); Bolivia (art. 89: cualquiera en su nombre); Guatemala (art. 85: cualquier otra persona); Honduras (art. 19: cualquier persona); México (art. 17: cualquier otra persona en su nombre);

En el mismo sentido, algunas leyes de amparo, para garantizar la protección constitucional, también establecen la posibilidad de que otras personas actúen representando a la parte agraviada e intenten la acción en su nombre. Puede ser cualquier abogado o familiar como se establece en Guatemala (art. 23), o cualquier persona como se establece en Paraguay (art. 567), Ecuador (art. 9.1), Honduras, Uruguay⁶¹ y Colombia, donde cualquiera puede actuar en nombre de la parte agraviada cuando esta última esté en situación de incapacidad para asumir su propia defensa (art. 10).⁶² El mismo principio está establecido en el Código Procesal Constitucional de Perú.⁶³

Otro aspecto que se debe mencionar sobre la legitimación activa es que algunas leyes de amparo latinoamericanas, en forma restrictiva obligan al accionante a nombrar formalmente a un abogado que le asista como, por ejemplo, se indica en el Código Judicial panameño (art. 2.261).

B. Personas Jurídicas: Legitimación activa ad causam y ad processum

Aparte de las personas naturales, también las personas jurídicas gozan de derechos constitucionales, por lo que tienen derecho a intentar acciones de amparo cuando los mismos han sido violados, de modo que las asociaciones, compañías, fundaciones o corporaciones también pueden intentar acciones de amparo,⁶⁴ por ejemplo, para proteger su derecho a la no discriminación, al debido proceso legal, a la defensa o a los derechos económicos o de propiedad, en cuyo caso, por supuesto, deben actuar a través de sus directores o representantes según sus estatutos (México, art. 8). Por ello, la jurisprudencia en Venezuela ha establecido que la acción de amparo no está restringida a proteger

Nicaragua (art. 52: cualquier habitante de la República); Perú: (art. 26: cualquiera a su favor); Venezuela (art. 39: cualquiera que lo represente). En México, la ley impone en la parte agraviada la obligación de ratificar expresamente la interposición del recurso de amparo, al punto que si la queja no se ratifica, se reputará no presentada (art. 17).

⁶¹ En Honduras, la Ley sobre Justicia Constitucional autoriza a cualquier persona actuar por la parte agraviada, sin necesidad de poder, en cuyo caso el artículo 44 prevé que prevalecerá el criterio de la parte agraviada (art. 44). En Uruguay (art. 3) la Ley N° 16.011 sobre la Acción de Amparo prevé que en casos en los que la parte agraviada, por sí misma o por su representante, no pudiese intentar la acción, entonces cualquiera puede hacerlo por ella, sin perjuicio de la responsabilidad del agente si éste hubiese actuado con fraude, malicia o culpable ligereza (art. 4).

⁶² Véase Carlos Augusto Patiño Beltrán, *Acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2000, p. 10; y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, Lexis, Bogotá, 2005, p. 122.

⁶³ El artículo 41 del Código establece: “Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.”

⁶⁴ También es el caso de Colombia, donde la acción de tutela se estableció para la protección de los “derechos fundamentales” de aplicación inmediata, que incluyen los de las personas jurídicas, como el derecho de petición (art. 23), al debido proceso y a la defensa (art. 29) y a la revisión de decisiones judiciales (art. 31). En Ecuador, la legitimación activa de las personas jurídicas para intentar una acción de amparo fue negada por Marco Morales Tobar en “La acción de amparo y su procedimiento en el Ecuador,” *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, pp. 281–282. Así también en la República Dominicana, donde el juicio de amparo fue admitido por la Suprema Corte, incluso sin disposición constitucional o legal, precisamente en un caso presentado ante la Corte por una compañía comercial (Productos Avon S.A.) v. por ejemplo, Juan de la Rosa, *El recurso de amparo, Estudio Comparativo*, Santo Domingo, 2001, p. 69.

“derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales,” pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales.”⁶⁵

En este contexto de la legitimación dada a las personas jurídicas para intentar acciones de amparo, el Código Procesal Civil paraguayo enumera particularmente a los partidos políticos con capacidad reconocida por las autoridades electorales; a las entidades con personería gremial o profesional, las entidades con personería gremial o profesional; y las sociedades o asociaciones con fines no contrarios al bien común (art. 568).

Una cuestión importante sobre la legitimación activa de las personas jurídicas para intentar acciones de amparo se refiere a la posibilidad de que las entidades de derecho público puedan hacerlo, es decir, a la capacidad de las entidades públicas de intentar acciones de amparo.

Históricamente, la acción de amparo, como medio judicial específico para la protección de derechos constitucionales, se concibió originalmente para la defensa de los individuos o personas naturales contra los funcionarios o entidades públicas; es decir, como una garantía para protegerse frente al Estado. Por eso, inicialmente, era inconcebible que una entidad pública intentara una acción de amparo contra otras entidades públicas o privadas. Sin embargo, ya que las entidades públicas pueden como cualquier persona jurídica, ser titulares de derechos constitucionales, se admite en general que puedan intentar acciones de amparo para la protección de sus derechos. Esto es así expresamente en Argentina,⁶⁶ en Uruguay, donde está expresamente regulado en la Ley de amparo al referirse a la “persona física o jurídica, pública o privada” (art. 1). y es el caso también en Venezuela.⁶⁷

También en México se admite expresamente que las corporaciones públicas intenten acciones de amparo pero sólo con referencia a sus intereses patrimoniales lesionados (art. 9), lo que significa que de ninguna otra manera puede una entidad pública en México como, por ejemplo, un estado, una municipalidad o una corporación pública,

⁶⁵ Véase sentencia N° 1395 de 21 noviembre de 2000, caso Estado Mérida y otros vs. Ministro de Finanzas, en Revista de Derecho Público, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 315 ss.

⁶⁶ Véase José Luis Lazzarini, *El Juicio de Amparo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 238–240; 266. Entre los casos de amparo decididos en Argentina como consecuencia de las medidas económicas de emergencia adoptadas por el gobierno en 2001, que congelaron todos los depósitos en cuentas de ahorro y corrientes de todos los bancos y los convirtieron de dólares americanos a pesos devaluados argentinos, uno que se debe mencionar es el caso San Luis, sentenciado por la Corte Suprema el 5 de marzo de 2003, en el cual no sólo declaró la corte la inconstitucionalidad del Ejecutivo sino que en ese caso ordenó al “Banco Central o el Banco de la Nación Argentina le entreguen a la provincia dólares billetes de los plazos fijos que individualiza, o su equivalente en pesos según el valor de la moneda estadounidense en el mercado libre de cambios”. El aspecto interesante del juicio fue su presentación por la Provincia de San Luis contra el Estado Nacional y el Banco Central de la Nación Argentina, es decir, un Estado Federal (Provincia de San Luis) contra el Estado Nacional, para la protección de los derechos constitucionales a la propiedad del primero. v. comentarios en Antonio María Hernández, *Las emergencias y el orden constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culsoni Editores, México, 2003, pp. 119 ss.

⁶⁷ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en decisión N° 1395 de 21 de noviembre de 2.000, declaró que los “entes político-territoriales como los Estados o Municipios [pueden] acudir al amparo para defender los derechos o libertades de los que puedan ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley.” Véase el Caso Estado Mérida et al. vs. Ministro de Finanzas, en Revista de Derecho Público, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 315 ss.

intentar una acción de amparo, pues de otro modo resultaría en un conflicto entre las autoridades que no podría resolverse a través de esta acción judicial.⁶⁸

Es en este mismo sentido, que en Perú, el Código Procesal Constitucional también expresamente declara la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando se refiere a “conflictos entre entidades de derecho público interno,” es decir, entre ramas del poder público u órganos constitucionales o gobiernos locales o regionales que deban ser dirimidos mediante los procedimientos constitucionales establecidos en el Código (art. 5,9).⁶⁹

Esta misma discusión general sobre la posibilidad de ejercer la acción de amparo entre entidades públicas ha surgido en los sistemas federales, en particular cuando se dirigen a proteger la garantía constitucional de autonomía y autogobierno políticos. En Alemania, por ejemplo, se admite que los municipios, o grupos de municipios, puedan intentar una querrela constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal alegando que su derecho a la autonomía o al autogobierno, garantizados en la Constitución (art. 28-2), ha sido violado por una disposición legal federal.⁷⁰ Esta posibilidad fue rechazada en México pues, aunque los artículos 103, III y 107 de la Constitución establecen que la acción de amparo es admisible en casos de controversias que surgen por “leyes o actos de las autoridades de los estados o del distrito federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal,” se entienden sólo referidos a la protección de los derechos y garantías individuales y, de ninguna manera, dirigidos a establecer una acción de amparo para la protección de la autonomía constitucional de los Estados con respecto a las invasiones por el Estado federal.⁷¹

En Venezuela, que también es un Estado organizado con forma federal, el asunto se discutió con referencia a la protección de los derechos de la autonomía política de los Estados y Municipios garantizados en la Constitución y respecto de la posibilidad de intentar una acción de amparo para su protección. Una acción intentada con tal propósito, por ejemplo, por los municipios, fue rechazada por la antigua Corte Suprema de Justicia, argumentando que las entidades político territoriales, como personas morales, no pueden intentar acciones de amparo sino sólo para la protección de derechos constitucionales en estricto sentido, excluyendo de la protección las garantías constitucionales como la de la

⁶⁸ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 244–245; Richard D. Baker, *Judicial Review in México. A Study of the Amparo Suit*, University Press of Texas, Austin, 1971 pp. 107–109..

⁶⁹ El código sustituyó la disposición de la Ley 25.011 de Habeas Corpus y Amparo de 1982 que declaraba inadmisibles las acciones de amparo, pero cuando proceden “de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones” (Ley 25011, art. 6.4). V. comentarios sobre esta disposición en la derogada Ley 25.011 en Víctor Julio Orchetto Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Editorial Rhodas, Lima, p. 169.

⁷⁰ En el caso de violaciones por una ley del l nder, tal recurso se intentará ante el Tribunal Constitucional del l nder respectivo (art. 93,1,4 de la Constitución). Una situación similar, aunque debatible, se encuentra en Austria con respecto al recurso constitucional. Sea cual fuese el caso, por supuesto, no se trataría de un amparo para la protección de derechos fundamentales, sino más bien de una garantía constitucional específica de la autonomía de entidades locales.

⁷¹ Véase referencia en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 246, nota 425.

autonomía territorial.⁷² Con argumentos similares, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia también rechazó en 2000 una acción de amparo interpuesta por un Estado de la federación contra el Ministerio de Finanzas ya que, según se alegaba, afectaba su autonomía financiera.⁷³

Por otro lado, en sistemas como los de Brasil, donde el *mandado de segurança* sólo se puede intentar contra el Estado y no contra personas individuales, se considera que el Estado mismo o sus dependencias no pueden intentar el recurso.⁷⁴

C. Legitimación activa y la protección de derechos constitucionales colectivos y difusos

Como antes se dijo, la característica general del proceso de amparo es su carácter personal, en el sentido que puede sólo iniciarlo ante los tribunales competentes el titular de los derechos, su representante o una de las partes agraviadas.⁷⁵

Sin embargo, no todos los derechos constitucionales son individuales; y al contrario, algunos son colectivos por naturaleza, en el sentido que corresponden a grupos de personas más o menos definidos, de modo que su violación no sólo lesiona los derechos personales de cada uno de los individuos que los disfruta, sino también a todo el grupo de personas o colectividades a los que pertenecen esos individuos. En tales casos, entonces, la acción de amparo también puede intentarla el grupo o asociación de personas que representan a sus asociados, incluso aun cuando no tengan formalmente el carácter de “persona jurídica.”⁷⁶

En algunos casos, como en Venezuela, la Constitución establece expresamente como parte del derecho constitucional de todas las personas, el derecho de tener acceso a la justicia y el procurar la protección no sólo de los derechos personales sino también de los “colectivos” o “difusos” (art. 26). Los primeros han sido considerados como los referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, conformado por un conjunto de personas como sería el caso grupos profesionales, grupos de vecinos o los gremios. En cuanto a los derechos difusos, son los que buscan asegurar en general un nivel de vida aceptable, de manera que al afectarlos se lesiona el nivel de vida de toda la comunidad o sociedad, como sucede con los daños al ambiente o a los consumidores.⁷⁷

⁷² Véase sentencia de 2 de octubre de 1997, en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 122–123.

⁷³ Véase sentencia N° 1395 de 21 de noviembre de 2000, Caso Estado Mérida et al. v. Ministro de Finanzas, en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 315 ss.

⁷⁴ Véase Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de Segurança*, Editora Forense, Río de Janeiro, 1993, pp. 68 ss.; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 267–268.

⁷⁵ Algunas legislaciones como la brasileña, respecto del *mandado de segurança* establecen que en el caso de amenazas o violaciones de derechos relativos a algunas personas, cualquiera de ellas puede intentar la acción (art. 1,2). En Costa Rica también, respecto del derecho constitucional a rectificación y respuesta en caso de agravios, la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que cuando los agraviados son más de una persona, cualquiera de ellas puede intentar la acción; y en los casos en los que los agraviados pueden ser identificados con un grupo o colectividad organizada, la legitimación para actuar debe ejercerla su representante autorizado (art. 67).

⁷⁶ Es por eso que el Código Procesal Civil de Paraguay, por ejemplo, al definir la legitimación activa en materia de amparo, además de personas físicas o jurídicas, se refiere a partidos políticos debidamente registrados, entidades con personería gremial o profesional y sociedades o asociaciones que, sin investir el carácter de personas jurídicas, no contrarían, según sus estatutos, el bien público (art. 568). En Argentina, la Ley de Amparo también prevé la legitimación activa para intentar acciones de amparo a estas asociaciones que, sin ser formalmente personas jurídicas, pueden justificar, según sus propios estatutos, que no se oponen al bien público (art. 5).

⁷⁷ Véase sentencia N° 656 de la Sala Constitucional, del 30 de junio de 2000, caso Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional, citada en sentencia N° 379 del 26 de febrero de 2003, caso Mireya Ripanti et vs. Presidente

En esos casos, cualquier persona procesalmente capaz puede intentar la acción para impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece. Lo mismo se aplica, por ejemplo, en los casos de una acción de amparo interpuesta para la protección de derechos electorales, en cuyo caso, cualquier ciudadano invocando los derechos generales de los votantes puede intentar la acción,⁷⁸ admitiéndose incluso en estos casos de intereses difusos o colectivos que la legitimación activa la puedan tener las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad.⁷⁹

Estas acciones “colectivas” de amparo dirigidas a proteger derechos difusos,⁸⁰ particularmente en materia de ambiente, han sido establecidos expresamente en las Constituciones en América Latina, como es el caso en Argentina, donde la Constitución prevé que la acción de amparo puede intentarlo “el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley” (art. 43) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.⁸¹ En Perú, el artículo 40 de Código Procesal Constitucional también autoriza para intentar la acción de amparo a cualquier persona “cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.” De forma similar, en Brasil, la Constitución

de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), en *Revista de Derecho Público*, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss.

⁷⁸ En tales casos, la Sala incluso ha concedido medidas de precaución con efectos erga omnes “tanto para las personas naturales y organizaciones que han solicitado la protección de amparo constitucional como para todos los electores en su conjunto.” Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 483 del 29 de mayo de 2.000, caso *Queremos Elegir* y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 82, 2000, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 489–491. En el mismo sentido, v. sentencia de la misma Sala N° 714 de 13 de julio de 2000, caso *APRUM*, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 319 ss.

⁷⁹ Véase la referencia y comentarios en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 110–114.

⁸⁰ En la República Dominicana y antes de la aprobación de la Ley N° 437-06 que establece el Recurso de Amparo en 2.006, cuando la Suprema Corte admitía la acción de amparo, los tribunales admitían que cualquier persona con capacidad legal e interés en el cumplimiento general de derechos humanos colectivos, tales como el derecho a la educación, podía intentar una acción de amparo si la materia no era sola y exclusivamente particular. v. Sentencia N° 406-2 del 21 de junio de 2001, Juzgado de Primera Instancia de San Pedro Macoris. v. referencia en Miguel A. Valera Montero, *Hacia un Nuevo concepto de constitucionalismo*, Santo Domingo, 2006, pp. 388–389.

⁸¹ Cuatro acciones colectivas específicas resultaron de este artículo: amparo contra cualquier forma de discriminación; amparo para la protección del ambiente; amparo para la protección de la libre competencia, y amparo para la protección de los derechos del usuario y del consumidor. Por eso, respecto de la discriminación, el objeto de este amparo no es la discriminación respecto de un individuo en particular sino respecto de un grupo de personas entre las cuales existe un nexo o tendencia común que da origen a la discriminación. Véase Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 94. Por otro lado, respecto a la protección del ambiente, se formaliza la tendencia que comenzó a consolidarse después de un caso de 1983 en el que se presentó un amparo para la protección del equilibrio ecológico para la protección de los delfines. La Corte Suprema aceptó en tal caso la posibilidad que cualquiera, individualmente o en representación de su familia, intentara una acción de amparo para la conservación del equilibrio ecológico debido al derecho de cualquier ser humano de proteger su hábitat. Véase Alí Joaquín Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Astrea Buenos Aires, 1987, pp. 81–89. Sobre las asociaciones que pueden interponer demandas colectivas de amparo, la Corte Suprema de Argentina también ha considerado que no requieren registro formal. v. Sentencias 320:690, caso *Asociación Grandes Usuarios* y Sentencia 323:1339, caso *Asociación Benghalensis*. Véase las referencias en Joaquín Brage Camazano, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 92–93.

estableció un *mandado de segurança* llamado *colectivo*, dirigido a la protección de derechos difusos o colectivos y a ser intentado por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, los sindicatos, las instituciones colectivas o las asociaciones legalmente establecidas en defensa de los intereses de sus miembros y que deben haber estado funcionando al menos el año anterior (art. 5.69.2).⁸²

En Ecuador, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permite que la acción sea intentada directamente por “cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado.” Debe también mencionarse el caso de Costa Rica, donde el amparo colectivo se ha sido admitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema en materia de ambiente, basándose en las disposiciones constitucionales que establecen el derecho de todos “a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” (art. 50), por lo que cualquier persona queda “legitimada para denunciar los actos que infrinjan tal derecho.”⁸³

Sin embargo, al contrario de la tendencia mencionada que amplía la acción de amparo para la protección de derechos colectivos, en México el proceso de amparo sigue teniendo carácter esencialmente individual, basado en el interés personal y directo⁸⁴ del accionante. El único caso en el cual, en cierta forma el amparo protege intereses colectivos es aquel relacionado con el amparo para la protección de campesinos y de propietarios agrarios colectivos.⁸⁵

También en Colombia, el principio general respecto a la acción de *tutela* es su carácter personal y privado, de modo que sólo puede ser presentada por el sujeto del derecho individual fundamental protegido por la Constitución.⁸⁶ Esto no significa, sin embargo, que los derechos difusos o colectivos no estén protegidos, pues la Constitución ha regulado, además de la acción de *tutela*, la “acción popular” o acción de grupo,⁸⁷ es

⁸² Además, desde 1985 se ha desarrollado en Brasil una “acción civil colectiva”, con tendencias similares a las Acciones Colectivas de los Estados Unidos, muy ampliamente utilizadas para la protección de derechos de clases, como los consumidores, aunque limitando la legitimación activa a las entidades públicas (nacionales, estatales y municipales) y a las asociaciones. v. Antonio Gidi, Acciones de grupo y “amparo colectivo” en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), Derecho Procesal Constitucional, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Porrúa, Tomo III, México, 2003, pp. 2.538 ss.

⁸³ Véase sentencia 1700-03. v. referencia en Rubén Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Juricentro, San José, 2001, pp. 239–240.

⁸⁴ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 56.

⁸⁵ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, La acción constitucional de amparo en México y España, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 233 ss.

⁸⁶ Véase Juan Carlos Esguerra Portocarrero, La protección constitucional del ciudadano, Lexis, Bogotá, 2005, p. 121. Por eso el artículo 6,3 de la Ley de Tutela expresamente dispone que la acción de tutela es inadmisibles cuando los derechos que se busca proteger son “derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política”, en particular porque para tal propósito se estableció un medio judicial especial llamado “acciones populares”. El artículo 6,3 de la Ley de Tutela añadió que lo anterior no impide que el titular de derechos amenazados o violados pueda intentar una acción de tutela en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos y el de sus propios derechos amenazados o violados, amenazados o violados, cuando se trata de prevenir un perjuicio irremediable.

⁸⁷ Estas acciones populares son aquellas establecidas en la constitución para la protección de derechos e intereses relacionados con la propiedad pública, el espacio público, la seguridad y salud públicas, la moral administrativa, el

decir, acciones colectivas similitudes a las *class actions* estadounidenses,⁸⁸ que han resultado muy efectivas para la protección de los derechos civiles en casos de discriminación.

2. *Funcionarios públicos con legitimación activa en el proceso de amparo*

A pesar de su carácter personal, incluso en casos de acciones para la protección de derechos colectivos y difusos, generalmente se acepta que algunos funcionarios públicos ostenten la legitimación activa necesaria para intentar acciones de amparo representando a la comunidad o a grupos de personas. Tradicionalmente éste ha sido el caso del Ministerio Público y en las últimas décadas del Defensor del Pueblo o de los Derechos Humanos, cargos que existen en casi todos los países latinoamericanos.

En efecto, un aspecto importante del sistema latinoamericano de defensa de los derechos humanos y en particular respecto a la legitimación activa en casos de amparo, ha sido la creación de entidades constitucionales autónomas llamadas Defensorías del Pueblo o Defensorías de los Derechos Humanos con el propósito particular de proteger y procurar la protección de los derechos constitucionales, en particular de los derechos constitucionales difusos.

En algunos casos, estas instituciones siguen las líneas generales del modelo de Ombudsman escandinavo, inicialmente concebido como una institución parlamentaria independiente para la protección de los derechos de los ciudadanos, en particular en relación con la Administración Pública, como ocurre en Argentina⁸⁹ (Defensor

ambiente, la libre competencia económica, y otros de naturaleza similar. Todos éstos son derechos difusos y para su protección, la ley 472 de 1998 ha regulado estas acciones populares. Esta ley también regula otros tipos de acciones para la protección de derechos en casos de agravios sufridos por un número plural de personas. Sobre las acciones populares, éstas las puede intentar cualquier persona u Organización No Gubernamental, organizaciones populares o cívicas, entidades públicas con funciones contraloras cuando el agravio o amenaza no se originan debido a sus actividades, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo, los fiscales distritales y municipales, y los alcaldes y funcionarios públicos que por sus funciones deben defender y proteger los derechos antes citados (art. 12). Sobre las acciones de grupo establecidas para la protección de una pluralidad de personas en caso de sufrir lesiones en sus derechos de modo colectivo, la Ley 472 de 1998 establece estas acciones con fines básicamente de indemnización y sólo pueden ser interpuestas por veinte individuos, actuando todos en su propio nombre. Por tanto, no son acciones dirigidas a proteger a toda la población o colectividad, sino sólo a una pluralidad de personas que tienen los mismos derechos y buscan su protección.

⁸⁸ Regulada por la regla N° 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil e incoadas para la protección de los derechos civiles, ésta regla dispone que, en casos de una clase en las que sus integrantes tengan intereses de hecho o de derecho comunes a dicha clase pero que por ser tantos harían impracticable la tarea de reunirlos a todos, la acción pueda intentarla uno o más de dichos integrantes -como partes accionantes representativas de la clase- si las acciones de éstas son acciones características de la clase y si tales representantes protegerían de modo justo y adecuado los intereses de ella (Regla N° 23, Acciones Colectivas, a).

⁸⁹ Dentro del primer grupo y cerca del modelo europeo, la constitución argentina, en el capítulo referido al Poder Legislativo (art. 86), establece al Defensor del Pueblo para la protección de los derechos humanos con respecto a la Administración Pública. Se concibe como una entidad independiente en el ámbito del Congreso, que actúa con autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos, garantizados en la constitución y las leyes, contra hechos, actos u omisiones de la Administración Pública y controlar el ejercicio de las funciones administrativas. El Defensor del Pueblo es nombrado por el Congreso con dos tercios de los votos de los miembros presentes en la votación y sólo puede ser removido de la misma manera.

del Pueblo), Paraguay (Defensor del Pueblo)⁹⁰ y Guatemala (Procurador de Derechos Humanos).⁹¹

En otros países latinoamericanos la institución se ha concebido con mayor autonomía, en particular con respecto al parlamento y otras ramas del gobierno, habiéndose establecido para la protección de los derechos humanos sin tener relación específica con la Administración Pública. Éste es el caso de Colombia (Defensor del Pueblo),⁹² Ecuador (Defensor del Pueblo)⁹³ y El Salvador (Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos)⁹⁴ aunque en estos dos últimos países se ha organizado dentro del Ministerio Público. Éste es también el caso de México (Comisión de Derechos Humanos),⁹⁵ Bolivia (Defensor del Pueblo),⁹⁶ Perú (Oficina del Defensor del Pueblo),⁹⁷ y Nicaragua

⁹⁰ En la Constitución de Paraguay, el Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario para la protección de los derechos humanos, la canalización de las demandas populares y la protección de los intereses comunitarios, sin ninguna función judicial o ejecutiva (art. 276). Es elegido por la Cámara de Diputados a partir de una propuesta del Senado con el voto de dos tercios de sus miembros.

⁹¹ En Guatemala, la constitución establece un Procurador de Derechos Humanos como comisionado parlamentario elegido por el Congreso a partir de una propuesta de una Comisión de Derechos Humanos integrada por representantes de los partidos políticos presentes en el Congreso. Su misión es defender los derechos humanos y supervisar la Administración Pública (art. 274). La ley de amparo en Guatemala da suficiente cualidad al Fiscal y al Procurador de Derechos Humanos para intentar acciones de amparo “a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados” (art. 25).

⁹² En Colombia, el Defensor del Pueblo, elegido por la Cámara de Diputados del Congreso a propuesta formulada por el presidente de la república, fue creado como parte del Ministerio Público (art. 281) con la misión específica de vigilar la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. De entre sus facultades está el invocar el derecho al habeas corpus e incoar acciones de tutela, sin perjuicio de los derechos de la parte interesada. La Ley de Tutela también autoriza al Defensor del Pueblo a intentar estas acciones en nombre de cualquier persona cuando se le fuere solicitado, en caso que la persona se encuentre en situación de desprotección (arts. 10 y 46) o cuando se trate de colombianos residentes en el exterior del país (art. 51). En tales casos, el Defensor del Pueblo será considerado parte en el proceso junto con la parte agraviada (art. 47).

⁹³ El Defensor del Pueblo en Ecuador es una institución completamente independiente y autónoma con respecto a las clásicas ramas del gobierno y es también elegido por el Congreso con el voto de dos tercios de sus miembros (art. 96). Entre sus funciones está defender y promover el respeto por los derechos constitucionales fundamentales, vigilar la calidad de los servicios públicos y promover y apoyar las acciones de habeas corpus y de amparo a solicitud de parte. La ley que regula la materia en Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, también autoriza al Defensor del Pueblo a intentar acciones de habeas corpus y de amparo (arts. 9.1).

⁹⁴ En El Salvador, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos es parte del Ministerio Público, junto con el Fiscal General y el Procurador General de la República (art. 191), todos elegidos por la Asamblea Legislativa con el voto de dos tercios de sus miembros. Dentro de sus funciones está vigilar por el respeto y garantía de los derechos humanos y la promoción de acciones judiciales para su protección (art. 194).

⁹⁵ En México, la constitución también ha establecido que el Congreso y las legislaturas estatales deben crear entidades para la protección de los derechos humanos y recibir quejas respecto de actos u omisiones administrativas de cualquier autoridad, salvo las del poder judicial que violen tales derechos. A nivel nacional, la entidad se llama Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

⁹⁶ En Bolivia, la constitución también crea al Defensor del Pueblo con el propósito de vigilar por la aplicación y respeto de los derechos y garantías de la persona con respecto a actividades administrativas de todo el sector público para la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos (art. 127). El Defensor del Pueblo no recibe instrucciones de los poderes públicos y es elegido por el Congreso (art. 128). Entre sus funciones está intentar acciones de amparo y habeas corpus sin necesidad de un poder (art. 129).

⁹⁷ En Perú, la constitución también crea el despacho del Defensor del Pueblo como órgano autónomo, cuya cabeza es elegida por el Congreso también con el voto de dos tercios de sus miembros (art. 162) con el propósito de defender los derechos humanos y fundamentales de las personas y de la comunidad y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. El Código Procesal Constitucional autoriza al Defensor del Pueblo, en el ejercicio de sus competencias, a intentar acciones de amparo (art. 40).

(Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos).⁹⁸ También en Venezuela, la Constitución de 1999 creó la institución conocida como el Defensor del Pueblo, siguiendo la tendencia de crear un órgano independiente y autónomo del Estado para la protección de los derechos humanos pero, en este caso, con la situación extrema de establecerlo formalmente como una rama separada del poder público.⁹⁹

La tendencia general con respecto a todas estas instituciones constitucionales autónomas para la protección de los derechos humanos es la facultad que se les atribuye de intentar acciones de amparo, particularmente en relación con la protección de derechos constitucionales difusos, teniendo entonces la necesaria legitimación para intentar una acción, por ejemplo, en casos de protección de los derechos de los pueblos indígenas, del derecho al ambiente y el derecho de los ciudadanos a la participación política.

3. La cuestión de la legitimación activa de otros funcionarios públicos en el recurso de amparo

El efecto principal de la creación de todas estas instituciones constitucionales autónomas para la protección de los derechos humanos, con legitimación activa para intentar acciones de amparo, es la falta de legitimación activa que las otras instituciones del Estado tienen para iniciar el procedimiento de amparo.

Sin embargo, en países donde no se han creado esas instituciones específicas para la protección de los derechos humanos, o donde éstas tienen un alcance limitado, a otras entidades como los fiscales (del Ministerio Público) o el Procurador General se le ha otorgado la necesaria capacidad para han intentar acciones en representación del pueblo en protección de los derechos humanos.

Este ha sido el caso de los Estados Unidos, donde algunos funcionarios públicos, y en particular el Procurador General se los ha considerado con suficiente legitimación activa para intentar *injunctions* en protección de los derechos humanos,¹⁰⁰ lo cual se generalizó después de la sentencia de la Suprema Corte en el caso de *Brown vs. Board*

⁹⁸ En Nicaragua, la constitución sólo establece que la Asamblea Nacional nombrará al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos (art. 138.30).

⁹⁹ La Constitución de Venezuela de 1.999 a este respecto establece una penta-separación de poderes, distinguiendo cinco ramas de gobierno, separando las ramas legislativa, ejecutiva, judicial, electoral y ciudadana; creando al Defensor del Pueblo dentro del Poder Ciudadano, en adición al despacho del Fiscal General y del Contralor General (art. 134). El Defensor del Pueblo fue creado para la promoción, defensa y supervisión de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, así como también para los intereses legítimos colectivos y difusos de los ciudadanos (art. 281). En particular y según el artículo 281 de la Constitución, también tiene entre sus atribuciones vigilar el funcionamiento del poder de los servicios públicos y promover y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos del pueblo contra las arbitrariedades o desviaciones de poder en la prestación de tales servicios, estando autorizado a intentar las acciones necesarias para pedir la compensación de los agravios causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos. También tiene entre sus funciones la posibilidad de intentar acciones de amparo y de *hábeas corpus*.

¹⁰⁰ El Procurador General, por supuesto, ha tenido la legitimación requerida para la protección del interés general del estado, por ejemplo, en el control del servicio de correos, como lo admitió la Corte Suprema en sentencia *In Re Debs*, 158 U.S. 565, 15 S.Ct. 900, 39 L.Ed. 1092 (1895), siendo en tal caso la parte contra los miembros de un sindicato de trabajadores de ferrocarriles que amenazaban el funcionamiento de los trenes. Unos años antes, el Congreso, mediante la ley Sherman, contra los monopolios, atribuyó facultad al Procurador General para activar procesos de enjunciones a fin de impedir restricciones al comercio.

of *Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955), al declarar inconstitucional el sistema escolar dual (“separados pero iguales”). Después de esta sentencia y mediante la Ley de Derechos Civiles de 1.960, el Congreso comenzó a autorizar al Procurador General para que interpusiera *injunctions* en protección de los derechos humanos, particularmente con el fin de implementar la Décima quinta Enmienda al referirse, por ejemplo, al derecho de votar sin discriminaciones.¹⁰¹ La consecuencia de estas reformas ha sido que el Procurador General, al representar los Estados Unidos, ha dejado de participar en procesos de derechos civiles como *amicus curia* solamente, habiendo jugado un papel prominente incoando *injunctions* en protección de derechos civiles¹⁰² procurando la protección, por ejemplo, en materia de seguridad y salud públicas.¹⁰³

En los países latinoamericanos, excepto por el ya mencionado caso de la legitimación activa conferida al Defensor del Pueblo o de los Derechos Humanos, o en algunos casos a los fiscales del Ministerio Público,¹⁰⁴ ningún otro funcionario u organismo público tiene la facultad de invocar la representación de derechos colectivos o difusos con la finalidad de intentar una acción de amparo.

En este sentido, por ejemplo, en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo decidió rechazar una acción de amparo presentada por el Gobernador de uno de los Estados federados, resolviendo que los Estados y Municipios no pueden intentar acciones para la protección de derechos e intereses difusos y colectivos excepto si una ley los autoriza expresamente.¹⁰⁵

Esta doctrina fue ratificada en otra sentencia pronunciada en 2001, en la cual la Sala Constitucional también negó a los Gobernadores o Alcaldes legitimación activa para intentar acciones colectivas, argumentando que “el Estado venezolano, como tal, carece de ella [legitimación activa], ya que tiene mecanismos y otras vías para lograr el cese de las lesiones a esos derechos e intereses, sobre todo por la vía administrativa.”¹⁰⁶

¹⁰¹ Véase ha señalado Owen R. Fiss: “La iniciativa legislativa inmediatamente siguiente -la Ley de Derechos Civiles de 1.960- fue dispuesta en gran parte para perfeccionar las armas de *injunctions* del Procurador General en favor del derecho al sufragio. En cada una de las siguientes leyes sobre derechos civiles -las de 1.964 y 1.968- se repitió el mismo patrón: se autorizó al Procurador General para incoar medidas de *injunction* a fin de exigir el cumplimiento de una amplia gama de derechos – servicios públicos (p. ej. restaurantes), instalaciones estatales (p. ej. parques), escuelas públicas, empleos y vivienda –.” Véase Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 21.

¹⁰² Véase Owen M. Fiss and Doug Rendleman, *Injunctions*, Second Edition, University Casebook Series, The Foundation Press, Mineola, New York, 1984, p. 35..

¹⁰³ Por eso, por ejemplo, los procedimientos de *injunctions* en casos del ejercicio ilegal de la medicina y de otras profesiones conexas han sido interpuestas por el Procurador General, una Comisión Estatal de Salud y un abogado del condado. v. por ejemplo *State ex rel. State Bd. Of Healing Arts v. Beyrle*, 269 Kan. 616, 7 P3d 1194 (2000), *Idem*, p. 276 ss.

¹⁰⁴ En Argentina, se ha aceptado la legitimación activa del Procurador General para intentar acciones de amparo. v. Néstor Pedro Sagüés, “El derecho de amparo en Argentina,” en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el Mundo*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 59. En México, la Ley de Amparo autoriza al Ministerio Público Federal a intentar acciones de amparo en casos criminales y de familia, aunque no en casos civiles o comerciales (art. 5, I,IV).

¹⁰⁵ Sentencia del 21 de noviembre de 2000. Caso William Dávila. Gobernación Estado Mérida. Véase comentarios en Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Caracas, 2001, p. 115.

¹⁰⁶ Véase sentencia de la Sala Constitucional n° 656 del 30 de junio de 2000, caso Defensor del Pueblo vs. Comisión Legislativa Nacional, como se cita en sentencia n° 379 del 3 de febrero de 2.003, Mireya Ripanti et al. vs. Presidente

En consecuencia, a las autoridades de los Estados y Municipios (Gobernadores y Alcaldes) se les ha negado legitimación activa para intentar acciones de amparo que persigan la protección de derechos constitucionales colectivos cuando los infrinjan autoridades nacionales.

New York, febrero de 2017

de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), en Revista de Derecho Público, n° 93–96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 152 ss.

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA POTESTAD DEL LEGISLADOR DE REGULAR SOBRE SU DEMOCRACIA INTERNA

Texto de la conferencia en el Acto de Presentación de la obra colectiva: *Seminario Internacional sobre la Participación Política y los Partidos Políticos*, Fundación Equidad, Santo Domingo 2017, Santo Domingo 21 de marzo de 2018.

En la República Dominicana, como sucede en la casi totalidad de los Estados democráticos, los partidos políticos son instrumentos corporativos cuya libre organización - garantizada por el Estado - persigue canalizar la participación ciudadana en los procesos democráticos. En la clasificación general de las personas jurídicas, los mismos se establecen como personas jurídicas de derecho privado, pues son constituidas por los particulares, pero por sus fines públicos, sujetas a las regulaciones que establezca el Estado mediante ley precisamente para asegurar que los mismos se cumplan.¹

Por ello, entre los múltiples temas jurídicos referidos a los partidos políticos, hay dos de especial interés a los cuales quiero referirme esta tarde, con ocasión de presentar este valioso libro en el cual se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas en el *Seminario Internacional sobre Participación Política y Partidos Políticos* celebrado en Santo Domingo en diciembre de 2017, y organizado por la *Fundación Equidad* de República Dominicana y, en momentos en los cuales precisamente se discute en el Congreso de este país un Proyecto de Ley de Partidos Políticos, en el cual se plantea reformar la Ley Electoral en esa particular materia.

¹ Véase sobre el régimen de los partidos políticos, con especial referencia a Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, “El régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en Venezuela” en *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 51, Caracas, octubre-diciembre 1964, pp. 263-295; “Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano” en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N° 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46; y “Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela”, en Daniel Zovatto (Coordinador), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, International IDEA, México 2006, pp. 893-937.

Esos dos temas, que son además los planteados en general en el mundo contemporáneo en el análisis de los partidos políticos son, por una parte, el relativo a la naturaleza jurídica de la personalidad jurídica de los partidos políticos; y por la otra, el alcance de las regulaciones legales que el legislador pueda establecer sobre su funcionamiento interno.

Sobre el primer tema, el relativo a la naturaleza de los partidos políticos y con particular referencia a la República Dominicana, los mismos sin duda, en mi criterio, son personas jurídicas no estatales de derecho privado. Éstas son en general las constituidas por los particulares mediante fórmulas asociativas, y que en el derecho comparado tienen comúnmente su fuente de regulación en un solo cuerpo normativo como puede ser el Código Civil. Pero ese no es el caso de la República Dominicana, donde a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, las diversas personas jurídicas de derecho privado están reguladas en una multiplicidad de leyes.

Así, las personas jurídicas asociativas o sociedades civiles en realidad son las únicas que están reguladas en el Código Civil (art. 1832 y ss.),² estando las sociedades mercantiles reguladas en la Ley No. 479-08 General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de 2008.³ En cuanto a las asociaciones sin fines de lucro las mismas están reguladas en la Ley 122-05 de 2004,⁴ entre las cuales están las fundaciones y las asociaciones profesionales.

En el Reglamento de esta última Ley 122-05 (Decreto No. 40-08 8 de abril de 2005), sin embargo, se indica expresamente que las disposiciones de la Ley se aplican a “todas las [otras] asociaciones conformadas voluntariamente por personas físicas o jurídicas, con vistas a la consecución de un fin de interés común o general no lucrativo.” De ese régimen general, sin embargo, como lo dispone el mismo Reglamento, quedan excluidas de su aplicación precisamente los partidos políticos, y además, los sindicatos y cualesquiera otras instituciones reguladas por leyes especiales.

En cuanto a los sindicatos, éstos están regulados como personas jurídicas en el Código de Trabajo (art. 317 y ss.); las Universidades, por ejemplo, están reguladas en el Reglamento de las Instituciones de la Educación Superior (Decreto 463-04) de la Ley a Ley 139-01, que crea el Sistema Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología, que las establece como “entidades sociales de servicio público y sin fines de lucro” (art. 2);⁵ y en cuanto a los partidos políticos y asociaciones políticas, los mismos pueden constituirse “de acuerdo con la ley” conforme a la garantía que establece la Constitución, “siempre que sus tendencias se conformen a los principios establecidos” en la misma (art. 104), es decir, los principios democráticos; y los mismos se encuentran actualmente regulados en la Ley Electoral de 1997.⁶

² Véase en <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20Dominicana.pdf>

³ Véase en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_rep_ley_479_08.pdf

⁴ Véase en <http://www.fondomarena.gob.do/images/docs/mediateca/leyes/ley-122-05.pdf>

⁵ Véase en <https://do.vlex.com/vid/no-463-establece-reglamento-instituciones-360201982>

⁶ Véase en <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/DomRep/leyelectoral.pdf>

En esta Ley se precisa el fin primordial de los partidos políticos, que es el de “participar en la elección de ciudadanos aptos para los cargos públicos y de propender a la realización de programas trazados conforme a su ideología particular, con el objetivo de alcanzar los puestos electivos del Estado” (art. 41). Por ello, aun siendo personas jurídicas constituidas por particulares, en virtud de que realizan una actividad de indudable interés público, como vía para asegurar la participación ciudadana en el proceso democrático de gobierno, la propia Ley de Elecciones les prohíbe, “poner en práctica teorías o doctrinas que pugnen con la forma civil, republicana, democrática y representativa del gobierno” (art. 45).⁷

Teniendo en cuenta estos fines, la Ley establece la forma de constitución de los partidos políticos, mediante un procedimiento que se sigue ante la Junta Central Electoral, a cuyo cargo está el reconocimiento de los mismos (art. 41). Una vez reconocidos, por partidos, están entonces en libertad de realizar todos los actos políticos, “propios de ese género de instituciones, y que no le estén prohibidos por la Constitución y las leyes” (art. 45). Con ese reconocimiento, agrega la Ley, los partidos políticos quedan “investidos de personalidad jurídica y pueden ser sujetos activos y pasivos de derechos y realizar todos los actos jurídicos que fueren necesarios o útiles para los fines que les son propios” (art. 46).

Conforme a estas regulaciones, por tanto, en República Dominicana, los partidos políticos, obviamente, no son personas jurídicas estatales, es decir, no son organizaciones integradas dentro de la estructura general del Estado, como pudo haber ocurrido en los regímenes fascistas del pasado, ni son personas jurídicas de derecho público pues el Estado no las ha creado mediante ley. Se insiste, se trata de personas jurídicas de derecho privado no estatales, como las otras personas jurídicas que en la República Dominicana forman parte del universo de las personas morales constituidas por particulares con el objeto de cumplir fines públicos, y que están reguladas dispersamente en el ordenamiento jurídico.

Su origen, sin embargo, no está en un contrato de sociedad propiamente dicho, sino en un pacto de constitución corporativa, como también ocurre con los sindicatos;⁸ pero en el caso de los partidos políticos con la exigencia constitucional expresa de que en “su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley,” especificando la Constitución sus fines esenciales relacionados con la participación ciudadana en el funcionamiento del régimen democrático.

Ya en vigencia el artículo 216 de la Constitución de 2010, los partidos políticos fueron definidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. TC/0006/14 de 14 de enero de 2014, como:

“un espacio de participación de los ciudadanos en los procesos democráticos donde los integrantes manifiestan su voluntad en la construcción de propósitos

⁷ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003113#>

⁸ Véase específicamente sobre la personalidad jurídica de los partidos políticos, en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, Tomo I, pp. 404-409.

comunes, convirtiéndose de esta manera en el mecanismo institucional para acceder mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular y desde allí servir al interés nacional, el bienestar colectivo y el desarrollo de la sociedad” (§ 10.2.n).⁹

Se trata, por tanto, de una de las personas jurídicas de derecho privado que en el marco del universo de las mismas cumplen funciones públicas, por políticas, en cuanto a que son instrumentos para contribuir con la participación de los ciudadanos en el proceso democrático del país. De allí que muchos de los Ponentes en el Seminario los hayan calificado como *asociaciones privadas de relevancia constitucional*, siguiendo la terminología acuñada por el Tribunal Constitucional español (sentencia STC 18/1984 del 7 de febrero de 1984).¹⁰ En esa línea, el propio Tribunal Constitucional de la República Dominicana los ha calificado como “asociaciones políticas” (Sentencia No. TC/0531/15 de 29 de noviembre de 2015),¹¹ sometidas por sus fines al control jurisdiccional respecto de sus actos que lesionen o amenacen con vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos (§ 11.5.h).¹²

Solo por el ejercicio de sus funciones como “asociaciones políticas” es que se puede entender la imprecisa calificación hecha por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en otra sentencia anterior No. TC/0192/15 de 15 de julio de 2015, cuando tildó a los partidos políticos como “instituciones públicas,” desafortunada expresión calificada por uno de los Ponentes al Seminario como un “gazapo lingüístico-jurídico” del Tribunal.

En esa sentencia de 2015, en efecto, el Tribunal Constitucional afirmó que del artículo 216 de la Constitución supuestamente se apreciaba – dijo el Tribunal– “que el constituyente ha querido dejar claramente establecido que los partidos políticos son *instituciones públicas*,”¹³ lo cual, de entrada, en mí criterio no es correcto y basta para darse cuenta de ello realizar la sola lectura de la norma.

La calificación, además, tampoco se puede derivar como también lo sugirió el Tribunal en la sentencia, del hecho de que “los recursos que perciben son provenientes del presupuesto general de la nación.” La financiación pública que pueda realizarse respecto de cualquiera institución o persona jurídica de derecho privado no autoriza en forma alguna, por supuesto, a calificar a dicha institución o persona como “pública.”

De la lectura de la norma del artículo 216 de la Constitución en realidad solo podría deducirse que los partidos serían tales supuestas “instituciones públicas” conforme a dicha desafortunada terminología usada por el Tribunal Constitucional entendiendo que lo que quiso expresar el Tribunal fue que la misma se refiere a instituciones privadas que cumplen una actividad pública, pero en ningún caso, por supuesto, puede ser entendida en su sentido propio jurídico de que puedan ser consideradas como “entes

⁹ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc000614>

¹⁰ Véase en Boletín Oficial del Estado No. 59 de 9 de marzo de 1984, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/gl/Resolucion/Show/271>

¹¹ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc053115>

¹² Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc000614>

¹³ Véase en <https://www.scribd.com/document/302207661/Sentencia-TC-0192-15-del-Tribunal-Constitucional>

públicos” o “entidades públicas,” es decir, instituciones estatales.. Tampoco de la norma podría deducirse que puedan considerarse como “personas jurídicas de derecho público” ni como “personas jurídicas estatales,” pues como he dicho los partidos políticos son de “naturaleza no estatal.”

Se insiste, la calificación solo puede ser entendida en el sentido de referirse a personas de derecho privado que cumplen funciones o actividades públicas, o como por ejemplo lo expresa la Constitución de México sobre los partidos políticos, al expresar que son consideradas como “entidades de interés público” (art. 41.1), pero en el mismo sentido que, por ejemplo, las universidades cumplen actividades públicas en el ámbito de la educación superior; o los sindicatos cumplen actividades públicas en el campo de las reivindicaciones laborales.

Por ello, quizás el propio Tribunal Constitucional en sentencia posterior (TC/0531/15 de 19 de noviembre de 2015), al referirse y citar a la desafortunada afirmación mencionada sobre el carácter de los partidos políticos como “instituciones públicas” incluida en la sentencia de No. TC/0192/15 de 15 de julio de 2015, aclaró con razón que los partidos son “de naturaleza *no estatal* con base asociativa,” agregando que tienen el “carácter de personas jurídicas de derecho privado con funciones de carácter político para contribuir al ejercicio del derecho a la participación política de sus afiliados, mediante métodos democráticos,” Precisamente por ello, los partidos políticos pueden ser objeto de regulaciones legales que impongan determinadas condiciones y actuaciones, en particular para asegurar la democracia interna en los mismos, y que además, contribuyan al fortalecimiento del sistema democrático.

Y ello es así, porque en República Dominicana, además, conforme a la Constitución, el rol de los partidos políticos en el funcionamiento del Estado va más allá de contribuir en el desarrollo de las elecciones haciéndoles participar, por ejemplo, en el proceso de planificación de desarrollo del país, al disponer la Constitución que el Poder Ejecutivo debe elaborar y someter al Congreso Nacional una estrategia de desarrollo, que definirá la visión de la Nación para el largo plazo “previa consulta al Consejo Económico y Social y a los partidos políticos” (art. 241).

Por otra parte, conforme a la misma Constitución, por la importancia de los partidos políticos en el funcionamiento del sistema democrático, los “diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos,” a pesar de su carácter de personas de derecho privado, deben ser resueltos por el Tribunal Superior Electoral (art. 214).

De acuerdo con esas normas constitucionales, por tanto, la “conformación y funcionamiento” de los partidos políticos “debe sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley,” remitiéndose por tanto a la ley la regulación correspondiente conforme lo estime el Legislador.

Con base en ello, por tanto, en mi criterio, no hay duda en afirmar que corresponde al Legislador determinar los mecanismos que estime necesarios y en la forma como lo estime, para asegurar la democracia interna de los partidos políticos, pudiendo establecer sistemas de elecciones primarias, por ejemplo, cerradas o abiertas, de acuerdo a lo que considere lo más adecuado para ello.

Ese es, en mi criterio, el régimen conforme a la Constitución vigente de 2010, que en esta materia varió sustantivamente el régimen de los partidos políticos que antes existía desde 1966.

Como todos sabemos en la Constitución dominicana precedente solo se declaraba el principio de la libertad de “organización de partidos y asociaciones políticas de acuerdo con la ley,” agregando el artículo 104, que esa libertad se garantizaba siempre que sus tendencias se conformasen a los principios establecidos en esta Constitución,” es decir a los principios de la democracia representativa.

Con base en esta disposición, y en virtud de que la misma remite expresamente a la ley para regular la organización de los partidos políticos, el Congreso sancionó la Ley 286-04 de 2004 que estableció un sistema de elecciones primarias mediante voto universal, directo y secreto “con participación de todos los electores, como forma de garantizar la democracia interna en la selección de los candidatos de los partidos y agrupaciones políticas para funciones electivas en los niveles presidencial, congresional y municipal.”

Como bien sabemos, esta Ley fue impugnada ante la antigua Corte Suprema de Justicia por razones de inconstitucionalidad, resolviendo la Corte mediante sentencia de 15 de marzo de 2005 que la Ley, entre otras razones, violaba la Constitución, pues despojaba “a los partidos de la facultad soberana de organizar sus convenciones para elegir sus propios candidatos conforme a sus estatutos.”¹⁴

La Corte Suprema se basó, para ello, en el hecho de que la Constitución solo establecía la libertad de “la organización de partidos y asociaciones,” siempre que “sus tendencias se conformen a los principios establecidos” en la Constitución; y frente a una libertad, consideró la Corte que lo que imponía era la abstención del Estado de regular internamente a los partidos, indicando que el procedimiento escogido:

“para el control de la función electoral era el meramente exterior que se caracteriza por la no intervención del Estado en el ámbito del derecho de asociación política de los ciudadanos, el cual conserva su naturaleza privatística originaria, pues la actividad efectuada por ellos (los partidos), si bien se enmarca en el ejercicio de la función pública por ser parte de la función electoral, no por ello adquiere la categoría de función Estatal.”¹⁵

La Corte, además, ignorando el carácter de orden público de la legislación electoral, argumentó —en nuestro criterio erradamente— que por cuanto los “partidos políticos existentes al momento de promulgarse la Ley No. 286-04, cuestionada, se organizaron conforme a la legislación anterior que les permitía la nominación de sus candidatos a cargos electivos a través de sus convenciones internas” conforme a sus estatutos, resultaba indudable para la Corte que al disponer la nueva legislación un sistema de selección de candidatos mediante elecciones primarias abiertas y simultáneas, ello supuestamente vulneraba el principio de la no retroactividad de la ley y supuestamente afectaba “la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.”¹⁶

¹⁴ Véase la referencia en la sentencia 15 de marzo de 2005. Véase en http://www.opd.org.do/Documentos-de-referencia-marco-legal/Sentencia%20Suprema_sistema_elec_primarias.pdf

¹⁵ Idem

¹⁶ Idem.

Eso, en realidad, no puede argumentarse ante leyes de orden público como son las que se refieren a los regímenes de los partidos políticos o electoral, que como se sabe y lo expresa la propia Constitución, son de aplicación inmediata

En todo caso, con base en ello, y en otros argumentos de carácter financiero, la Corte Suprema concluyó estimando que la Ley impugnada no podía “tener efecto ni validez,” declarando que no era conforme con la Constitución.

En mi criterio, esta sentencia de 2005, si bien fue acertada en reconocer el carácter de personas jurídicas de derecho privado de los partidos políticos, sin embargo, fue restrictiva al deducir del artículo 104 de la Constitución anterior, que la norma solo establecía la libertad para la organización de los partidos, desconociendo la remisión que hizo el Constituyente a la Ley para la regulación del ejercicio de esa libertad.

Sin embargo, todo ello puede decirse que cambió a partir de 2010 con la nueva normativa constitucional que no sólo sigue garantizando la libertad de la organización de los partidos políticos,” sino que además dispone más precisamente que los mismos deben actuar, conforme se dispone expresamente en su texto, “con sujeción a los principios establecidos” en la Constitución, debiendo sustentarse “su conformación y funcionamiento” en “el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley.” Con ello, el Constituyente habilitó más ampliamente al Legislador, —es más, le formuló un mandato— para regular esta materia relativa a la democracia interna de los partidos mediante Ley.

Por tanto, con base en la propia normativa constitucional vigente desde 2010, en mi criterio, en la República Dominicana el Legislador está habilitado para establecer el régimen que estime sea el más adecuado para regular la democracia interna de los partidos políticos, pudiendo establecer elecciones internas cerradas o abiertas, obligatorias y simultáneas, o no, sin que pueda en forma alguna invocarse la jurisprudencia pre-constitucional sentada por la antigua Corte Suprema de Justicia, con base en la disposición constitucional de la Constitución precedente (art. 104), menos amplia que la actual, la cual por lo demás en mi criterio fue interpretada erradamente.

Por supuesto esta posibilidad y necesidad de regular mediante ley la forma de ejercicio de la democracia interna de los partidos políticos no es nada nuevo en el mundo contemporáneo. Desde que se comenzó a estudiar y denunciar la falta de democracia interna en el funcionamiento de los partidos políticos, a raíz entre otras, de los estudios desarrollados desde principios del siglo pasado y que condujeron a identificar la famosa “ley de hierro de la oligarquía” formulada en 1911 por Robert Michels (*Los partidos políticos*, 1911),¹⁷ se ha reconocido la necesidad de asegurar la democracia interna de los partidos políticos. Dicha “ley de hierro,” en efecto es la que termina asegurando el predominio y permanencia ilimitada de élites de dirigentes en el manejo exclusivo de los partidos, defendiendo sus propios intereses por sobre los de su militancia. Incluso como lo destacó otro estudioso de estos temas, Daniel Zovatto, las élites partidistas terminan con frecuencia

¹⁷ Véase Robert Michels, *Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracies*, Free Press, Washington, 1966. La primera versión data de 1911,

“imponiendo limitaciones u obstáculos a los afiliados particularmente para el ingreso a los órganos de dirección.”¹⁸

En todo caso, hay que recordar que en América Latina, por esos problemas y, además, por la propia crisis de los partidos políticos derivada entre otras razones por no asegurar vías efectivas de representatividad y participación de los militantes y ciudadanos en el proceso político, la reacción institucional ha sido la tendencia a permitir al Legislador adentrarse en la regulación de la vida interna de los partidos para hacerla más democrática y garantizar en la misma mayores niveles de transparencia y participación, particularmente en la selección de las autoridades partidistas y en especial en la selección de las candidaturas a cargos de elección popular.¹⁹

Y se puede apreciar que ha sido así en el derecho comparado, encontrándose regulaciones por demás variadas en diversos países,²⁰ tal como se detallan en muchas de las Ponencias que integran el volumen que hoy presentamos, partiendo en todo caso de las previsiones constitucionales de cada país, con la tendencia general de otorgar al Legislador amplias posibilidades de regulación conforme a su discrecionalidad política.

Y precisamente por ello fue que el Legislador, en la mencionada Ley No. 826-04, de 2004 de la República Dominicana, anulada por la antigua Corte Suprema de Justicia, estableció para los partidos políticos, el sistema de elecciones primarias obligatorias y simultáneas mediante voto universal, directo y secreto, con participación de todos los electores inscritos en el padrón electoral, abriéndose así la posibilidad de que participasen en el proceso interno de los partidos, ciudadanos no militantes de los mismos. Igual como ocurrió en Argentina con la vigente Ley 26.571 de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral;²¹ pudiendo considerarse que con estas regulaciones, como bien lo observó Olivo Rodríguez Huertas en su Ponencia, “no se interfiere en el núcleo duro de la democracia interna.”

En la República Dominicana, como antes he dicho, respecto de los partidos políticos, la Constitución dispone en su artículo 216, *primero*, que en “su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna,” como mandato obligatorio; y *segundo*, que ello debe realizarse “de conformidad con la ley,” remitiendo por tanto al Legislador para que establezca y desarrolle los mecanismos de democracia

¹⁸ Véase Daniel Zovatto, *Reforma política-electoral e innovación institucional en América Latina (1978-2016)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales N° 1, Ediciones EJV Internacional, Miami 2017. Véase además, citado por Zovatto, José Ignacio. Navarro Méndez, *Partidos políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 76. Este explica que la tendencia natural de todo partido político a articular formas internas de organización de poder, de carácter esencialmente oligárquicas, ha sido asumida como una verdad incuestionable; de ahí los intentos necesarios de buscar medidas para contrarrestar esas tendencias, contrarias a la “democracia interna”.

¹⁹ Véase Daniel Zovatto G., *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, unam-idea Internacional, México, 2006, p. 72.; Flavia Freidenberg y Betilde Muñoz Pogossian (editoras), *Las reformas políticas a las organizaciones de partidos*, ine, tepjf, oea, Instituto de Iberoamérica y saap, México, 2015.

²⁰ Véase sobre muchas de las referencia que siguen en Daniel Zovatto, *Reforma política-electoral e innovación institucional en América Latina (1978-2016)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales N° 1, Ediciones EJV Internacional, Miami 2017

²¹ Véase en http://www.mininterior.gov.ar/asuntos_politicos_y_lectorales/dine/infogral/archivos_legislacion/Ley_26571_.pdf

interna que estime adecuados y necesarios. Como lo observó Fernando Flores Giménez en su Ponencia, la Constitución en dicha norma “ordena al Legislador –*de conformidad con la ley*– establecer los mecanismos para hacer realidad los principios de democracia interna y transparencia en el funcionamiento de los partidos políticos,” teniendo el Poder Legislativo para ello, por tanto, “diferentes opciones.”

Y es con base en esa disposición constitucional, como ha sucedido en otros países con regulaciones constitucionales similares, que en mi criterio bien puede el Congreso mediante ley, establecer y regular la realización de elecciones primarias abiertas y simultáneas para los partidos políticos, como ya se estableció mediante la Ley 286-04 de 2004, pero con la diferencia entre ahora y entonces, que en la Constitución vigente de 2010, a diferencia de la anterior, sí se establece obligatoriamente que la organización y funcionamiento de los partidos, en forma positiva, debe “sustentarse en el respeto a la democracia interna,” y que ello debe asegurarse mediante ley del Congreso, es decir, “de conformidad con la ley.”

Por ello, e independientemente de las críticas que puedan formularse respecto de la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de 15 de marzo de 2005 mediante la cual declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley 286-04 de 2004; dicha jurisprudencia de carácter preconstitucional, en mi criterio, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 2010 no tiene aplicación alguna; y por supuesto no podría considerársela como un *precedente vinculante*, carácter que solo pueden tener las sentencias del Tribunal Constitucional después de 2010, como lo observaron varios de los Ponentes en el Seminario. Por ello, no creo que pueda alegarse desconociendo el cambio constitucional que se operó en 2010, como lo ha hecho alguno de los Ponentes, que el supuesto “precedente” sentado en la misma “no pueda ni deba ser desconocido por el legislador orgánico” agregando que se trataría “de una decisión que goza de la “autoridad de cosa juzgada constitucional.” El Legislador, en realidad a lo que está sujeto es a la Constitución, no pudiendo alegarse que pueda haber una decisión judicial preconstitucional que sea limitante a su discrecionalidad legislativa.

En esta materia, si se compara el régimen de la Constitución de 1966 con el régimen de la Constitución de 2010, como bien lo apuntó Eduardo Jorge Prats en su Ponencia, “lo que ha cambiado es la posición constitucional de los partidos,” o como también lo observó José Manuel Hernández Peguero en su Ponencia, “ahora, a diferencia de antes, no existían disposiciones constitucionales que regulasen [la democracia interna de] los partidos políticos,” razón por la cual, lo que pudo haber sido apreciado como inconstitucional antes de 2010, no lo podría ser ahora por el mandato dirigido al legislador que contiene la Constitución de 2010, para que regule y actualice la aplicación de la democracia interna en el funcionamiento de los partidos, teniendo amplia discreción política para hacerlo, pudiendo sin duda regular en los mismos, elecciones primarias abiertas o cerradas, simultáneas o no.

Otro tema a discutir, y que también fue tocado por algunos ponentes, incluso con aproximaciones comparadas, es el relativo a la bondad y efectividad de dichos sistemas de elecciones internas en materia de democratización efectiva de los partidos políticos. Puede por supuesto discutirse sobre ello, pero el tema escapa a la aproximación jurídica que es lo único que he querido hacer en esta presentación; expresando en todo caso, finalmente, mi profundo agradecimiento a la *Fundación Equidad* de República Dominicana, en particular a su Presidente José

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Alejandro Ayuso, editores de este libro que recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en el *Seminario Internacional sobre Participación Política y Partidos Políticos* de diciembre de 2017, por la honrosa invitación que me formularon tanto para redactar el prólogo de la obra, como para participar en este acto haciendo su presentación.

Santo Domingo, 21 de marzo de 2018

XXVI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Publicado en *Revista Dominicana de Derecho procesal Constitucional. Retos y Obstáculos de la Justicia Constitucional. Pertinencia de un Código Procesal Constitucional*, Año 3, No. 3, Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo 2018, pp. 121-150.

I. EL PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

El artículo 6 de la Constitución de la República Dominicana declara que la misma es la “norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado,” a la cual están sujetas “todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas.” De esta norma deriva, no sólo el principio de la supremacía constitucional, sino el de la formación del derecho por grados, partiendo precisamente de la Constitución.

Conforme a este principio de la formación del derecho por grados, en efecto, en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana, como sucede en los ordenamientos de todos los países de régimen constitucional en el mundo occidental, se pueden distinguir en forma jerárquica descendente, partiendo de las normas que integran la Constitución en sí misma como derecho positivo superior, al menos tres niveles de creación del derecho, integrados por actos normativos o de efectos particulares que en definitiva se dictan siempre en ejecución directa o indirecta de la Constitución:

Primero, están los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, que son los que emanan de los órganos constitucionales en ejercicio directo de poderes consagrados en la Constitución, y no en virtud de competencias legales, como son las *leyes* emanadas del órgano legislativo, los *actos parlamentarios*

sin forma de ley que emanan igualmente del órgano legislativo y los *actos de gobierno* que emanan del Presidente de la República o del Jefe de Gobierno. Lo que caracteriza estos actos estatales, en todos estos casos, es que el poder para dictarlos deriva directamente de la Constitución, estando el órgano que los dicta básicamente sometido a sus normas.

Segundo, están los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de las normas contenidas en las leyes o decretos leyes, como son por ejemplo los reglamentos dictados tanto por el Presidente de la República para desarrollar el contenido de las leyes, así como los reglamentos que puedan dictar los otros órganos constitucionales del Estado dotados de autonomía funcional, también para desarrollar las leyes dictadas en las materias de su competencia, y que son los dictados por ejemplo, por la Junta Nacional Electoral o el Consejo de la Magistratura. En estos casos, los actos son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación y, en consecuencia, solo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Y tercero, los demás actos estatales, normativos o no, dictados en ejecución directa e inmediata del conjunto normativos integrado por dos niveles de actos antes mencionado, es decir, en ejecución de las leyes, de los otros actos dictados en ejecución directa de la Constitución y de las normas reglamentaria, los cuales también son dictados en ejecución indirecta y mediata de la Constitución. Estos últimos actos estatales son, en general, los actos administrativos y los actos judiciales,¹ que tienen la característica en la clasificación de los actos estatales de ser siempre actos de rango sub-legal. En particular, por lo que se refiere a los actos administrativos, como hemos señalado en otro lugar, los mismos, “cualquiera que sea la “forma” jurídica que revistan y el órgano estatal que los dicte, incluidos en ellos decretos, reglamentos y resoluciones, siempre son de carácter sub-legal, es decir, dictados en ejecución de competencias atribuidas por las leyes o de normas infra-constitucionales.”²

II. LOS ACTOS ESTATALES SEGÚN EN GRADO DE EJECUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Ahora bien, es precisamente de la secuencia de formación del ordenamiento jurídico, por grados, antes mencionada, que deriva la distinción básica de los actos estatales en dos categorías: por una parte, los actos dictados por los órganos constitucionales del Estado ejerciendo competencias que están establecidas en la Constitución, y que se dictan en ejecución directa e inmediata de la misma, teniendo por tanto rango legal; y por la otra,

¹ Véase sobre los principios del derecho público en República Dominicana, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “Las bases constitucionales del derecho administrativo en la República Dominicana,” en Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Dr. Raymundo Amaro Guzmán,” (Santo Domingo, 12 al 14 de septiembre de 2012 (Editores Jaime Rodríguez Arara, Olivo Rodríguez Huertas, Miguel Ángel Sendín García, Servio Tulio Castaños Guzmán, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015, pp. 9-54.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos estatales sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en la República Dominicana, y el necesario deslinde entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Anuario 2012. Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana 2013, pp. 185-214..

los actos estatales que se dictan en ejercicio directo de poderes y competencias establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución, es decir, infra-constitucionales, que por tanto son dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, y solo en ejecución indirecta y mediata de la Constitución, teniendo en consecuencia siempre rango sub-legal.³

Los primeros, es decir, los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, precisamente por ello, sólo están y pueden estar sometidos a lo que dispone el texto constitucional, que es su fuente fundamental, razón por la cual el Legislador, en general, no tiene competencia para regularlos mediante leyes; y los segundos, en cambio, son los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la legislación, e indirecta y mediata de la Constitución, las cuales, precisamente por ello, además de estar sometidos al texto fundamental (como toda actividad estatal), están sometidos a las regulaciones establecidas en las leyes, reglamentos y en las otras fuentes del ordenamiento.

Respecto de los primeros, por otra parte, por ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, su ámbito o bloque de “legalidad” es la propia Constitución, razón por la cual, en materia de control jurisdiccional, sólo están sometidos al control de constitucionalidad que en el caso de la República Dominicana es el ejercido por la Jurisdicción Constitucional atribuida al Tribunal Constitucional (Arts. 184, 185).

Los segundos, en cambio, siendo actos dictados en ejecución directa e inmediata de las leyes y demás de otros actos reglamentarios o normativos del Estado, son siempre de rango sub-legal. Por ello, su ámbito de “legalidad” es mucho más amplio, estando sometidos no solo a la Constitución y a las leyes sino a los reglamentos y otros actos normativos, correspondiendo el control de constitucionalidad y de legalidad de los mismos a los tribunales de las otras Jurisdicciones del Poder Judicial, tanto de las ordinarias, como sucede con las apelaciones y la casación en lo que concierne a los actos judiciales; o como sucede a los recursos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Arts. 165.2) y la jurisdicción contencioso electoral (art. 214) cuando se trata de actos administrativos. En este último caso, por ello, el artículo 165.2 de la Constitución, atribuye a los tribunales contencioso administrativos el control de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas” cuando sean “contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares.” Y la contrariedad al derecho deriva de la violación a la Constitución, a las leyes, a los reglamentos o a cualquier otra fuente del ordenamiento jurídico aplicable.

³ Véase sobre el sistema jerarquizado o graduado del orden jurídico en el orden constitucional venezolano Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1975, pp. 373 y ss.; *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI (Evolución Histórica del Estado), Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas,-San Cristóbal 1996, pp. 107-117

III. LA INVARIABILIDAD DEL RANGO DE LOS ACTOS ESTATALES Y LA INEXISTENCIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN

De lo anteriormente expuesto deriva entonces que en todos los ordenamientos jurídicos, los actos estatales tienen diferente rango en relación con la Constitución: unos tienen rango constitucional, como es el caso del texto mismo de la Constitución, o en algunos países de otros actos o leyes constitucionales; otros tienen rango legal, lo que deriva de ser actos dictados en ejecución directa e inmediata de las normas constitucionales, como son las leyes dictadas por el Congreso, los actos parlamentarios sin forma de ley dictados por éste en ejecución directa de la Constitución, y los actos de gobierno dictados por el Jefe de gobierno; y otros son de rango sub-legal, que son los dictados en ejecución directa e inmediata de las normas infra-constitucionales, es decir, de las leyes y los otros actos dictados en ejecución directa de la Constitución, como son los actos administrativos y las sentencias de los tribunales.

Este rango, que deriva del proceso de formación del derecho por grados puede decirse que es invariable, por lo que las leyes emanadas del Congreso o los actos de gobierno emanados del Poder ejecutivo, por ejemplo, no pueden tener rango sub legal, pues son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no son dictados en ejecución directa e inmediata de las leyes.

Igualmente, tampoco puede haber actos administrativos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pues siempre tienen rango sub-legal, es decir, son siempre dictados en ejecución directa e inmediata de normas infra-constitucionales, y por tanto, ejecutan solo en forma indirecta y mediata a la Constitución.

Por ello consideramos que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana en la sentencia TC/0041/13, de 15 de marzo de 2013, incurrió en una contradicción *in terminis* cuando resolvió, fijando precedente, sobre el tema de la impugnación de los actos administrativos por razones de inconstitucionalidad, indicando, con razón, que la competencia para conocer de esas impugnaciones correspondía a los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, y no al Tribunal Constitucional, pero agregando, sin embargo la afirmación de que:

“Los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y en ausencia de una ley que los norme, aún no ostenten un alcance general o normativo, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional, el tribunal debe verificar el cumplimiento íntegro y cabal del mandato constitucional.”

Conforme a lo que antes hemos expresado sobre el rango de los actos estatales, la afirmación con la cual comienza este párrafo de la sentencia (“los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución”) no puede considerarse correcta, y solo podría admitirse si a lo que el Tribunal quiso referirse – y es lo que en nuestro criterio resulta claro de la sentencia – era a “los actos estatales” (no a los actos administrativos) “producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución,” pues

como hemos indicado, los actos administrativos son por esencia de rango sub-legal y solo se pueden impugnar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no ante el Tribunal Constitucional.

IV. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN LA CONSTITUCIÓN PARA IDENTIFICAR LOS ACTOS ESTATALES

La terminología utilizada en la Constitución de la República Dominicana para identificar los actos estatales, en sí misma, y salvo por lo que se refiere a las leyes, y actos administrativos (arts. 72, 139.2), no siempre permite identificar el rango ni contenido de los actos estatales y determinar si se trata o no de actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, para establecer la competencia jurisdiccional para conocer de su impugnación. Ello sucede, por ejemplo, con la enumeración contenida en el artículo 185.1 de la Constitución al atribuir al Tribunal Constitucional competencia para conocer de “las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas,” utilizando en la enumeración dos criterios distintos para identificar los actos estatales: uno material, que apunta a su contenido normativo como es el caso de las leyes, reglamentos y ordenanzas; y otro formal, que identifica nada sobre el contenido o rango de los actos estatales como es el caso de los decretos y resoluciones.

En cuanto a las “*leyes*,” son los actos dictados por las Cámaras del Congreso Nacional como cuerpo legislador, siendo las mismas, actos estatales característicamente de contenido normativo, y siempre dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 93.1), y. Por ello, se trata de actos que solo pueden ser impugnados ante el Tribunal Constitucional.

Respecto de los “*decretos*,” los mismos identifican fundamentalmente a los actos dictados por el Presidente de la República (art. 6, 128.1.b), pero con ello no se identifica ni su contenido ni su rango en el ordenamiento jurídico. Los mismos pueden tener rango legal, cuando son dictados por el Presidente en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como es el caso de los decretos de emergencia (art. 51.1; 262 a 265; 266.6); o pueden tener rango sub-legal, siendo actos administrativos, cuando el Presidente de la República los dicta en ejecución directa e inmediata de las leyes y demás actos infra-constitucionales, como sería por ejemplo, un decreto de expropiación.

En cuanto a los “*reglamentos*,” los mismos identifican también fundamentalmente actos estatales de contenido normativo, pero con ello, de nuevo, no se identifica su rango en el ordenamiento jurídico. Los mismos pueden tener rango legal, como por ejemplo ocurre con los dictados por las Cámaras Legislativas (67, 87, 88, 90.3, 119, 120.4), por la Junta Central Electoral (art. 212, 212.IV), por el Tribunal Superior Electoral (art. 214), todos los cuales siempre son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; o pueden tener rango sub-legal, siendo actos administrativos de efectos generales, como sucede cuando el Presidente de la República los dicta para reglamentar las leyes (arts. 128.b; 258), o cuando lo dictan los Gobiernos locales (art. 201.I), en cuyo caso se dictan en ejecución directa e inmediata de normas infra-constitucionales. Sin

embargo, independiente de su rango, en virtud de la expresa provisión constitucional del artículo 185.1, todos los reglamentos deben impugnarse por razones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las “*resoluciones*,” tal denominación es también una calificación genérica dada a actos estatales dictados por diversas autoridades públicas, sea por las Cámaras Legislativas, los órganos constitucionales, como por ejemplo el Consejo de la Magistratura o Junta Nacional Electoral, o por los Ministros y demás funcionarios del Poder Ejecutivo, pero con ello no se identifica su rango ni se hace referencia alguna a su posible contenido. Algunas resoluciones, como por ejemplo las adoptadas por el Senado o la Cámara de Diputados en ejercicio de competencias constitucionales, son actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución; otras muchas resoluciones, en cambio, solo son actos administrativos dictados en ejecución directa e inmediata de las leyes y otras normas de rango infra-constitucional. Solo respecto de las primeras es competente el Tribunal Constitucional para conocer sobre su impugnación por razones de inconstitucionalidad. Todas las otras resoluciones que constituyen actos administrativos deben impugnarse ante los tribunales Contencioso Administrativos.

Y en cuanto a las “*ordenanzas*,” dicha denominación solo se utiliza en la Constitución en el artículo 185.1 al atribuir competencia al Tribunal Constitucional, para conocer de su impugnación por razones de inconstitucionalidad, independiente del rango que puedan tener en relación con la Constitución, entendiendo, en todo caso, que se trata de actos normativos de orden local.

V. LOS ACTOS ESTATALES SUJETOS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ahora bien, específicamente en relación con lo previsto en el artículo 185.1 de la Constitución antes mencionado, y en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales, entre los actos que enumeran dichas normas, además de los actos estatales normativos (leyes, reglamentos y ordenanzas), independientemente de su rango en relación con la ejecución de la Constitución, están sometidos al control jurisdiccional de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, los “*decretos*” y “*resoluciones*,” en este caso sí, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.⁴

Por tanto, es de la competencia del Tribunal Constitucional conocer de la acción de inconstitucionalidad contra los siguientes actos estatales:⁵

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos estatales sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en la República Dominicana, y el necesario deslinde entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Anuario 2012. Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana 2013, pp. 185-214.

⁵ En sentencia TC/0041/13 de 15 de marzo de 2013, el Tribunal Constitucional precisó que por actos de “ejecución directa e inmediata” de la Constitución son los dictados cuando “las autoridades u órganos que ejercen potestades públicas realizan en cumplimiento de una obligación derivada de la Constitución (ejecución directa) y que además, la realización o configuración del acto ordenado no requiera de una ley o cualquier otra disposición infra-constitucional que lo norme o que regule su ejercicio (ejecución inmediata).”

1. Las “leyes”

En primer lugar están las leyes, que son los actos sancionados por las Cámaras del Congreso Nacional (art. 93.1), actuando como legislador, las cuales siempre se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución. La característica esencial de las mismas es, en general, su contenido normativo, y además, el hecho de que siempre son dictadas en ejecución directa de la Constitución.

2. Las “resoluciones” dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En segundo lugar, además de las leyes, también están sometidas a la Jurisdicción Constitucional las “resoluciones” dictadas en ejecución directa de la Constitución, entre las cuales están las resoluciones dictadas, como actos parlamentarios sin forma de ley por las Cámaras del Congreso (art. 128.1.b de la Constitución). Las expresiones “resolución” tiene solo una connotación formal, y materialmente abarca casi toda decisión de los entes públicos, por lo que es esencial la determinación de que sean dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución para que caigan bajo la competencia de control de la Jurisdicción Constitucional y se distingan de las que siendo actos administrativos caen bajo la competencia de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Entre las resoluciones dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, están las resoluciones o actos dictados por el Senado (art. 80) y por la Cámara de Diputados (art. 83) en ejercicio de sus atribuciones privativas, entre las cuales están por ejemplo, los actos de las Cámaras en relación con los otros poderes públicos, como el nombramiento o remoción de titulares de otros órganos constitucionales (art. 80.3, 80.4, 80.5); y muchos otros actos dictados en ejercicio de sus atribuciones vinculados con la legislación (por ejemplo, art. 93.1, literales: e, f, ñ, p, k); o en “materia de fiscalización y control” (art. 93.2).

Por ejemplo, en relación con las resoluciones de las Cámaras del Congreso de aprobación de contratos o concesiones, las mismas, a pesar de ser actos de efectos particulares, están sometidas al control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Como el propio Tribunal Constitucional lo ha precisado en sentencia TC/0013/14 (*acción directa de inconstitucionalidad incoada por Viesmer Agrícola, S. A., contra la Resolución núm. 190/11, emitida por el Congreso Nacional, en fecha veintitrés (23) de julio de dos mil once (2011)*), ante el alegato de que “la resolución impugnada no es una disposición normativa de carácter general,” indicando que no obstante:

“haber establecido en sentencias anteriores que la acción directa de inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución de la República y 36 de la Ley núm. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), es decir, aquellos actos estatales de carácter normativo y alcance general, también es su criterio que dicha acción directa de inconstitucionalidad alcanza igualmente aquellos actos que, sin estar revestidos de dicho carácter por tener efectos particulares, son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución como son,

entre otros, las resoluciones congresuales que aprueben los contratos de concesión administrativas de servicios públicos.”

Por otra parte, respecto del acto parlamentario del Senado de nombramiento de un miembro de la Junta Nacional Electoral, el Tribunal Constitucional en sentencia TC/0006/18 de 18 enero 2018, (*acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el Dr. José Gilberto Núñez Brun contra la Resolución emitida por el Senado de la República Dominicana, el 16 de noviembre de 2016*) de 18 de enero de 2018,⁶ el Tribunal Constitucional consideró que la resolución del Senado de designación de un miembro titular y presidente de la Junta Central Electoral, era “dictada en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas constitucionales, al tratarse de un acto legislativo,” susceptible, por tanto, de ser impugnado mediante la acción directa en inconstitucionalidad, “al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional.”

Otros casos de resoluciones que puede considerarse como actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución, son aquellos mediante los cuales se designan a los titulares de los órganos constitucionales (art. 275), como por ejemplo puede ser el caso de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, de designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior Electoral (art. 179), siendo la Constitución misma la que establece los “criterios para la escogencia” (art. 180).

Otras resoluciones que se dictan en ejecución directa e inmediata de normas infra-constitucionales, como son las leyes, en cambio, escapan del control de constitucionalidad que ejerce la Jurisdicción Constitucional y, como actos administrativos dado su rango sub-legal, están sometidas al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es el caso, por ejemplo, de las resoluciones de evaluación de desempeño respecto de los jueces de la Suprema Corte de Justicia por parte del Consejo Nacional de la Magistratura (art. 181), respecto de lo cual, el Tribunal Constitucional consideró en sentencia TC/0041/13, de 15 de marzo de 2013, que:

“el Consejo Nacional de la Magistratura, al proceder a la evaluación de desempeño de los jueces de la anterior Suprema Corte de Justicia, se sustentó en las disposiciones del artículo 33 de la Ley Orgánica núm. 138-11, de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil once(2011), sobre el Consejo Nacional de la Magistratura, y en los artículos 2 y 3 del Reglamento CNM-2-11, del once (11) de agosto de dos mil once (2011), que establecen los criterios de evaluación de desempeño de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, así como los procedimientos a seguir en dicha evaluación, elementos estos que resultan claves para la configuración del proceso administrativo de la evaluación de desempeño. Lo expresado deja en evidencia que el acto impugnado no tiene un carácter normativo y general, ni fue tampoco dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. En ese sentido, por tratarse de un acto administrativo de efectos particulares, su impugnación no debe realizarse por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad por ante el

⁶ Véase en <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/162a2847897a425d?projector=1&messagePartId=0.1>

Tribunal Constitucional, sino la acción correspondiente ante el Tribunal Superior Administrativo.”

En otra sentencia TC/0134/13, de 2 de agosto de 2013 (*acción directa de inconstitucionalidad incoada por el señor Julio Aníbal Suárez Dubernay contra el acta de la sesión núm. 24 dictada por el Consejo Nacional de la Magistratura, de 21 de diciembre de 2011*), el Tribunal Constitucional perfiló como doctrina vinculante sobre el control de constitucionalidad mediante la acción directa en inconstitucionalidad, indicando que la misma “está orientada esencialmente al ejercicio de un control *in abstracto* de la constitucionalidad de los actos o normas producidas por las autoridades u órganos del poder público en el cumplimiento de sus atribuciones o potestades constitucionales y legales; esto es, un control del contenido objetivo de dichas normas y no, en modo alguno, de la aplicación en concreto de las mismas a situaciones particulares y específicas,” reiterando que “esta es la línea jurisprudencial que de manera reiterada y constante ha establecido el Tribunal Constitucional cuando se trata de la impugnación por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad de actos administrativos,” indicando que dicho criterio ha sido asentado en diez (10) decisiones del tribunal, a saber: la Sentencia TC/0051/12, de fecha diecinueve (19) de octubre de dos mil doce (2012); la Sentencia TC/0073/12, de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012), en la cual se interpreta el alcance del artículo 165.2 de la Constitución de la República, al señalarse:

“Aun cuando los medios invocados por la accionante son de índole constitucional, en virtud de la naturaleza del acto atacado (resolución que prescribe sobre el desarrollo de un contrato administrativo) tales alegatos corresponden ser examinados en la jurisdicción administrativa. Sobre el particular, cabría referirnos al contenido del artículo 139 de la Constitución que sujeta el control de la legalidad de los actos de la administración pública a los tribunales, lo cual debe combinarse con el artículo 165.2 del texto constitucional, que a su vez otorga competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa para “conocer 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 (...) Sobre este último aspecto en doctrina se ha llegado a establecer que cuando el artículo 165.2 de la Constitución emplea la denominación “contrariedad al derecho” ello implica contrariedad a la Constitución, y además, a las leyes y demás fuentes de derecho, por lo que la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad, es una competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y no puede corresponder a la jurisdicción constitucional.”⁷

⁷ En la sentencia se indicó que: “El referido precedente ha sido reiterado en las Sentencias TC/0101/12, de fecha veintiséis (26) de diciembre de dos mil doce (2012); TC/0002/13, de fecha diez (10) de enero de dos mil trece (2013); TC/0015/13, de fecha once (11) de febrero de dos mil trece (2013); TC/0041/13, de fecha quince (15) de marzo de dos mil trece (2013); TC/0056/13, de fecha quince (15) de abril de dos mil trece (2013); TC/0060/13, TC/0065/13 y TC/0066/13, todas de fecha diecisiete (17) de abril de (2013). Este criterio constituye, respecto de esta materia, un precedente constitucional vinculante para todos los poderes públicos, incluso para el propio Tribunal Constitucional (principio del *stare decisis*), tal y como establecen los artículos 184 de la Constitución de la República, 7.13 y 31 de la Ley núm. 137-11 de dos mil once (2011)”

3. Los “reglamentos”

En tercer lugar, el artículo 185 de la Constitución sujeta a los “reglamentos” a control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional. La expresión “reglamento” tiene más bien una connotación material, apuntando a los actos estatales de efectos generales distintos a las leyes. En otros países se atribuye a la competencia de control de la Jurisdicción Constitucional a los reglamentos Ejecutivos, es decir, solo los emanados del Presidente de la República para reglamentar las leyes. Sin embargo, no es el caso en el artículo 185.1 de la Constitución dominicana, que se refiere en general a los “reglamentos” sin distinción, respecto de los cuales ha sido el propio Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, el que en lugar de reducir su ámbito de control solo respecto de determinados reglamentos, por ejemplo, los dictados en ejecución directa de la Constitución, al contrario, ha extendido dicho control a todos los actos estatales de carácter normativo.

Es decir, la orientación que le ha dado el Tribunal Constitucional a su objeto de control, en relación con los reglamentos se refiere *en general*, a los “actos estatales de carácter normativo y alcance general;”⁸ y precisamente por ello, el Tribunal ha agregado que la acción directa de inconstitucionalidad “está orientada al ejercicio de un control *in abstracto* de los actos normativos del poder público.”⁹

En igual sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que “la acción en inconstitucionalidad por vía directa o principal puede ser incoada no sólo contra la ley en sentido estricto, esto es, las disposiciones de carácter general y abstracto aprobadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Poder Ejecutivo, sino también contra toda norma obligatoria como los decretos, resoluciones y actos emanados de los poderes públicos.”¹⁰

Ahora, en cuanto a los reglamentos, los mismos pueden ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, o en ejecución de normas infra-constitucionales.

En cuanto a los primeros están, por ejemplo, los actos parlamentarios sin forma de ley que conforman los *interna corporis*, es decir, los reglamentos interiores de las Cámaras (art. 90.3); los reglamentos concernientes al su servicio interior y al despacho de los asuntos que le son peculiares a cada Cámara, en los cuales en el uso de sus facultades disciplinarias, pueden establecer las sanciones que procedan (art. 87, 88), y los reglamentos de organización y funcionamiento (art. 119).

⁸ El Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0051/12 de 19-10-2012, resolvió que “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 de la República y 36 de la Ley Orgánica No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), es decir, aquellos actos estatales de carácter normativo y alcance general.” Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200051-12%20C.pdf>.

⁹ Véase la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional TC/0052/12 de 19-10-2012, en la cual consideró con razón que “Las decisiones jurisdiccionales no están incluidas en la disposición constitucional que instituye dicho recurso.” Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200052-12%20C.pdf>

¹⁰ Véase sentencia TC/0073/12 de 29-11-2012 en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200073-12%20C.pdf>

Sobre estos reglamentos parlamentarios, el Tribunal Constitucional en sentencia TC/0006/18 de 18 enero 2018 (*acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el Dr. José Gilberto Núñez Brun contra la Resolución emitida por el Senado de la República Dominicana, el 16 de noviembre de 2016*) de 18 de enero de 2018,¹¹ consideró que:

“En tal virtud, y dado que la función legislativa resulta de la ejecución inmediata de la Constitución, los reglamentos internos que dictan las distintas comisiones del Congreso de la Nación forman parte de esta actividad, por lo que han de ser sometidos al control de constitucionalidad ante este órgano judicial.”

También como actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, se pueden identificar los reglamentos dictados por la Junta Central Electoral (art. 212, 212.IV) y por el Tribunal Superior Electoral (art. 214). En efecto, la Constitución asigna directamente atribuciones reglamentarias por ejemplo a la Junta Central Electoral, la cual conforme al artículo 212 de la Constitución “tiene facultad reglamentaria en los asuntos de su competencia,” y conforme al artículo 212.IV tiene “facultad para reglamentar los tiempos y límites en los gastos de campaña, así como el acceso equitativo a los medios de comunicación.”

En cambio, otros reglamentos tienen rango sub-legal, como es el caso de los actos administrativos de efectos generales dictados por el Presidente de la República para desarrollar o reglamentar las leyes (Reglamentos ejecutivos) (arts. 128.b; 258),¹² o el caso de los reglamentos dictados por los Gobiernos locales (art. 201.I), en cuyo caso se dictan en ejecución directa e inmediata de normas infra-constitucionales.

Sin embargo, independiente de su rango, como hemos dicho, en virtud de la expresa provisión constitucional del artículo 185.1, todos los reglamentos deben impugnarse por razones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Respecto de estos actos estatales de carácter normativo dictados en ejecución de normas infra-constitucionales, que en otros países están sujetos al control por parte de los órganos contencioso administrativos, en la república Dominicana, en virtud del mencionado artículo 185.1 de la Constitución están sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, respecto de lo cual la doctrina que ha sentado el Tribunal Constitucional como precedente en sentencia tC/0041/13, de 15 de marzo de 2013, ha sido que:

“Los actos administrativos de carácter normativo y alcance general son susceptibles de ser impugnados mediante la acción directa, pues al tratarse de un control abstracto o de contenido de la norma, el tribunal constitucional verifica si la autoridad pública responsable de producir la norma observó los valores, principios y reglas de la Constitución de la República y del bloque de constitucionalidad (supremacía constitucional).”

¹¹ Véase en <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/162a2847897a425d?projector=1&messagePartId=0.1>

¹² Un ejemplo sería el decreto No. 452-02 relativo a los Administradores Generales de Bienes y casas o apartamentos promovidas y asignadas por el Estado, que fue anulado parcialmente por el Tribunal Constitucional. Véase sentencia TC/0093/12 de 21 de diciembre de 2102. en <http://tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200093-12%20C.pdf>

4. *Los “decretos” dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución*

En cuarto lugar, también están sujetos a control de constitucionalidad por la Jurisdicción Constitucional los decretos dictados por el Presidente de la República. En este caso también la expresión “decreto” tiene una connotación formal, referida a los actos del Presidente sin distinguir sobre su contenido o rango, razón por la cual es obligante, a los efectos de dar coherencia al objeto de control por parte de la Jurisdicción Constitucional en relación con el objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, identificar los decretos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, que son los que corresponden a la primera.

Es el caso, por ejemplo, de los decretos los contentivos de actos de gobierno dictados por el Presidente de la República conforme a sus atribuciones constitucionales.¹³ Estos decretos tienen su fuente normativa en la propia Constitución, de manera que la competencia para ello del Presidente no puede ser restringida por el Congreso mediante leyes (art. 93.1.q). Dichos actos tienen el mismo rango de ejecución directa de la Constitución que las leyes, y por ello, el control jurisdiccional que se ejerce sobre ellos es sólo un control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional.¹⁴

Otro caso de decretos dictado por el Presidente de la República en ejecución directa de la Constitución, son los decretos de concesión de indultos que están también sujetos al control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional;¹⁵ e igualmente los decretos relativos a los estados de excepción a que se refiere el artículo de 128.1 de la Constitución, destinados por ejemplo, a:

“f) Tomar las medidas necesarias para proveer y garantizar la legítima defensa de la Nación, en caso de ataque armado actual o inminente por parte de nación extranjera o poderes externos, debiendo informar al Congreso Nacional sobre las disposiciones adoptadas y solicitar la declaratoria de Estado de Defensa si fuere procedente;

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la doctrina del acto de gobierno, del acto político, del acto de Estado y de las cuestiones políticas como motivo de inmunidad jurisdiccional de los Estados en sus Tribunales nacionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 26, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1986, pp. 65-68.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales,” en Víctor Hernández Mendible (Director), *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Caracas 2012, pp. 131-189; . “El control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y el principio de la formación del derecho por grados en Venezuela,” en *Revista Jurídica UDABOL*, Universidad de Aquino Bolivia, Año 1, No. 1, La Paz 2012, pp. 83-129; “El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno” en *Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano* (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001), Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, pp. 25-74

¹⁵ Véase la sentencia No Sentencia TC/0189/15. Expediente núm. TC-01-2009-0001, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por Hermes Guerrero Báez y Reemberto Pichardo Juan contra el Decreto núm. 847-08, emitido por el presidente de la República el veintidós (22) de diciembre de dos mil ocho (2008). 15 de julio de 2015. Sobre el acto impugnado el Tribunal indicó: “Ciertamente, el decreto objeto de la presente acción se refiere a un acto de efecto particular que se contrae a la concesión de un indulto a favor de las personas referidas anteriormente, por lo que no tiene el carácter normativo de alcance general; sin embargo, es susceptible de ser impugnado por la vía de acción directa de inconstitucionalidad, puesto que se trata de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, conforme el precedente indicado en el párrafo anterior.”

g) Declarar, si no se encontrare reunido el Congreso Nacional, los estados de excepción de conformidad con las disposiciones previstas en los artículos 262 al 266 de esta Constitución;

h) Adoptar las medidas provisionales de policía y seguridad necesarias en caso de violación de las disposiciones del artículo 62, numeral 6 de esta Constitución que perturben o amenacen el orden público, la seguridad del Estado, el funcionamiento regular de los servicios públicos o de utilidad pública, o impidan el desenvolvimiento de las actividades económicas y que no constituyan los hechos previstos en los artículos 262 al 266 de esta Constitución.”

Todos los otros decretos dictados por el Presidente de la República, en ejecución directa de las normas infra-constitucionales, escapan por tanto al control de la Jurisdicción Constitucional, y caen bajo la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

5. Las “ordenanzas”

En cuanto a las ordenanzas, como se dijo, en la única norma de la Constitución en la cual se utiliza esa palabra es precisamente en el artículo 185.1, sin que en el mismo se pueda identificar algún acto estatal específico. En la terminología de otros países de América Latina, las Ordenanza serían las “leyes locales,” es decir, los actos normativos dictados por los Concejos Municipales autónomos, en las materias que la Constitución les asigna y reserva, que presumimos es el mismo sentido que tienen en la República Dominicana.¹⁶ La “potestad normativa” de los Municipios está prevista en el artículo 199 de la Constitución, y se materializa en actos dictados por el Concejo de Regidores que conforme al artículo 201 de la propia Constitución, como “órgano exclusivamente normativo, reglamentario y de fiscalización.”

VI. LA EXCLUSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DE LOS ACTOS JUDICIALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Y SUS EXCEPCIONES

En consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, queda claro que los actos administrativos y los actos judiciales en ningún caso pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sino que el control jurisdiccional sobre la constitucionalidad e ilegalidad de los mismos corresponde a los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto a los actos judiciales, los mismos no pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pues siendo de carácter sub-legal,

¹⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los actos estatales sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en la República Dominicana, y el necesario deslinde entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa,” en Anuario 2012. Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana 2013, pp. 185-214.

dictados en aplicación de normas infra-constitucionales,¹⁷ su control corresponde a los tribunales ordinarios mediante apelación o por medios extraordinarios, ante la Corte Suprema mediante la casación.

En cuanto a los actos administrativos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversos casos, entre ellos, en la sentencia TC/0041/13, de 15 de marzo de 2013, ha establecido como doctrina vinculante, que:

“Los actos administrativos de efectos particulares y que solo inciden en situaciones concretas, deben ser tutelados mediante la acción en amparo si se violan derechos fundamentales (Art. 75 de la Ley No. 137-11) o por la jurisdicción contenciosa-administrativa en caso de violarse situaciones jurídicas o derechos no fundamentales dentro del ámbito administrativo, estando la decisión final sujeta a un recurso de revisión constitucional de sentencias (Art. 53 de la Ley No. 137-11), por lo que no escapa en ningún caso al control de la justicia constitucional.”

Ese sería el caso, por ejemplo, de las decisiones adoptadas por el Presidente de la República (art. 128.1.b de la Constitución), en ejecución de atribuciones previstas en normas infra-constitucionales, que al ser de carácter sub-legal, su control de conformidad con el derecho corresponde a los tribunales contencioso administrativos. Es el caso por ejemplo del acto de otorgamiento de un poder por el presidente en materia de administración de bienes nacionales, o de un decreto de pase a situación de retiro de un oficial militar.¹⁸ En el primer caso, resuelto mediante sentencia TC/0025/15 (*acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por Nieves del Carmen Schira Reyes contra el Poder Especial núm. 55-04, emitido por el presidente de la República el 9 de marzo de 2004*), de 26 de febrero de 2015, el Tribunal Constitucional consideró que un poder otorgado por el Presidente de la república para la gestión de bienes nacionales, era un acto administrativo de efectos particulares y concretos, dictado en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas infra-constitucionales, es decir, de jerarquía inferior a la Constitución, lo que lo excluye de la acción directa de inconstitucionalidad. El Tribunal por ello le indicó al accionante:

“que los actos administrativos de efectos particulares, que presuntamente vulneren derechos fundamentales o contradigan situaciones jurídicas u otros derechos, pueden impugnarse mediante la acción correspondiente ante el Tribunal Superior Administrativo o ante los tribunales contenciosos administrativos de primera instancia, cuando éstos últimos entren en funcionamiento.”

Igualmente, en cuanto a las resoluciones dictadas por los Secretarios de Estado como órganos del Poder Ejecutivo, en general, se trata siempre a de actos administrativos sometidos al control de contrariedad al derecho por parte de los tribunales contencioso

¹⁷ El Tribunal Constitucional en sentencia TC/0052/12 de 19-10-2012, consideró con razón que “Las decisiones jurisdiccionales no están incluidas en la disposición constitucional que instituye dicho recurso.” Véase en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200052-12%20C.pdf>

¹⁸ Véase la sentencia TC/0141/13 (Expediente No. TC-01-2012-0087, acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Tomás Antonio Holguín La Paz, contra el artículo 6 del Decreto No. 130-10, de 3 de marzo de 2010) de 22 de agosto de 2013, en la cual el Tribunal estimó que dicho Decreto núm. 130-10, “no posee un alcance general y normativo, sino que consiste en un acto administrativo de efectos particulares y concretos, en este caso, la puesta en retiro y pensión de un oficial superior de la Policía Nacional.”

administrativos. Por ello, por ejemplo, en el caso de la impugnación por vía de acción de inconstitucionalidad contra una Resolución No. 283/2000, dictada por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio reguladora del subsidio a los combustibles para la generación de electricidad, al analizar el acto impugnado, el Tribunal Constitucional constató que se trataba de un acto administrativo “dictado en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas infraconstitucionales, es decir, en normas de derecho inferiores a la Constitución,” es decir, “dictada en ejecución directa e inmediata de la legislación,” en ese caso, entre otras, de la Ley No. 290-66, Orgánica de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, de la Ley No. 4115, que le concede a la Corporación Dominicana de Electricidad la facultad para celebrar toda clase de actos y contratos relativos a su función específica; y de la Ley de Reforma de la Empresa Pública No. 141-97), razón por la cual declaró inadmisibles las acciones “al tratarse de una resolución que se emite en el ejercicio de un mandato directo de la ley.”

El Tribunal Constitucional argumentó que, al contrario, era “el fuero administrativo el competente para dirimir cuestiones que han tenido su origen en actos administrativos ejercidos por mandato de la ley, y es al Tribunal Contencioso Administrativo al que corresponde examinar la cuestión;” y que en el caso, aun cuando los “medios invocados por la accionante” eran “de índole constitucional, en virtud de la naturaleza del acto atacado (resolución que prescribe sobre el desarrollo de un contrato administrativo) tales alegatos corresponden ser examinados en la jurisdicción administrativa,” conforme a lo dispuesto en los artículos 139 y 165.2 de la Constitución.¹⁹

De esta doctrina, sin embargo, se ha apartado el propio Tribunal Constitucional en sentencia TC/0127/13 en la cual resolvió sobre la impugnación de un decreto de expropiación que evidentemente era un acto administrativo de efectos particulares que escapaba al control de constitucionalidad por parte del Tribunal, considerando que en el caso había:

“la presunción grave de que el decreto impugnado ha sido dictado, en lo que atañe al accionante, con el deliberado propósito de violentar en su contra la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 69 de la Constitución de la República, es la condición específica que se retiene para que, no obstante ser un acto de tipo particular, pueda ser admitida una acción directa de inconstitucionalidad contra el mismo, como excepción al criterio jurisprudencial constitucional adoptado de que dicha acción solamente se admite contra actos estatales de carácter normativo y de alcance general.

8.5. En definitiva, entendemos que en presencia de una acción directa de inconstitucionalidad contra un acto estatal de efectos particulares, cada vez que esté comprobado o exista la presunción grave de que ha sido producido con dolo, es decir, con el propósito deliberado de violar la Constitución, dicha acción debe ser admitida, pues esta solución, que se constituye en excepción a la jurisprudencia constitucional de que dicho recurso está reservado para los actos estatales de efectos

¹⁹ Véase la sentencia TC/0073/12 de 29 de noviembre de 2012, en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200073-12%20C.pdf>

generales, es la más adecuada en la misión de este tribunal constitucional de defender la vigencia del estado social y constitucional de derecho.”²⁰

En una sentencia posterior, la sentencia TC/0025/15 (*acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por Nieves del Carmen Schira Reyes contra el Poder Especial núm. 55-04, emitido por el presidente de la República el 9 de marzo de 2004*), de 26 de febrero de 2015, el Tribunal admitió que:

“se ha apartado de la jurisprudencia referida en una sola ocasión, donde el acto impugnado de efecto particular se trató de un decreto de expropiación que, no obstante haber sido anulado por decisión judicial, fue nuevamente reintroducido al ordenamiento con idénticas motivaciones al que había sido precedentemente anulado y afectando las mismas parcelas que ya habían sido liberadas mediante una decisión con carácter de autoridad de la cosa definitiva e irrevocablemente juzgada. En virtud de la clara violación al principio de seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva y al derecho de propiedad, fue conocido el fondo del asunto, quedando establecido como precedente:

“*[E]n presencia de una acción directa de inconstitucionalidad contra un acto estatal de efectos particulares, cada vez que esté comprobado o exista la presunción grave de que ha sido producido con dolo, es decir, con el propósito deliberado de violar la Constitución, dicha acción debe ser admitida, pues esta solución, que se constituye en excepción a la jurisprudencia constitucional de que dicho recurso está reservado para los actos estatales de efectos generales, es la más adecuada en la misión de este tribunal constitucional de defender la vigencia del estado social y constitucional de derecho (Sentencia TC/0127/13).*”

Otra excepción a la regla de la inimpugnabilidad de los actos administrativos de efectos particulares por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad, se ha establecido por el Tribunal Constitucional respecto de los decretos de expropiación, mediante sentencia del Tribunal Constitucional TC/0188/14 (*acción directa de inconstitucionalidad incoada por Thelma Geovalina Echavarría Brito y compartes (sucesores del finado Félix María Echavarría Reynoso) contra los Decretos núm. 2039, 199-07 y 391-12, dictados por el Poder Ejecutivo el cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), tres (3) de abril de dos mil siete (2007) y veintinueve (29) de julio de dos mil doce (2012), respectivamente*) de 20 de agosto de 2014, en los casos en los cuales el decreto de expropiación impugnado sea una reedición de otro decreto precedente de expropiación que había sido anulado por una decisión judicial; es decir, el Tribunal Constitucional en ese caso, consideró que era causal suficiente de excepción, que el decreto fuere “nuevamente reintroducido con las mismas motivaciones que el acto precedentemente anulado.”

New York, Abril 2018

²⁰ Se trató de la sentencia TC/0127/13 (Expediente No. TC-01-2012-0067, acción directa de inconstitucionalidad incoada por el señor Ramón Licinio Vargas Hernández contra el Decreto núm. 391-12, de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil doce (2012), mediante el cual se declaran de utilidad pública e interés social la adquisición, por parte del Estado Dominicano, de las Parcelas núm. 1583 y 1584, del Distrito Catastral núm. 5, municipio Luperón, Puerto Plata) de 13 de junio de 2011

XXVII

LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AL PODER DEL EJECUTIVO PARA LA DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES EXIGIENDO APROBACIÓN PARLAMENTARIA. DOS CASOS RECIENTES: REINO UNIDO (CASO: *BREXIT*) Y SURÁFRICA (CASO: *CORTE PENAL INTERNACIONAL*)

Publicado en Eduardo Jorge Prats (editor), *Liber Amicorum Homenaje al maestro Luigi Ferrajoli*, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Madre y Maestra, Santo Domingo 2018, pp. 31-80.

La participación de los Estados en tratados internacionales es siempre resultado de una decisión que corresponde adoptar exclusivamente a cada Estado, en ejercicio de su soberanía, que se expresa conforme a lo que se establezca en la Constitución de cada Estado.

Para tal efecto, en general, las Constituciones atribuyen al Poder Ejecutivo de los Estados la competencia para realizar la negociación de los Tratados y para expresar el consentimiento del Estado para obligarse por las disposiciones de los mismos, lo que generalmente se materializa a través de la firma del Tratado y luego, mediante su posterior ratificación, o a través de la adhesión a un Tratado preexistente.

Sin embargo, para esto último, y para que los Tratados tengan validez en el ámbito interno, en particular cuando sus normas inciden en el derecho interno de los Estados, las Constituciones exigen que los mismos sean aprobados por el correspondiente parlamento u órgano legislativo, y puedan, en esa forma, mediante una ley, adquirir el rango constitucional, supra-legal o legal que se establezca según los casos conforme al ordenamiento constitucional; debiendo dicha aprobación producirse antes de la ratificación del Tratado.²¹

²¹ Véase en general, Manuel Becerra Ramírez, *La recepción del Derecho Internacional en el derecho Interno*, 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2012.

Con la ratificación expresada luego de la incorporación del Tratado en el ámbito interno, el Estado queda formalmente obligado conforme al principio *pacta sunt servanda* a cumplir de buena fe con las cláusulas del Tratado, como lo exige el artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969,²² no pudiendo el Estado “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27).

Pero es evidente que los Tratados en general no se suscriben para siempre, pudiendo los Estados desvincularse de los mismos, lo que conforme a la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 debe ocurrir: “(a) conforme a las disposiciones del propio tratado relativas a la denuncia; (b) con el consentimiento de todas las partes después de consultar a todos los Estados contratantes; o (c) en el caso de un tratado que no contenga ninguna disposición sobre el retiro o la denuncia, dando un preaviso de al menos doce meses” (art. 54).

En todo caso, sea cual sea la forma de retiro o denuncia de un Tratado, la misma es una declaración unilateral adoptada por el Estado respectivo, igualmente en ejercicio de la soberanía, poniendo término a las obligaciones que derivaban del mismo, correspondiendo igualmente a las Constituciones de cada Estado, establecer el régimen de derecho interno aplicable para ello.

En esta materia, se constata que si bien las Constituciones de los Estados en el mundo contemporáneo prevén por la necesaria aprobación por el parlamento, congreso u órgano legislativo para que los mismos entren en vigor en el ámbito interno, sin embargo, en contraste, las mismas Constituciones no regulan en general dicha intervención parlamentaria en la denuncia de los Tratados, la cual con mucha frecuencia se decide por el Poder Ejecutivo exclusivamente como parte de sus competencias para la conducción de las relaciones internacionales.

Es decir, en general se ha interpretado que como las Constituciones solo exigen expresamente la aprobación de los parlamentos, congresos u órganos legislativos para la aprobación de Tratados, pero nada regulan para la denuncia, entonces se considera que la misma es una competencia que puede ejercer el Poder Ejecutivo sin intervención parlamentaria.

Sin embargo, esta interpretación se ha visto restringida últimamente, habiéndose cuestionado en algunos países la potestad del órgano Ejecutivo para denunciar Tratados sin la aprobación previa del parlamento, lo que ha sido controlado por los Jueces Constitucionales, restringiendo la potestad ejecutiva en la materia y reforzando el rol de los parlamentos, al exigirse su aprobación previa para la denuncia de tratados. Dos ejemplos recientes evidencian esta tendencia y ha sido el caso de la denuncia del Tratado de las Comunidades Europeas por parte del Reino Unido; y el caso de la denuncia del Tratado de Roma sobre la Corte Penal Internacional por parte de la República de Suráfrica.

²² Véase en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

Estas notas tienen precisamente por objeto analizar las muy importantes decisiones dictadas por los Jueces constitucionales en ambos países en la materia.

I EL CASO “BREXIT” ANTE LOS JUECES CONSTITUCIONALES DEL REINO UNIDO EXIGIENDO LA APROBACIÓN PARLAMENTARIA PREVIA PARA DAR INICIO DEL RETIRO DEL REINO UNIDO DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

En efecto, una de las decisiones más importantes adoptadas en materia constitucional por los tribunales del Reino Unido, ha sido la que la Alta Corte de Justicia dictó el 3 de noviembre de 2016, ratificada por la Corte Suprema del Reino Unido el 24 de enero de 2017, en relación con el caso “*Brexit*,” es decir, con 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; decisión política que, por lo demás, quizás sea, a su vez, la más importante decisión adoptada hasta ahora en el marco del proceso de la integración regional de Europa, el cual ha sido siempre un proceso político que se ha desarrollado, desde el inicio, de la mano del derecho constitucional.²³

A continuación nuestra apreciación sobre el contenido más relevante de dichas decisiones a la luz de los principios del constitucionalismo contemporáneo, en particular en materia de separación de poderes, en lo que se refiere a las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo, conforme a los principios de la soberanía parlamentaria y de los límites a los poderes de prerrogativa de la Corona en materia de regulación.²⁴

1. *Algunos principios del constitucionalismo británico*

Si bien es cierto que el Reino Unido no tiene una Constitución que se pueda encontrar completa en un documento escrito, adoptada por el pueblo conforme a los principios derivados del constitucionalismo moderno,²⁵ ello no significa que no tenga una Constitución ni que carezca de derecho constitucional. Al contrario,

“el Reino Unido tiene su propia forma de derecho constitucional, tal como se reconoce en cada una de las jurisdicciones de sus cuatro naciones constituyentes. Parte de dicho derecho está escrito en forma de leyes que tienen particular importancia constitucional; y otra parte se refleja en reglas legales fundamentales

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Constitutional Implications of Regional Economic Integration” (General Report, XV International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Bristol September 1998), en Allan R. Brewer-Carías, *Études de Droit Public Comparé*, Bruillant, Bruxelles, pp. 453-522. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El caso “Brexit” ante los jueces constitucionales del Reino Unido: Comentarios a la sentencia de la Alta Corte de Justicia de 3 de noviembre de 2016, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia del 24 de enero de 2017, en *Revista de Administración Pública*, No. 202 (enero/abril 2017) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 133-156.

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de Derecho. Aproximación Histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Editorial Jurídica Venezolana International, Miami 2016, pp. 38 ss

reconocidas por el Parlamento y los tribunales. Se trata de reglas legales establecidas y bien reconocidas que regulan el ejercicio del poder público y que distribuyen la autoridad para adoptar decisiones entre las diferentes entidades en el Estado y definen el ámbito de sus respectivos poderes.”²⁶

Lo anterior no es algo que haya sido dicho en algún escrito o libro de derecho constitucional del Reino Unido o de derecho constitucional comparado, sino que fue lo expresado por la Alta Corte de Justicia (*High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court*) del Reino Unido, en su sentencia del 3 de noviembre de 2016 dictada en el caso *Gina Miller y otros contra el Secretary of State for Exiting the European Union*,²⁷ para decidir precisamente una cuestión de orden constitucional, que no fue otra sino determinar en el orden constitucional de la Gran Bretaña si el Gobierno tiene o no posibilidad, ejerciendo sus poderes ejecutivos (*Crown’s prerogative powers*) y sin la intervención y decisión previa del Parlamento, de decidir notificar a la Unión Europea conforme al artículo 50 del Tratado de la misma, la decisión de la salida del Reino Unido de dicha Unión, en cumplimiento de la recomendación popular expresada en el referendo del 23 de junio de 2016. Dicho referendo se realizó conforme a la Ley que fue aprobada por el Parlamento en 2015 (*European Union Referendum Act 2015*), sobre la cuestión de si el Reino Unido debía quedarse o salir de la Unión Europea,²⁸ habiendo sido la respuesta popular dada, como es sabido, que el Reino Unido debía salirse de la misma.

Para decidir la cuestión constitucional planteada, la Alta Corte constató que en el Reino Unido, como democracia constitucional que es, los órganos del Estado están sometidos a reglas de derecho, es decir, al “*rule of law*” (Estado de derecho), teniendo en consecuencia los tribunales del Reino Unido, en palabras de la propia Corte, un:

“deber constitucional que es fundamental al Estado democrático de derecho de imponer las reglas de derecho constitucional de la misma manera como los tribunales imponen otras leyes.”

Esta declaración por la Alta Corte, es sin duda, uno de los más claros reconocimientos por parte de órganos judiciales británicos, de la existencia de una Jurisdicción Constitucional en el Reino Unido,²⁹ con base en lo cual la Alta Corte ejerciendo poderes de control de constitucionalidad (*Judicial Review*), constató que para decidir el caso concreto, había sido requerida precisamente para:

“aplicar el derecho constitucional del Reino Unido para determinar si la Corona tiene poderes de prerrogativa (*prerogative powers*) para notificar bajo el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, e iniciar el procedimiento de salida de la Unión Europea.”

²⁶ Caso *Gina Miller y otros contra el 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/>

²⁷ *Idem*

²⁸ Véase en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/contents/enacted/data.htm>. La pregunta formulada en el referendo fue: “Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?”

²⁹ A ello me anticipaba hace unos años al estudiar la situación de las cortes constitucionales en el derecho constitucional comparado. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Cambridge University Press, New York 2010, p. 25

Con todo ello quedó, por tanto, fuera de toda duda, que el Reino Unido tiene una Constitución, como norma suprema que se impone frente a los actos estatales, y que los tribunales tienen competencia para controlar la constitucionalidad de los actos estatales.³⁰

2. El caso “Brexit”

El caso *Gina Miller* y otros contra el *Secretary of State for Exiting the European Union* que se desarrolló ante la Alta Corte fue, por tanto, un típico proceso constitucional o de control de la constitucionalidad de la acción del Gobierno,³¹ en este caso de orden preventivo ante el anuncio oficial del Gobierno británico, hecho público luego del reacomodo gubernamental provocado por el resultado del referendo, de que se procedería a notificar a la Unión Europea la salida del Reino Unido de la misma.

En el proceso, la Alta Corte, para decidir, se basó en la consideración de que la *European Communities Act* de 1972 (Ley ECA de 1972),³² 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 en Gobierno, el cual no la podía modificar en forma alguna mediante el ejercicio de los poderes de prerrogativa de la Corona.

El rango constitucional de dicha ley (*constitutional statute*), según la Alta Corte, fue confirmado en su momento por la *House of Lords* en el caso *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd* [1990] 2 AC 85, considerando que la Ley ECA de 1972 estaba vigente mientras permaneciera en el libro de leyes (*statute book*), para dar efecto directo y prevalente al derecho de la Unión Europea sobre la legislación primaria doméstica o nacional. Es decir, en virtud de la Ley ECA de 1972, los tribunales nacionales dan pleno efecto al derecho de la Unión Europea como parte del derecho interno que los mismos aplican.

Tal como lo expresó Lawton LJ en el caso *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151 (DC) at [62], citado en la sentencia: “Es posible que nunca haya habido una ley que haya tenido un efecto tan profundo en tantas dimensiones en nuestra vida diaria,” considerando a la Ley ECA de 1972:

“como una ley constitucional (*constitutional statute*) que tiene tal importancia en nuestro sistema legal que no está sujeta al amplio principio de derogación implícita por parte de alguna legislación posterior. Su importancia es de tal naturaleza que solo puede ser derogada o reformada conforme a las disposiciones expresas de su texto, mediante una ley subsecuente o como necesaria implicación de sus propias previsiones. En sentido similar, la Ley ECA 1972 fue descrita por Lord Neuberger of Abbotsbury PSC and Lord Mance JSC en *R (Buckinghamshire County Council) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; [2014] 1 W.L.R. 324. at [207], como una entre varios instrumentos constitucionales.”

³⁰ Algo que unas décadas atrás no era comúnmente aceptado. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

³¹ Véase en general sobre los procesos constitucionales: Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015.

³² Véase en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>

Dicha Ley del Parlamento, de rango constitucional, que selló el proceso de incorporación del Reino Unido a las Comunidades Europeas, la cual se materializó el 1 de enero de 1973, se sancionó como consecuencia de la condición establecida en el derecho comunitario, de que para que el mismo fuera incorporado en el derecho interno, debía ser aprobado mediante legislación primaria en cada Estado. Como lo afirmó la Alta Corte en su sentencia,

“La Corona no hubiera podido ratificar la incorporación del Reino Unido a las Comunidades Europeas conforme al Tratado de las Comunidades sin que el Parlamento hubiese sancionado una legislación para ello. Una legislación del Parlamento era necesaria para dar efectos al derecho de la Unión Europea en el derecho interno de la jurisdicción del Reino Unido, tal como era requerido por esos Tratados y era necesario para dar efectos en el derecho interno a los derechos y obligaciones derivadas del derecho de la Unión Europea.”

El proceso constitucional desarrollado ante la Alta Corte, cuestionando la posibilidad de que el Gobierno solo decidiera la salida del Reino Unido de la Unión Europea, se inició por una ciudadana británica mediante el ejercicio de una acción equivalente a la denominada acción popular de constitucionalidad en los derechos hispanoamericanos,³³ intentada precisamente contra dicha pretensión del Gobierno de formular la mencionada notificación, cuya legitimación activa fue expresamente reconocida por el tribunal, considerando que la misma correspondía a cualquier persona en el Reino Unido o con ciudadanía británica, quienes podrían ver sus derechos afectados si la notificación de abandonar la Unión Europea se realizaba. Además de la recurrente en el proceso concurren otras personas y abogados planteando entre otras, cuestiones relativas a la soberanía parlamentaria; al impacto de la decisión respecto del derecho a la libre circulación conforme al derecho de la Unión europea, de ciudadanos británicos viviendo en otros países miembros de la Unión teniendo allí acceso a servicios públicos; y a cómo quedaría afectado el status de inmigración de personas residenciadas en el Reino Unido como resultado de la notificación conforme al artículo 50.

La defensa del caso se aceptó que lo llevara el Secretario de Estado para la salida del Reino Unido de la Unión Europea, considerándose como el órgano apropiado para actuar en nombre del Gobierno en representación de la Corona, cubriendo así la acción por cualquier otro ministro del gobierno.

3. La cuestión constitucional planteada

La cuestión que plantearon los recurrentes ante la Alta Corte fue que conforme

“a un principio fundamental de la Constitución del Reino Unido, los poderes de prerrogativa de la Corona no pueden ser utilizados por el gobierno ejecutivo

³³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Acción popular de inconstitucionalidad,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez, Giovanni A. Figueroa Mejía (Coordinadores), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 692, pp. 232-233.

Algo que unas décadas atrás no era comúnmente aceptado. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

para disminuir o eliminar derechos conferidos por ley, sea conferidos por el common law o por leyes (statutes), salvo que el Parlamento le haya otorgado expresamente autoridad a la Corona o en forma implícita conforme a los términos de un Acto del Parlamento, para disminuir o derogar esos derechos.”

Los recurrentes argumentaron además, que no es posible encontrar palabra alguna expresa o implícita en la Ley ECA de 1972 o en alguna otra legislación subsecuente relacionada con la Unión Europea, mediante la cual el Parlamento le hubiera conferido dicha autoridad al Ejecutivo para iniciar el proceso de poner término al Tratado de la Unión Europea; y que el Parlamento no dio autoridad alguna a la Corona, mediante la Ley del referendo de 2015, para enviar la notificación a que se refiere el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea.

Se trató, en resumen, como lo calificó la sentencia, de una “cuestión puramente legal” (*a pure question of law*), que se consideró como completamente justiciable conforme a la Constitución del Reino Unido (*justiciable under the UK constitution*), la cual, por supuesto, nada tenía que ver con el mérito o demérito de la decisión de dejar la Unión Europea, lo que el Tribunal consideró que era un “tema político” (*a political issue*)³⁴ que quedaba fuera de su competencia.

La cuestión justiciable, como deriva de los planteamientos de los recurrentes, fue en definitiva la de determinar si conforme al derecho constitucional del Reino Unido, el Gobierno en ejercicio de sus poderes de prerrogativa de la Corona y sin intervención del Parlamento, podía formular conforme al mencionado artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, la notificación oficial de la decisión gubernamental de salir de la misma; partiendo para ello del supuesto, que había sido aceptado por las partes que ni la Ley del Referendo de la Unión Europea de 2015, ni ningún otro Acto del Parlamento, le había conferido al Gobierno autoridad legal alguna distinta de los poderes de prerrogativa de la Corona, que le pudiera permitir formular la notificación conforme al artículo 50.

Por otra parte, la Corte también precisó que el régimen que rige el proceso comunitario europeo para que un Estado pueda salirse de la Unión Europea, implica que una vez que un Estado notifique su decisión conforme al artículo 50 del Tratado de la Unión, se abre un período de dos años a los efectos de que se negocie un acuerdo de retiro. Dicha notificación, conforme lo aceptó el Gobierno en el proceso, no puede estar condicionada, por lo que no puede formularse sujetándola por ejemplo a la aprobación del Parlamento. La consecuencia de la notificación conforme al artículo 50, una vez que se complete el proceso de salida de un Estado de la Unión Europea, como lo advirtió la Corte, es la inevitable pérdida para los ciudadanos británicos de algunos derechos consagrados en el derecho de la Unión Europea, que precisamente fueron incorporados en el derecho interno del Reino Unido mediante la mencionada Ley ECA de 1972.

³⁴ La Corte agregó que su decisión que la misma “no tiene injerencia en la política gubernamental, porque la política gubernamental no es ley. La política a ser aplicada por el gobierno ejecutivo y el mérito o demérito de la salida son materias de juicio político a ser resueltas a través de un proceso político.”

4. *Los principios constitucionales del Reino Unido que fueron considerados en las sentencias*

Para decidir el caso, la Alta Corte analizó los “principios constitucionales” del Reino Unido, destacando lo que calificó como la regla más fundamental de su Constitución (*UK's constitution*), que es que el Parlamento es soberano, y como tal, puede sancionar y derogar cualquier ley a su elección (*that Parliament is sovereign and can make and unmake any law it chooses*); siendo un aspecto de dicho principio de la soberanía del Parlamento, establecido desde hace cientos de años, que la Corona – o sea el Gobierno – no puede ejercer poderes de prerrogativa para derogar la legislación sancionada por el Parlamento.

La Corte consideró este principio como de suma importancia al analizar el contexto de la regla general sobre la cual el Gobierno buscó fundamentar su argumento en el caso, que fue la competencia ejecutiva, en ejecución de los poderes de prerrogativa de la Corona, para la conducción de las relaciones internacionales y la suscripción o denuncia de tratados, materias que fueron consideradas que caían dentro del ámbito de dichos poderes de prerrogativa.

Conforme lo consideró la Alta Corte, esa regla general efectivamente existe, pero solo con efectos en el ámbito internacional, no teniendo el ejercicio de dicha prerrogativa efecto alguno en el derecho interno establecido en la legislación sancionada por el Parlamento. Citando lo explicado por Lord Oliver of Aylmerton es su presentación en el *Tin Council case, J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, at 499E-500D, la Alta Corte consideró que:

“como principio del derecho constitucional del Reino Unido, la Prerrogativa Real, a pesar de que permite hacer tratados sin la intervención del Parlamento, no se extiende a la posibilidad de alterar la ley, o a conferir derechos a los individuos, o a privarlos de los derechos que gozan en el derecho interno.”

De ello Lord Oliver of Aylmerton concluyó con su afirmación principista de que “un tratado no es parte del derecho inglés salvo que haya sido incorporado en el derecho interno mediante legislación.”

Por ello, para decidir, la Alta Corte constató - lo que el Gobierno aceptó y argumentó en forma positiva - , que si se formula la notificación conforme al artículo 50, ello inevitablemente tiene efectos cambiantes en el derecho interno, en el sentido de que las disposiciones del derecho de la Unión Europea que el Parlamento hizo parte del derecho interno con la sanción de la Ley de 1972, en su momento cesarán de tener efectos.

Para contrarrestar este argumento, el principal alegato del Gobierno en el caso fue que debía presumirse que el Parlamento, cuando sancionó la Ley ECA de 1972, tuvo la intención de considerar que la Corona retendría sus poderes de prerrogativa para decidir sobre la salida del Reino Unido de los Tratados de la Comunidad Europea (ahora el Tratado de la Unión Europea), y de considerar que la Corona tendría el poder de escoger si el derecho de la Unión Europea debía continuar o no teniendo efectos en ámbito del derecho interno del Reino Unido. La Alta Corte, en su sentencia, no

aceptó este argumento, considerando al contrario que no había nada en el texto de la Ley ECA de 1972 que lo fundamentara, desechándolo y aceptando los argumentos de los recurrentes, tanto con base en el propio lenguaje utilizado por el Parlamento en dicha Ley, como en el principio constitucional fundamental de la soberanía del Parlamento, y en la ausencia de poder alguno de la Corona para cambiar la ley interna en ejercicio de sus poderes de prerrogativa.

Con base en estos argumentos, la Alta Corte de Justicia en su sentencia, decidió que el Gobierno en el Reino Unido no tiene el poder basado en la prerrogativa de la Corona para formular la notificación prevista en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, para que el Reino Unido salga o se retire de la Unión Europea.

5. Una lección sobre el derecho constitucional del Reino Unido

Aparte de la importancia que la decisión de la Alta Corte de Justicia del Reino Unido tiene para el derecho comunitario europeo y para el futuro de la Unión Europea, la sentencia del 3 de noviembre de 2016 tiene una importancia muy significativa para los estudiosos del derecho constitucional, particularmente en el derecho continental e iberoamericano, pues la misma es en sí misma, como hemos indicado, una clara lección sobre el derecho constitucional contemporáneo del Reino Unido, en particular en relación con las reglas que rigen las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, establecidas con base en los principios constitucionales de la soberanía parlamentaria y de los poderes de prerrogativa de la Corona.

A. Sobre el principio de la soberanía del Parlamento del Reino Unido

Y en efecto, como lo argumentó el Alto Tribunal, la regla más fundamental del derecho constitucional del Reino Unido es el principio de la soberanía del Parlamento, es decir, de “la Corona en Parlamento” que es el soberano, de manera que la legislación sancionada “por la Corona con el consentimiento de ambas Cámaras del Parlamento es suprema.”

Como consecuencia de ello, el Parlamento es quien puede sancionar la legislación primaria del Reino Unido y cambiar las leyes en la forma que decida, no existiendo ley alguna que sea superior a la legislación primaria, con la sola excepción de aquellos casos en los cuales el propio Parlamento ha hecho previsión expresa de que así sea; como precisamente es el caso de la Ley ECA de 1972 mediante la cual se confirió precedencia al derecho de la Unión Europea sobre los actos del Parlamento.

Pero incluso en esos casos, el Parlamento permanece siendo soberano y supremo, y tiene todo el poder para remover cualquier autoridad o jerarquía dada a otras leyes mediante legislación primaria anterior.

En resumen, concluyó la Corte, “el Parlamento tiene el poder de derogar la Ley ECA de 1972, si así lo resuelve,” pasando a repasar los principios doctrinales de siempre sobre el derecho constitucional británico, comenzando por lo que consideró la doctrina líder contenida en el libro del jurista constitucional profesor A.V. Dicey, *An Introduction*

to the Law of the Constitution, donde explicó que el principio de la soberanía parlamentaria significa que el parlamento tiene:

“el derecho de hacer y deshacer cualquier ley; y además, que ninguna persona o entidad está reconocida por la ley ... como teniendo el derecho de derogar o dejar de lado la legislación del Parlamento.”³⁵

A juicio de la Alta Corte, esto significa, entre otras cosas, que no puede decirse que una ley sea inválida porque sea opuesta a la opinión del electorado, ya que como principio legal:

“Los jueces no conocen en forma alguna acerca los deseos del pueblo, excepto cuando esos deseos estén expresados en una Ley del Parlamento, y nunca la validez de una ley podrá ser cuestionada basada en que fue sancionada o ha permanecido en vigencia en contraposición a los deseos de los electores.”³⁶

Este principio de la Soberanía parlamentaria, como lo afirmó la Alta Corte, ha sido reconocido en muchos casos líderes de la más alta autoridad judicial, por lo cual, como constituye un principio aceptado, se limitó a citar la presentación de Lord Bingham of Cornhill en *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UK HI. 56; [2006] 1 AC 262 at para., en el cual expresó que la “piedra angular de la Constitución británica ... es la supremacía de la Corona en Parlamento...”

B. Sobre el tema de los límites de los poderes de prerrogativa de la Corona

En cuanto a los poderes de la Corona conforme a su prerrogativa (con frecuencia llamados “prerrogativa real”), la Corte se refirió a su extensión, considerando que esos “poderes de prerrogativa constituyen el residuo, en materia de autoridad legal que se ha dejado en manos de la Corona,” citando en apoyo lo afirmado por Lord Re in *Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate* [1965] AC 75, at 101:

“La prerrogativa es en realidad una reliquia de un tiempo pasado, que no se ha perdido por desuso, pero que es solo disponible en relación con un caso que no se ha convertido en ley (*statute*).”

En relación con dicha prerrogativa, la Corte consideró que un aspecto importante del principio de la soberanía parlamentaria es que la legislación primaria no está sujeta a poder ser suplantada por la Corona mediante el ejercicio de sus poderes de prerrogativa; agregando, además, que los “límites constitucionales” a dichos poderes son incluso más extensos, considerando que la Corona tiene esos poderes de prerrogativa solo cuando los mismos están reconocidos por el *common law* y su ejercicio solo produce efectos dentro de límites reconocidos por el mismo. Fuera de esos límites, la Corona no tiene poder para alterar leyes, sea que las mismas estén contenidas en el *common law* o en la legislación.

Esta subordinación de la Corona, y en particular del Gobierno ejecutivo a la ley, afirmó la Corte, es el fundamento del Estado de derecho en el Reino Unido (*is the*

³⁵ Cita de la Corte: “p. 38 of the 8th edition, 1915, the last edition by Dicey himself; and see chapter 1 generally.”

³⁶ Cita de la Corte: “*ibid.* pp. 57 and 72.”

foundation of the rule of law in the United Kingdom), que tiene sus raíces establecidas mucho antes de la guerra entre la Corona y el Parlamento en el siglo XVII, y que fue definitivamente confirmada, tal como ha sido reconocido desde entonces, en el acuerdo al cual se llegó luego de la Gloriosa Revolución de 1688.³⁷

En apoyo de esta apreciación, la Corte entonces citó lo que Sir Edward Coke refirió como su opinión y la de los jueces reconocidos de la época, sobre el *The Case of Proclamations* (1610) 12 Co, Rep. 74, en el sentido de que “el Rey con su proclamación o mediante otras vías no puede cambiar parte alguna del *common law*, ni de las leyes (*statute law*) ni de las costumbres del Reino,” y que “el Rey no tiene prerrogativa alguna, salvo la que la legislación (*law of the land*) le otorga.”

Esto, a juicio de la Alta Corte, fue confirmado en las dos primeras partes de la sección 1ª del *Bill of Rights* de 1688, así:

“Poderes de suspensión: Que el pretendido poder de suspender las leyes o la ejecución de las leyes por autoridad real, sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal.

“Poder de dispensar posteriormente: Que el pretendido poder de dispensar respecto de las leyes o de la ejecución de las leyes por autoridad real como ha sido asumido y ejercido antes, es ilegal.”

Esta posición legal, como lo recordó la Alta Corte, fue resumida por el *Privy Council*, en el caso *The Zamora* [1916] 2 AC 77, at 90, así:

“La idea de que el Rey en Consejo, o incluso cualquier rama del Ejecutivo, tiene el poder para prescribir o alterar la ley que debe ser aplicada por los tribunales de derecho en este país, está fuera de armonía con los principios de nuestra Constitución. Es cierto que de acuerdo con muchas leyes modernas, varias ramas del Ejecutivo tienen el poder de hacer reglas con fuerza de ley, pero todas esas reglas derivan su validez de la ley (*statute*) que otorgó dicho poder, y no del órgano ejecutivo que las dicta. Nadie puede cuestionar que la prerrogativa incluye cualquier poder para prescribir o alterar la ley que debe ser aplicada por los Tribunales del *Common Law* o de Equidad...”

La Alta Corte consideró estos principios como generalmente aceptados, estimando innecesario explicarlos con mayor detalle, con base en lo cual fue que analizó el tema de los poderes de la Corona para hacer y deshacer tratados, con efectos reducidos en el ámbito internacional, y sin efectos en el derecho interno, como antes se explicó.

6. La interpretación constitucional y el control de constitucionalidad

Con ello, la Corte pasó a ejercer su control de constitucionalidad sobre la pretensión del Ejecutivo de formular la notificación prevista en el artículo 50 del Tratado de la Unión

³⁷ Véase los comentarios que sobre ello hicimos en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

Europea, considerada como una ley constitucional, sin intervención del Parlamento, para lo cual la Corte fijó una serie de criterios sobre interpretación constitucional.

El primero fue el clásico de la presunción de constitucionalidad de los actos del Parlamento, en el sentido de que cuando hay principios constitucionales fuertes, se presume que “el Parlamento legisla en conformidad con los mismos, y no para socavarlos,” citando en apoyo múltiples decisiones judiciales, por ejemplo, considerando que hay una fuerte presunción contra la afirmación de que el Parlamento haya tenido la intención de dar efecto retroactivo a alguna previsión legal, incluso si el lenguaje usado en la ley pueda hacer pensar que se trataba de crear dicho efecto; así como en cuanto a los efectos territoriales de las leyes. También hay una fuerte presunción de que el Parlamento no puede intentar limitar el acceso a los tribunales ordinarios para determinadas disputas.³⁸ La Alta Corte continuó su argumento indicando que:

“Todas estas presunciones podrían ser eliminadas por el Parlamento si así lo decide, pero mientras más fuerte es el principio constitucional, más fuerte es la presunción de que el Parlamento no intentó revocarlo, y más fuerte será el material requerido, en términos de lenguaje expreso o de clara implicación necesaria, antes de que se pueda propiamente deducir que efectivamente lo intentó. En sentido similar, mientras más fuerte sea el principio constitucional, más fácilmente se puede deducir que las palabras usadas por el Parlamento estaban destinadas a desarrollar el sentido que refleja el principio.”

Este argumento interpretativo era importante, a juicio del Alta Corte, porque el Secretario de Estado en su argumento, al interpretar la Ley ECA de 1972, dejando fuera parte de los antecedentes constitucionales mencionados, argumentó que eran los recurrentes quienes tenían que identificar el lenguaje expreso en la Ley que le eliminaba a la Corona su prerrogativa en relación con la conducción de las relaciones internacionales en nombre del Reino Unido. Es decir, el Secretario de Estado formuló su defensa alegando que era necesario encontrar en la Ley ECA de 1972, un lenguaje expreso y en todo caso claro, antes de que pudiera deducirse que el Parlamento tuvo la intención de remover el poder de prerrogativa de la Corona para tomar los pasos necesarios para sacar al Reino Unido de las Comunidades Europeas y del Tratado de la Unión Europea.

Para formular este argumento, a juicio de la Corte, el Secretario de Estado, al analizar la Ley ECA de 1972, no le dio valor alguno al principio constitucional de que, excepto cuando el Parlamento legisle lo contrario, la Corona ejerciendo sus poderes de prerrogativa, no debe tener poder para variar la legislación (*the law of the land*).

³⁸ Citas de la Corte: “see, for example, *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 1 AC 147. Another example, debated at some length at the hearing, is the principle of legality, i.e. the presumption that Parliament does not intend to legislate in a way which would defeat fundamental human rights: see *R v Secretary of State for the Home Department*, ex p. *Pierson* [1998] AC 539 at 573G, 575B-G (Lord Browne-Wilkinson) and *R v Secretary of State for the Home Department*, ex p. *Simms* [2000] 1 AC 115, 131D-G (Lord Hoffmann). see, for example, *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 1 AC 147. Another example, debated at some length at the hearing, is the principle of legality, i.e. the presumption that Parliament does not intend to legislate in a way which would defeat fundamental human rights: see *R v Secretary of State for the Home Department*, ex p. *Pierson* [1998] AC 539 at 573G, 575B-G (Lord Browne-Wilkinson) and *R v Secretary of State for the Home Department*, ex p. *Simms* [2000] 1 AC 115, 131D-G (Lord Hoffmann).”

La Alta Corte, en consecuencia desestimó los argumentos del Secretario de Estado con base en dos principios constitucionales.

Primero, el principio de que la Corona no puede hacer uso de sus poderes de prerrogativa para alterar la legislación doméstica, el cual, a juicio de la Alta Corte, es producto de una fuerte tradición constitucional en el Reino Unido y de las democracias que siguen la tradición.³⁹ El principio evolucionó a través de la gran lucha antes mencionada que aseguró la soberanía parlamentaria y restringió los poderes de prerrogativa de la Corona. Por ello, consideró la Alta Corte que habría sido sorprendente, a la luz de esa tradición, que el Parlamento como cuerpo soberano conforme a la Constitución, hubiera tenido la intención de abandonar la continuada existencia de los derechos que introdujo en el derecho interno al poner en vigor la Ley ECA de 1971, dejándolo a la escogencia de la Corona en ejercicio de sus poderes de prerrogativa, en el sentido de permitir que los Tratados de la Comunidad pudieran continuar aplicándose o sacar al Reino Unido de ellos. Agregó la Alta Corte, cómo Lord Browne-Wilkinson lo expresó en *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 at 552E, que:

“Corresponde al Parlamento, no al Ejecutivo, derogar la legislación. La historia constitucional de este país es la historia de la sujeción de los poderes de prerrogativa de la Corona a los superiores poderes de la legislatura democráticamente electa como cuerpo soberano.”

En este contexto, la Alta Corte también consideró que era relevante tener en cuenta el profundo efecto que el Parlamento quiso que la sanción de la Ley ECA 1972 tuviera en el derecho interno, lo que precisamente condujo a se la identifique como una ley con un especial significado constitucional (*statute of special constitutional significance*), por lo cual, por los profundos y extendidos cambios legales que produjo, es especialmente improbable que el Parlamento hubiera tenido la intención de dejar su existencia en las manos de la Corona a través del ejercicio de sus poderes de prerrogativa. Habiendo el Parlamento tomado el paso mayor de establecer el efecto directo y prevalente del derecho de la Unión Europea en el sistema legal nacional, sancionado la Ley ECA de 1972 como legislación primaria, no es plausible suponer que tuvo la intención de que la Corona pudiera, a través de su propia acción unilateral bajo sus poderes de prerrogativa, eliminar dicho efecto.

Incluso, precisó la Alta Corte, que la Ley ECA de 1972, como ley constitucional, es de tal naturaleza, que se considera que el Parlamento la exceptuó de la aplicación de la doctrina usual de la derogación implícita mediante la sanción de legislación posterior que fuera inconsistente con la misma.⁴⁰ Al contrario, la Ley solo puede ser derogada en alguna parte, solo si el Parlamento expresa en una forma clara en una legislación posterior tal derogatoria, es decir, que eso es lo que quiere hacer. La Alta Corte concluyó afirmando que:

“si desde que la Ley ECA de 1972 se sancionó como ley constitucional de gran importancia, el Parlamento ha indicado que debe quedar exento de derogaciones casuales

³⁹ Cita de la Corte: “see for example the New Zealand decision in *Fitzgerald v Muldoon* [1976] 2 NZLR 615 at 622.”

⁴⁰ Cita de la Corte: “see *Thohurn v Sunderland City Council*, at [60]-[64], and section 2(4) of the ECA 1972.”

implícitas por el mismo Parlamento, mucho menos puede pensarse que el Parlamento tuvo la intención de que sus efectos legales pudieran ser eliminados por la Corona a través de sus poderes de prerrogativa.”

El segundo principio constitucional al que se refirió la Corte para decidir, fue el antes mencionado de que los poderes de prerrogativa de la Corona solo operan en el plano internacional, y que esos poderes no tienen efectos en el derecho interno, siendo un principio aceptado por los tribunales que este es un campo de acción dejado a la Corona sin la interferencia del Parlamento. Pero la justificación para una presunción de no-interferencia con los poderes de prerrogativa de la Corona en la conducción de los asuntos internacionales, consideró la Alta Corte que está sustancialmente reducida en un caso como el decidido en la sentencia, en el cual el Secretario de Estado al contrario, mantuvo que él podía, mediante el ejercicio de los poderes de prerrogativa de la Corona, introducir cambios mayores en la legislación interna, lo cual fue rechazado por la Corte.

De allí la conclusión de la Alta Corte al interpretar la Ley ECA de 1972 a la luz de los antecedentes constitucionales antes mencionados, que la intención del Parlamento al sancionar dicha Ley e introducir el derecho de la Unión Europea en el derecho interno, fue que ello no pudiera ser deshecho por la Corona mediante el ejercicio de sus poderes de prerrogativa. Es decir, que con la sanción de la Ley ECA de 1972, la Corona no tiene poder de prerrogativa alguno para decidir la salida de del Reino Unido de los Tratados de la Comunidad y afectar los derechos de los ciudadanos derivados de los mismos, efectuando la notificación establecida en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; rechazando en consecuencia los argumentos del Secretario de Estado

Por último, la Alta Corte se refirió a la Ley del Referendo de la Unión Europea de 2015, estando de acuerdo con el hecho de que el Secretario de Estado no haya argumentado que la misma supuestamente le daba un poder estatutario a la Corona para efectuar la notificación conforme al artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, pues de haberlo hecho erro era insostenible en materia de interpretación legal.

Dicha Ley del Referendo de 2015 tiene que ser interpretada a juicio de la Alta Corte, a la luz de los principios constitucionales básicos de la soberanía parlamentaria y de la democracia representativa que se aplican en el Reino Unido, lo que la llevó a la conclusión de que “un referéndum en cualquier materia solo puede tener efectos de recomendación para los legisladores en el Parlamento, excepto cuando un lenguaje claro en contrario se use en la legislación sobre el referendo en cuestión,” lo que no se encuentra en el texto de la Ley del Referendo de 2015.

Incluso, en el caso del referendo de 2015, la Alta Corte recordó que la Ley respectiva:

“fue adoptada sobre la base de un documento claro enviado a los parlamentarios de que el referendo tendría solo efectos de recomendación. Incluso, el Parlamento debió haber apreciado que el referendo estaba destinado solo a ser consultivo, ya que el resultado de un voto en el referendo a favor de la salida de la Unión Europea hubiera inevitablemente dejado para futura decisión muy importantes cuestiones relativas con la implementación legal de dicha salida de la Unión Europea.”

En todo caso, concluyó la Alta Corte en su sentencia, en que “no cuestionaba la importancia del referendo como evento político, cuya significación tendrá que ser

considerada y tomada en cuenta en otra parte,” decidiendo finalmente que “el Secretario de Estado no tiene poder conforme a la prerrogativa de la Corona, para formular la notificación conforme al artículo 50 del Tratado de la Unión Europea para la salida del Reino Unido de la misma.”

7. La confirmación de la decisión de la Alta Corte de Justicia por la Corte Suprema del Reino Unido

La sentencia de la Alta Corte de Justicia del 3 de noviembre de 2016, luego de haber sido apelada por el Gobierno, fue confirmada por la Corte Suprema del Reino Unido en sentencia dictada con una mayoría de 8 a 3, el 24 de febrero de 2016 (Caso: *R (on the application of Miller an another) v Secretary of State for Exiting the European Union*) ([2017 UKSC 5] (UKSC 2016/0196),⁴¹ ratificando que en el caso, se requiere de un Acto del Parlamento que autorice a los Ministros para poder enviar la notificación de la decisión del retiro del Reino Unido de la Unión Europea.

Debe indicarse que, con posterioridad a la decisión de la Alta Corte del 3 de noviembre de 2016, y de haberse intentado la apelación, el 7 de diciembre de 2016, la Cámara de los Comunes adoptó una resolución llamando a los ministros a enviar para el 31 de marzo de 2017, conforme al artículo 50 de los Tratados, la notificación respectiva sobre el retiro del Reino Unido de la Unión Europea. Ello, sin embargo, a juicio de la Corte Suprema, con lo que estuvo de acuerdo el Gobierno en el proceso, fue solo un acto político que no afectó en forma alguna las cuestiones que surgieron de las apelaciones en el proceso.

Entre esas cuestiones, la principal que se consideró para la decisión de alzada, fue la consideración por la Corte Suprema, de que los términos de la Ley ECA de 1972, que dio efectos a la membresía del Reino Unido en la Unión Europea, son inconsistentes con la pretensión de ejercicio de cualquier poder por parte de los Ministros de sacar al Reino Unido de los Tratados de la Unión Europea, sin la autorización previa del Parlamento

A juicio del Tribunal, la sección 2 de la Ley ECA de 1972 autorizó un proceso dinámico a través del cual el derecho de la Unión Europea se convirtió en fuente del derecho del Reino Unido, con aplicación preferente sobre todas las otras fuentes de derecho nacionales del mismo, incluyendo las leyes (*statutes*). Por tanto, mientras la Ley ECA de 1972 permanezca en vigencia, sus efectos son los de constituir al derecho de la Unión Europea como una fuente independiente y prevalente en el derecho nacional. Con la misma, estimó la Corte Suprema, se produjo una transferencia parcial de poderes de legislar (*law-making powers*), de asignación de competencias legislativas por el Parlamento a las instituciones de la Unión Europea, salvo y hasta cuando el Parlamento decida otra cosa. Ello implica que la ley interna en el Reino Unido cambiará si el mismo deja de ser un Estado miembro de los Tratados de la Unión Europea, y que los derechos

⁴¹ Véase el texto de la sentencia en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf> Véase la información de prensa sobre la sentencia en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-press-summary.pdf>

derivados del derecho comunitario de los que gozan los residentes del Reino Unido, se verán afectados.

La Corte Suprema analizó el argumento del Gobierno de que la Ley ECA de 1972 no había excluido el poder de los ministros de poder sacar al Reino Unido de los Tratados de la Unión Europea, y que la sección 2 de la Ley prevé el ejercicio de tal poder al dar efecto al derecho de la Unión Europea solo y hasta que el poder de decidir la salida no sea ejercido. Sin embargo, la Corte Suprema indicó que hay una vital diferencia entre las variaciones que puedan producirse en el derecho del Reino Unido como resultado de los cambios en el derecho de la Unión Europea, y las variaciones que se pueden producir como resultado de la salida de los Tratados de la Unión Europea. En este último caso, si se presenta la notificación respectiva, el efecto inevitable sería en realidad, un cambio fundamental en el marco constitucional del Reino Unido, pues ello significaría la eliminación de las fuentes del derecho de la Unión Europea en el orden interno.

A juicio de la Corte Suprema, un cambio de tal naturaleza en la constitución del Reino Unido, requiere que sea efectuado a través de legislación parlamentaria. Además, el hecho de la salida del Reino Unido de la Unión Europea implica la eliminación de algunos derechos domésticos de los que gozan los residentes en el Reino Unido, lo que hace que sea imposible que el Gobierno pueda decidir la salida de los Tratados de la Unión Europea sin la autorización previa del Parlamento.

Por supuesto, el Parlamento, cuando sancionó la Ley ECA de 1972, pudo haber autorizado a los ministros para decidir la salida del Reino Unido de los Tratados de la Unión Europea, para lo cual, sin embargo, hubieran tenido que prever con claridad dicha posibilidad en el texto expreso de la Ley, lo cual no ocurrió. Al contrario, no solo no hay palabras claras sobre ello, sino que las previsiones de la propia Ley ECA de 1972, indican que los ministros no tienen tal poder. Y el hecho de que los ministros sean responsables ante el Parlamento por sus acciones, no es ninguna respuesta constitucional útil para resolver el tema planteado, particularmente si el poder para actuar no existe, y si la decisión vaciaría irrevocablemente al propio Parlamento de poder actuar.⁴²

En todo caso, a juicio de la Corte Suprema, la legislación subsecuente relacionada con la Unión Europea dictada con posterioridad a 1972, incluyendo la introducción de controles parlamentarios en relación con las decisiones adoptadas por los ministros a nivel de la Unión Europea, en relación con las competencias de la misma o en su proceso de elaboración de normas comunitarias, aun cuando no para presentar la notificación revista en el artículo 50 de los Tratados, son completamente consistentes con la asunción por el Parlamento de que de que no hay poder alguno para decidir la salida del Reino Unido de los Tratados sin una ley (*statute*) autorizándola.

Por último, la Corte Suprema en su sentencia, también se refirió al referendo de 2016, considerando que si bien fue un evento de gran importancia política, su significado legal fue el establecido por el Parlamento en la Ley autorizando su realización, y en la Ley simplemente se previó su realización, pero no se especificaron sus consecuencias.

⁴² Cita de la Corte: “The Supreme Court of the United Kingdom Parliament Square London SW1P 3BD T: 020 7960 1886/1887 F: 020 7960 1901 www.supremecourt.uk.”

En consecuencia, consideró la Corte Suprema que los cambios en la ley que requiera la implementación del resultado del referendo solo pueden efectuarse en la única forma permitida por la constitución del Reino Unido, que es mediante legislación.

La conclusión de todo este proceso constitucional desarrollado ante los órganos con competencia para ejercer la Jurisdicción Constitucional en el Reino Unido fue, por tanto, que la salida del mismo de los Tratados de la Unión Europea, sólo puede resolverse mediante una ley del Parlamento que así lo decida, no teniendo efecto jurídico constitucional alguno la recomendación política expresada en el referendo de 2016.

Ese fue el criterio expresado en sus sentencias, tanto por la Alta Corte de Justicia como la Corte Suprema del Reino Unido, en un proceso de control de constitucionalidad, rechazando la posibilidad de que el Ejecutivo pudiera tener competencia alguna para tomar esa decisión sin la autorización previa del Parlamento.

8. *La desestimación de los alegatos sobre devolution en relación con la cuestión de la injerencia de Irlanda del Norte, Escocia y Gales en la decisión sobre el “Brexit”*

Por último, debe mencionarse que si bien en el caso desarrollado en primera instancia ante la *High Court* el tema debatido en la materia fue solo la de determinar si para la salida del Reino Unido de la Unión Europea era necesaria o no la intervención previa del Parlamento de Westminster, que autorizara al Gobierno para proceder en tal sentido, ello analizó sin referencia alguna a si los Parlamentos de las diversas naciones que componen el Reino Unido también debían decidir algo al respecto.

Este último tema, sin embargo, si se planteó en segunda instancia ante la Corte Suprema, mediante diversos planteamientos referidos, entre otros, por el *Attorney General* de Irlanda del Norte, y otros formulados en intervenciones por el *Lord Advocate* del Gobierno de Escocia y el *Counsel General* de Gales, por el Gobierno de Gales, en los cuales se formularon como cuestiones adicionales ante la Corte, la determinar si conforme a los poderes que legalmente han sido descentralizados (*statutorily devolved*)⁴³ a las naciones del Reino Unido, también se requería para la salida del Reino Unido de la Unión Europea, de una consulta o acuerdo de las legislaturas descentralizadas (*devolved legislatures*) antes de que el Gobierno pudiese formular la notificación prevista en el Tratado de la Unión Europea, como una restricción al poder del Gobierno.

Estas “*devolution issues*,” como las denominó la Corte Suprema, le exigieron considerar si en los términos del *Northern Ireland Act 1998* (‘NIA’),⁴⁴ y de los acuerdos asociados con el mismo (*Belfast Agreement* y *British-Irish Agreement*), se requería de una legislación primaria y del consentimiento de la *Northern Ireland Assembly* y/o del pueblo

⁴³ Sobre el concepto británico de devolution en el marco general de la regionalización / descentralización políticas, véase Allan R. Brewer-Carías, “Regionalization in Economic Matters in Comparative Law,” en *Rapports Generaux au IX Congrès International de Droit Comparé*, Teherán 1974, Bruselas 1977, pp. 669-696; “La descentralización territorial: Autonomía territorial y regionalización política”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, N° 218, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, abril/junio 1983, pp. 209-232.

⁴⁴ Véase en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/contents>

de Irlanda del Norte antes que la notificación fuera formulada, lo cual consideró la Corte Suprema partiendo del supuesto de que

“Conforme a cada *devolution settlements* en Irlanda del Norte, Escocia y Gales las legislaturas descentralizadas (*devolved legislatures*) tienen la responsabilidad de cumplir con el derecho de la Unión Europea, existiendo una convención constitucional (*the Sewel Convention*) que impone que el Parlamento del Reino Unido normalmente no ejerce sus poderes para legislar en relación con las materias descentralizadas (*devolved matters*) sin el acuerdo de las legislaturas descentralizadas.”

En relación con estas *devolution issues*, la Corte Suprema fue precisa en considerar que cuando se establecieron esas restricciones relativas a la Unión Europea en el *Northern Ireland Act* y en las otras *devolution Acts*, el Parlamento se basó en la asunción de que el Reino Unido permanecería como miembro de la Unión Europea, siendo ello consistente con considerar que solo le corresponde el Parlamento determinar esa permanencia. Pero al imponerse dichas restricciones mediante la *devolution legislation* otorgándosele poder a las *devolved institutions* de observar e implementar el derecho de la Unión Europea, ello no implicó que el Reino Unido debía permanecer como miembro de la Unión Europea. En el Reino Unido, a juicio de la Corte Suprema, las relaciones con la Unión Europea como en otras materias relativas a las relaciones exteriores, están reservadas al Gobierno del reino Unido o exceptuadas en el caso de Escocia e Irlanda del Norte, y no fueron descentralizadas en el caso de Gales,⁴⁵ por lo que consideró que las legislaturas descentralizadas no tienen una competencia legislativa paralela alguna en relación con la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

La Corte Suprema, precisó además que en el caso de Irlanda del Norte, lo que las previsiones del *Belfast Agreement* de 1998⁴⁶ lo que dieron al pueblo de Irlanda del Norte fue el derecho de determinar si dicha nación permanecía siendo parte del Reino Unido o si pasaban a ser parte de una Irlanda unida, no existiendo en ninguna ley constitucional de Irlanda del Norte nada que pudiera significar requerir el consentimiento de la mayoría del pueblo de Irlanda del Norte para la decisión sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

En cuanto a la mencionada *Sewel Convention*,⁴⁷ la Corte Suprema precisó que la misma, a la cual le reconoció la característica de convención constitucional, fue adoptada como un mecanismo para establecer una relación de cooperación entre el Parlamento del reino Unido y los parlamentos nacionales (*devolved institutions*), en particular en casos de competencias legislativas superpuestas. En virtud de que el Parlamento de Westminster se había reservado en cada uno de los convenios de descentralización (*devolution settlements*) su derecho de legislar en las materias que caen bajo la competencia de las legislaturas descentralizadas, mediante la *Sewel Convention* lo que se previó fue solo que “el Parlamento del Reino Unido, no procedería normalmente a

⁴⁵ Cita de la Corte: “see section 30(1) of, and paragraph 7(1) of Schedule 5 to, the Scotland Act 1998; section 108(4) of, and Part 1 of Schedule 7 to, the Government of Wales Act 2006; and section 4(1) of, and paragraph 3 of Schedule 2 to, the NI Act. 130.”

⁴⁶ Véase en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/136652/agreement.pdf

⁴⁷ Véase en <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02084#fullreport>

legislar sobre las materias descentralizadas (*devolved matters*) excepto con el acuerdo de las legislaturas descentralizadas.”

De ello, la Corte Suprema concluyó en definitiva que no habiendo sido las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea una materia que hubiese sido descentralizada, los parlamentos nacionales no tenían derecho de veto legal alguno respecto de la decisión de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, como lo reconocieron en el proceso los abogados de Escocia y Gales, lo que igualmente aplicó al caso de Irlanda del Norte, desechando los *devolution issues* presentados en segunda instancia, declarando en consecuencia que no se requiere del consentimiento de las legislaturas de Irlanda del Norte, Escocia y Gales para que el Parlamento sancione la ley respectiva exigida para autorizar al Gobierno para formular la notificación sobre la salida del reino Unido de la Unión Europea.

II. EL CASO DE LA DENUNCIA DEL TRATADO DE ROMA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL POR SURÁFRICA Y SU DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD AL HABER SIDO ADOPTADA SIN LA APROBACIÓN PREVIA DEL PARLAMENTO

La Alta Corte (*High Court*) de Suráfrica (Gauteng Division) con sede en Pretoria, actuando como juez constitucional, 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),⁴⁸ declaró inconstitucional e inválida la decisión adoptada por el Ministro de Relaciones Internacionales en fecha 19 de octubre de 2016 de denunciar el Tratado de la Corte Penal Internacional, y la decisión del gabinete Ejecutivo de notificar dicha denuncia a la Secretaría General de Naciones Unidas, porque había sido adoptada sin la previa aprobación del Parlamento; ordenando en consecuencia a los demandados a revocar la denuncia del Tratado.

El Tratado que creó la Corte Penal Internacional fue adoptado en la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998, y fue ratificado por Suráfrica el 27 de noviembre de 2000, habiendo sido aprobada dos años después, el 16 de agosto de 2002, mediante Ley del parlamento. Como se reafirmó en el Preámbulo de la ley, la República de Suráfrica asumió la obligación de llevar ante la justicia, sea ante las cortes nacionales cuando ello fuera posible, o ante la Corte Penal Internacional, a las personas que hayan cometido crímenes de guerra, contra la humanidad o de genocidio, incluyéndose en dicha Ley los crímenes de apartheid; estableciendo además, dicha Ley, los mecanismos legales internos necesarios para asegurar la cooperación de Suráfrica con dicha Corte Internacional.

⁴⁸ Véase el texto en <https://www.dailymaverick.co.za/documents/document/DA-v-MINISTER-OF-INTERNATIONAL-RELATIONS-20170219-FINAL.pdf>

1. Antecedentes de la denuncia del Tratado: la negativa del Gobierno de Suráfrica de detener al Presidente de Sudan perseguido por la Corte Penal Internacional

La decisión de denunciar el Tratado tuvo su origen remoto en la situación planteada en Suráfrica en junio de 2015, con motivo de la negativa del gobierno de Suráfrica, de detener y entregar ante la Corte Penal Internacional, al Presidente de Sudan, Sr. Omar Hassan Ahmad al- Bashir, quien asistía en Suráfrica a la Cumbre de la Unión Africana, a pesar de que el mismo tenía en su contra dos órdenes de detención emitidas por la Corte Penal Internacional para su enjuiciamiento por crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, todos relacionados con eventos ocurridos en la región de Dafur, en Sudán.

En esos días, en efecto, entre el 7 y el 15 de junio de 2015, en Suráfrica se celebró la Cumbre de la Unión Africana (*30th Ordinary Session of the Permanent Representatives Committee, the 27th Ordinary Session of the Executive Council and the 25th Ordinary Session of the Assembly of the African Union*) con asistencia de los jefes de Estado de los países miembros, entre ellos del Presidente de Sudán; hecho que originó para el gobierno la necesidad de resolver entre lo que consideró eran obligaciones internacionales solapadas, todas en el marco de las relaciones diplomáticas del momento.

Esas obligaciones eran, según se reseña en la sentencia, por una parte, la obligación de detener al Presidente Al Bashir conforme a las previsiones del Tratado de Roma, y por la otra, la obligación que tenía el Estado ante la Unión Africana de asegurar la inmunidad a los participantes en la Cumbre, tanto conforme al Acuerdo de sede de las mismas, como con las previsiones de la Convención General de Privilegios e Inmunidades de la Organización de la Unidad Africana de 1965, y las normas generalmente aplicables del derecho internacional, que reconocen la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio. El conflicto entre dichas obligaciones, además, se le presentaba al Gobierno en una circunstancia en la cual sus funcionarios estaban activamente involucrados en promover la paz, la estabilidad y el diálogo en esos países

La decisión del gobierno de negarse a detener al Presidente al-Bashir se fundamentó en el hecho de éste gozaba de inmunidad conforme al derecho internacional, habiendo sido ello lo que motivo una solicitud formulada por el *South African Litigation Centre* (SALC) ante la propia *High Court* para que dictase una orden declarando que la abstención del gobierno violaba de la Constitución, solicitando en consecuencia, que se ordenase al Ejecutivo proceder a detener a al-Bashir y a entregado a la Corte Penal Internacional.

En ese caso, en 2015, la Alta Corte declaró efectivamente que la negativa del gobierno había sido ilegal y contraria a la Constitución,⁴⁹ en una decisión que fue apelada por el Gobierno ante la Corte Suprema de Apelaciones. Esta Corte, en definitiva declaró

⁴⁹ Cita de la Corte: *Southern Africa Litigation Centre v Minister of Justice and Constitutional Development & others* [2015] 3 All SA 505 (GP); 2015 (9) BCLR 1108 (GP); 2015 (2) SA 1 (GP).

sin lugar dicha apelación;⁵⁰ habiendo sido dicha decisión recurrida por el Gobierno ante la Corte Constitucional buscando dejarla sin efectos.⁵¹ La Corte Constitucional, sin embargo, nada pudo decidir en el caso, pues el Gobierno retiró su petición antes de que tuviera lugar la audiencia final que había sido fijada para el día 22 de noviembre de 2016.

Un mes antes, en efecto, y a los efectos de no tener que cumplir en el futuro con las previsiones del Tratado de Roma, el mismo fue denunciado por el Gobierno el 19 de octubre de 2016, mediante notificación que hizo el Ministerio de Relaciones Internacionales al Secretario General de Naciones Unidas, dándose así inicio al procedimiento de salida de Suráfrica del mismo, la cual conforme al artículo 127.1 del mismo, debía tener efectos a los 12 meses siguientes de dicha notificación, es decir, en octubre de 2017.

Fue precisamente contra la decisión del gobierno de denunciar el Tratado de Roma, que unos días después, el 24 de Octubre de 2016, el partido político *Democratic Alliance*, que es el principal partido político de oposición en Suráfrica, intentó demanda contra el Ministro de relaciones Internacionales y Cooperación, responsable de firmar la notificación de denuncia del Tratado; contra el Ministro de Justicia y Servicios Correccionales, encargado de la aplicación del Tratado de Roma en el ámbito interno; y contra el Presidente de la República de Suráfrica, quien como jefe del Ejecutivo nacional, en los términos del artículo 231.1 de la Constitución, es el responsable para la negociación y firma de los acuerdos internacionales.

La demanda fue intentada inicialmente como una acción directa de inconstitucionalidad por dicho partido *Democratic Alliance* ante la Corte Constitucional, y subsidiariamente, ante la *High Court* de Pretoria.⁵² La demanda fue rechazada por la Corte Constitucional por considerar que no era en interés de la justicia resolver la materia, quedando entonces el asunto bajo la competencia de la Alta Corte, la cual sí entró a considerar y decidir la materia mediante la sentencia de 22 de febrero de 2017, resolviendo en definitiva que la decisión del Ejecutivo nacional de denunciar el Tratado de Roma había sido inconstitucionalidad e inválida, considerando que para poder haber sido adoptarla, la misma debió haber sido previamente aprobada por el Parlamento.

Como el plazo de 12 meses para que la denuncia del Tratado se hiciese efectiva estaba transcurriendo, la Alta Corte aceptó la petición de urgencia para decidir sobre la inconstitucionalidad que se le había formulado, tomando en cuenta, además, el hecho de que los representantes del gobierno demandados no habían presionado seriamente sobre la determinación o no de dicha la urgencia. Por ello, al decidir, la Corte consideró que “excepto si el asunto se decide ahora y la petición tiene mérito, el recurrente no va a obtener un efectivo remedio en ningún momento posterior.”

⁵⁰ Cita de la Corte: Minister of Justice and Constitutional Development & others v The Southern Africa Litigation Centre [2016] 2 All SA 365 (SCA); 2016 (4) BCLR 487 (SCA); 2016 (3) SA 317 (SCA).

⁵¹ Cita de la Corte: Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Southern Africa Litigation Centre and Others (CCT 75/16).

⁵² La demanda intentada por el partido Democratic Alliance, fue secundada por diversas organizaciones no gubernamentales, en particular, por el Council for the Advancement of the South African Constitution (CASAC), el South African Litigation Centre (SALC); el Centre for Human Rights (CHR) y la Helen Suzman Foundation (HSF).

2. Bases constitucionales del régimen de formación de los Tratados en Suráfrica

Las razones de fondo por las cuales el gobierno procedió a tomar su decisión de denunciar el Tratado, para retirar a Suráfrica de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, por supuesto, en ningún caso fueron consideradas por la Corte, limitándose su decisión a resolver la cuestión constitucional en el marco del régimen de los tratados internacionales conforme al principio de la “la separación de poderes entre el Ejecutivo nacional y el Parlamento en materia de relaciones internacionales y conclusión de tratados,” que se establece en el artículo 231 de la Constitución de Suráfrica de 1996.

En dicha norma se establece la competencia del Ejecutivo nacional para negociar y firmar acuerdos internacionales, que deben ser aprobados mediante ley para ser incorporados en el derecho interno, y la cuestión planteada constitucionalmente fue la de determinar si dicha competencia también incluía la de denunciar los acuerdos internacionales sin aprobación parlamentaria; y, además, determinar si era constitucionalmente permisible que el Ejecutivo nacional pudiera notificar la denuncia de un Tratado, sin que antes se derogase la ley nacional que le dio efectos en el ámbito interno. En otros términos, la cuestión debatida ante la Corte fue la de determinar si el Ejecutivo nacional tenía competencia para decidir denunciar el Tratado y ejecutar su decisión sin la intervención de la Legislatura, y posteriormente pretender buscar una aprobación legislativa; y si podía ejecutar su decisión sin que se produjese previamente la derogación de la Ley de Aprobación del Tratado.

Para responder estas cuestiones la Corte partió de lo establecido en el mencionado artículo 231 de la Constitución, donde se regula la forma como se concluyen los acuerdos internacionales, se hacen obligatorios en Suráfrica y se incorporan al derecho interno, en particular, en las previsiones siguientes:

- “1. Es responsabilidad del Ejecutivo nacional, la negociación y firma de todos los acuerdos internacionales.
2. Un acuerdo internacional es obligatorio en la república después que ha sido aprobada por resolución de la Asamblea Nacional y del Consejo Nacional de Provincias, excepto que sea un acuerdo de los referidos en la subsección 3.
3. Un acuerdo internacional de naturaleza técnica, administrativa o ejecutiva, o un acuerdo que no requiere de ratificación ni de accesión, suscrito por el Ejecutivo nacional, es obligatorio para la República sin la aprobación de la Asamblea nacional y del Consejo Nacional de provincias, pero debe ser presentado en la Asamblea y el Consejo en un tiempo razonable.
4. Cualquier acuerdo internacional se convierte en ley en la República cuando se ha sancionado como ley por la legislación nacional; pero las previsiones auto-ejecutivas de un acuerdo que ha sido aprobado por el parlamento es ley en la República, salvo que sea inconsistente con la Constitución o un a ley del parlamento.

Citando lo expresado por el juez Ngcobo CJ, en el caso *Glenister*⁵³ la Alta Corte consideró que el esquema del artículo 231 podía resumirse, partiendo del supuesto de que dicha norma “está enraizada en la doctrina de la separación de poderes, en particular, los controles y equilibrios entre el ejecutivo y el legislativo,” contemplando tres pasos claramente establecidos que deben darse en relación con los acuerdos internacionales, con consecuencias legales diferentes:

“Primero, asigna al Ejecutivo nacional la autoridad para negociar y firmar los acuerdos internacionales. Pero un acuerdo internacional firmado por el Ejecutivo no obliga automáticamente a la República excepto si el acuerdo es de naturaleza técnica, administrativa o ejecutiva. Para producir ese resultado requiere, segundo, la aprobación por resolución del Parlamento. [...] y tercero, un acuerdo internacional se convierte en ley en la República, cuando se sanciona como ley por la legislación nacional”.

De ello, consideró la Alta Corte que conforme a dicho artículo 231 constitucional no hay duda de que el poder para conducir las relaciones internacionales y suscribir tratados fue conferida constitucionalmente al Ejecutivo nacional (art. 231.1); pero que dicho poder está limitado por los artículos 231.2 y 231.4 que exigen al Ejecutivo comprometer al Parlamento en el proceso, delineando claramente los poderes entre el Ejecutivo nacional y el Parlamento. El único caso en el cual el Ejecutivo nacional tiene poder para obligar al país en acuerdos internacionales sin intervención parlamentaria es el regulado en el artículo 231.3, que no era el caso relativo a la decisión. Respecto de cualquier otro acuerdo internacional, para que pueda ser obligatorio en el país debe ser aprobado por el Parlamento en los términos del artículo 231.2. En consecuencia, concluyó la Corte, una vez que el Parlamento aprueba un acuerdo internacional, el país queda comprometido internacionalmente con el mismo. En el ámbito interno, el proceso se completa cuando el Parlamento sanciona el acuerdo internacional como ley nacional en los términos del artículo 231.4 de la misma Constitución.

3. El debate sobre las bases constitucionales del régimen de la denuncia de los tratados

Una vez hecho el resumen anterior sobre lo indicado en el artículo 231 de la Constitución en materia de conclusión de tratados, la Alta Corte reconoció que sobre el mismo, si bien por lo que se refería a dicho proceso en el caso no había debate alguno, en cambio sí lo había por lo que se refería al proceso de denuncia de los tratados, cuando el país decide retirarse de un acuerdo internacional.

Sobre esto, el partido demandante argumentó en el proceso que como de acuerdo con los términos del artículo 231.2, es el Parlamento el que debe aprobar un acuerdo internacional antes de que pueda ser obligatorio en Suráfrica, la consecuencia de ello es que también debe ser el Parlamento el que debe decidir si un acuerdo internacional debe cesar de ser obligatorio en el país, antes de que el Ejecutivo pueda enviar la notificación

⁵³ Cita de la Corte: *Glenister v President of the Republic of South Africa and others* 2011 (3) SA 347; 2011 (7) BCLR 651 (CC) (Glenister II).

de su denuncia. Por su parte, los representantes del gobierno argumentaron lo contrario en el sentido de considerar que la previa aprobación parlamentaria no es requerida para notificar la denuncia del tratado, ya que el artículo 231 no contiene previsión alguna al respecto. Es decir, básicamente, el argumento de los representantes del Gobierno fue que como no había previsión expresa en el artículo 231 en tal sentido, tal exigencia era injustificada.

El argumento de los representantes del Gobierno, como lo resumió la sentencia, se basó en las cuatro premisas siguientes:

Primero, se argumentó que en virtud de que el Ejecutivo nacional, y no el Parlamento, es el que tiene el rol primario en la conducción de las relaciones internacionales para concluir tratados, el requerimiento legal de la aprobación previa del Parlamento, no estando explícito en la Constitución, no puede considerarse implícito en ella. Por tanto, como se ha interpretado por la Corte Constitucional, considerar al Parlamento como el órgano primario decisor en materia de tratados sería contrario al artículo 231 de la Constitución.

Segundo, relacionado con lo anterior, también se argumentó que como la competencia original para concluir tratados no es del Parlamento sino del Ejecutivo nacional, la aprobación parlamentaria solo es requerida a los solos efectos de hacer que el tratado concluido tenga efectos obligatorios, quedando la conclusión de tratados como la función primaria del Ejecutivo nacional. De ello, siguió el argumento de los representantes del Gobierno, que como la forma de expresión de la aprobación de un tratado es a través de la ratificación, que en este contexto significa la confirmación formal del consentimiento expresado por el Ejecutivo nacional, en consecuencia, la denuncia del tratado corresponde también al Ejecutivo, no siendo necesaria para ello la aprobación parlamentaria, la cual solo se exige para asegurar los efectos obligatorios del tratado una vez firmado. En definitiva, si la conclusión de un tratado corresponde básicamente al Ejecutivo nacional, igualmente, el deshacer el tratado también debe ser una competencia constitucional del Ejecutivo. Adicionalmente se argumentó que como los tratados no son negociados ni firmados por el Parlamento sino por el Ejecutivo, el Parlamento no puede decidir denunciar un tratado, no siendo por ello requerida la aprobación parlamentaria para la denuncia del tratado.

Tercero, igualmente se argumentó que en el campo del derecho internacional para la notificación de la denuncia de un acuerdo internacional no se requiere de aprobación parlamentaria, citándose al efecto el artículo 56 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969, en la cual se basa el artículo 127 del Tratado de Roma, el cual solo y únicamente dispone sobre la notificación de la denuncia por parte del Jefe de Estado, o de gobierno o del Ministro de relaciones exteriores, o de un representante del Estado, sin que se requiera aprobación, ratificación o confirmación parlamentaria. Deducir lo contrario, se argumentó, sería inconsistente con el derecho internacional y con el requerimiento constitucional de interpretar la Constitución y la ley de Suráfrica conforme al derecho internacional

Cuarto, también se argumentó que la aprobación parlamentaria es solo requerida para los acuerdos internacionales, por lo que siendo la denuncia un acto unilateral, la

misma no califica como acuerdo internacional para que pueda argumentarse que también requiere de aprobación parlamentaria.

En relación con estos argumentos de los representantes del Gobierno, la Alta Corte expresó que no tenía dificultad alguna en aceptar la proposición conforme a la cual y de acuerdo con el esquema constitucional del artículo 231, es responsabilidad del Ejecutivo nacional tanto el desarrollar políticas, teniendo la iniciativa legislativa para implementarlas, como la conducción de las relaciones internacionales, materia en relación con la cual las cortes no tienen rol alguno.

Sin embargo, la Corte manifestó su desacuerdo con la orientación general de los argumentos formulado por los representantes del gobierno, los cuales los sintetizó así:

“En los términos de los artículos 231.1 y 231.2 de la Constitución el Ejecutivo nacional, primero negocia y firma el acuerdo internacional. Seguidamente el Parlamento aprueba el acuerdo para obligar al país. El proceso de denuncia debe seguir la misma ruta, primero con el Ejecutivo nacional tomando la decisión, seguida de la aprobación parlamentaria. Conforme a este argumento, la notificación de la denuncia es un acto ejecutivo que en términos del artículo 231.1, es equivalente o parecido a la conclusión y firma del tratado durante el proceso de negociación, que no requiere de previa aprobación parlamentaria, pero que puede ser subsecuentemente ratificado.”

La Corte afirmó tajantemente no estar de acuerdo con lo anterior. Al contrario de ello sostuvo en su decisión que:

“Una notificación de denuncia, conforme a una apropiada interpretación del artículo 231.1, es equivalente a la ratificación, la cual requiere de previa aprobación parlamentaria en los términos del artículo 231.2. Como fue correctamente argumentado por el demandante, el acto de firmar un tratado y el acto de notificar su denuncia son diferentes en sus efectos. El primero no tiene consecuencias jurídicas directas, mientras que, en contraste, la entrega de la notificación de denuncia tiene un efecto concreto en derecho internacional, pues termina con las obligaciones del tratado. [...] Aun cuando [conforme al artículo 127.1 del Tratado de Roma] la denuncia no surte efectos sino luego de un año, la notificación constituye a nivel internacional una decisión obligatoria, incondicional y final de salida del Tratado de Roma.”

Adicionalmente, la Alta Corte manifestó su desacuerdo con el argumento del representante del Gobierno de que la participación del Parlamento en el proceso de decidir lo concerniente a la denuncia del Tratado de Roma sería inconsistente con el derecho internacional pues la comunicación de la denuncia debe estar firmada por un alto funcionario del Estado. El artículo 127 del Tratado de Roma, que el representante del Gobierno sostuvo que estaba basado en el artículo 56 de la Convención de Viena de 1969, simplemente requiere que la notificación de la denuncia esté firmada por el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el Ministro de asuntos exteriores u otro representante del Estado involucrado. Conforme a una interpretación apropiada, sostuvo la Corte, esto implica que la notificación debe ser firmada por un alto funcionario del Estado que sea debidamente autorizado para ello, de manera que el Secretario General y la Corte Penal Internacional puedan considerar dicha notificación como auténtica. Pero este artículo

“no tiene el propósito de imponer a los Estados miembros cómo y por quién debe ser tomada la decisión de denuncia.” En resumen, la Corte sostuvo que:

“la previsión no tiene nada que ver respecto de quién tiene la competencia para adoptar la decisión de denuncia del tratado, sino que está destinada a indicar el funcionario gubernamental que firma y envía la notificación a las Naciones Unidas, luego de que la autoridad competente (sea el Ejecutivo nacional o la legislatura), han tomado la decisión de denunciar. En consecuencia, el artículo no tiene relación con la toma de la decisión en sí misma. De allí que la necesidad de la participación del Parlamento en la consideración de la conclusión de los tratados y, por analogía, la cuestión de si la denuncia del Tratado de Roma sea parte del derecho interno y no puede interpretarse en forma inconsistente con el derecho internacional.”

En definitiva la Alta Corte consideró que “ciertamente es correcto que conforme al derecho internacional la notificación de denuncia de un acuerdo internacional no requiere de aprobación parlamentaria,⁵⁴ pero sin embargo, la cuestión de determinar quién entre el Ejecutivo nacional y el Parlamento debe decidir sobre la denuncia, debe ser resuelta de acuerdo con el derecho interno. Es un asunto interno en el cual el derecho internacional nada ha regulado ni puede regular.”

Por otra parte, y en cierta forma aplicando el principio general del paralelismo de las formas, aplicable a todas las actuaciones de los órganos del Estado, la Corte consideró que:

“debía tenerse en cuenta que si bien es necesaria la previa aprobación parlamentaria a antes de que el instrumento de ratificación sea depositado en las Naciones Unidas, desde esa perspectiva, es difícil no aceptar que el procedimiento contrario de denuncia no deba ser objeto del mismo proceso parlamentario. La necesaria deducción, que deriva de la interpretación apropiada del artículo 231, es que el Parlamento retiene su poder de determinar si el Estado debe permanecer obligado por un tratado internacional. Esto es necesario para dar sentido a la clara separación de poderes entre el Ejecutivo nacional y la Legislatura inserta en la norma. Si es el Parlamento el que determina si un acuerdo internacional obliga al país, entonces debe considerarse constitucionalmente insostenible pretender que el Ejecutivo nacional pueda terminar unilateralmente dicho acuerdo.”

Lo anterior lo indicó la Alta Corte para concluir, citando lo expresado en el caso *Glenister II* (para 96) resuelto por la Corte Constitucional, que:

“la aprobación de un acuerdo internacional en los términos del artículo 231.2 crea un contrato social entre el pueblo de Suráfrica, a través de sus representantes electos en la Legislatura, y el Ejecutivo nacional. Ese contrato social origina derechos y obligaciones expresadas en el acuerdo internacional, por lo que sería por tanto una evidente y manifiesta anomalía, que el Ejecutivo nacional pudiera terminar con esos derechos y obligaciones, sin obtener la aprobación del pueblo de Suráfrica.”

⁵⁴ Cita de la Corte: Véase el artículo 127 del Tratado de Roma, y su base el artículo 56 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados.

4. *La conclusión de la Alta Corte sobre la necesaria aprobación parlamentaria previa a la denuncia de tratados-*

Como consecuencia de lo anterior, y partiendo del principio jurisprudencial de que “cuando una previsión constitucional o legal confieren poderes para hacer algo, esa previsión necesariamente también confiere poder para deshacer,”⁵⁵ la Alta Corte concluyó afirmando que en el contexto del caso, si el poder de obligar al país con el Tratado de Roma se le confiere al Parlamento, también le corresponde al Parlamento el poder de decidir si un tratado internacional debe cesar de obligar al país. Por ello, la Corte concluyó su decisión en la materia afirmando que conforme a la interpretación literal del artículo 231.2 de la Constitución:

“Suráfrica puede retirarse del Tratado de Roma solo con la aprobación del parlamento y después de que se derogue la ley de aprobación” del Tratado.

La Corte consideró que esta interpretación del artículo 231 de la Constitución es la más adecuada constitucionalmente, dando efectos a la separación de poderes tan claramente delineada en la norma, no siendo impedimento alguno para sostenerla el hecho de que la norma no establezca expresamente que solo el Parlamento tiene el poder de decidir sobre el retiro del Tratado de Roma.

Es más, sobre esto último, el hecho de que la Constitución haya regulado el poder del Ejecutivo para negociar y concluir acuerdos internacionales, y nada haya establecido sobre el poder de terminar con dichos acuerdos, lo justificó la Corte en su sentencia, en el hecho de que la ausencia de tal regulación lo que confirma es el principio mismo de legalidad y de la necesidad de competencia legal expresa que rige la actuación de los órganos del Poder Ejecutivo para ello, la Corte dio la siguiente razón:

“El Ejecutivo nacional, como instrumento ejecutivo del Estado, necesita tener competencia para actuar, debiendo fluir la misma de la Constitución o de una ley del Parlamento. El Ejecutivo nacional solo puede ejercer los poderes y cumplir las funciones que se le confieren expresamente en la Constitución o en las leyes que sean consistentes con la Constitución.⁵⁶ Este es el requerimiento básico del principio de legalidad y del Estado de derecho. Por ello, la ausencia de una previsión en la Constitución o en cualquier otra ley que confiera poder al Ejecutivo para terminar acuerdos internacionales, lo que confirma es que tal poder no existe excepto y hasta cuando el Parlamento legisle en tal sentido. Por tanto, en esta materia no hay ninguna *lacuna* u omisión.”

Por otra parte, en cuanto al fondo en esta materia, la propia Corte consideró que hubiese sido “imprudente, si la Constitución hubiese dado tal poder al Ejecutivo de denunciar los acuerdos internacionales y en consecuencia terminar con los derechos y obligaciones existentes, sin obtener previamente la aprobación por parte del Parlamento. Eso hubiese significado conferir poderes legislativos al Ejecutivo, en una clara ruptura del principio de la separación de poderes y del Estado de derecho. Sobre esta base, el

⁵⁵ Cita de la Alta Corte: *Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another* 2008 (1) SA 566 (CC) para 68.

⁵⁶ Cita de la Alta Corte: *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1999 (1) SA 374 (CC) at paras 56-56; *President of RSA v SARFU* 2000(1) SA 1 (CC) at para 148; *Mansigh v General Council of the Bar and Others* 2014 (2) SA 26 (CC) at para 25.

Ejecutivo nacional no tiene y nunca fue la intención de que tuviera el poder de terminar con los acuerdos internacionales existentes, sin la previa aprobación parlamentaria.”

Por todo ello, en otra parte de la sentencia, la Corte consideró en general, que el ejercicio del poder público, incluyendo la conducción de las relaciones internacionales, debe siempre realizarse de acuerdo con la Constitución,⁵⁷ y que si bien Suráfrica, conforme al artículo 231 de la Constitución, había ratificado el Tratado de Roma y había sancionado la Ley aprobatoria del mismo, en cuanto a la notificación de la denuncia del Tratado, si bien había sido firmada y notificada como acto ejecutivo en el marco de las relaciones internacionales, como manifestación del ejercicio del poder público debía cumplir con el principio de legalidad y está sujeción al control constitucional.⁵⁸

De todo lo anterior, la Alta Corte concluyó afirmando que como en la estructura del artículo 231, el Ejecutivo nacional requiere de la previa aprobación parlamentaria para obligar a Suráfrica en un acuerdo internacional, no hay razón alguna para que la salida de tal acuerdo sea diferente. Por ello, en el caso, el Ejecutivo nacional no tenía poder para enviar la notificación de denuncia sin obtener la previa aprobación parlamentaria, siendo la inevitable conclusión que la notificación de la denuncia del Tratado de Roma “requería del *imprimatur* del Parlamento” antes de ser consignada ante las Naciones Unidas. En consecuencia, la decisión del Ejecutivo nacional de enviar la notificación de la denuncia del Tratado sin obtener la previa aprobación parlamentaria violó el artículo 231.2 de la Constitución, y la doctrina de la separación de poderes inserta en tal norma.

Con base en esta decisión, la Corte concluyó rechazando la posibilidad de que la aprobación parlamentaria exigida en la Constitución pudiera darse *ex post facto*, como lo pretendieron los representantes del Gobierno al haberse en efecto sometido al Parlamento la consideración de la denuncia del Tratado de Roma y un proyecto de ley derogatoria de la ley aprobatoria, para evitar la declaratoria de inconstitucionalidad e invalidez de la denuncia del Tratado de Roma.

La Corte, en efecto, consideró que estando en la materia implicado el principio de la separación de poderes, en virtud de que el Ejecutivo nacional ejerció un poder que no tiene asignado constitucionalmente, su conducta fue inválida y no tiene efecto en derecho,⁵⁹ por lo que cualquiera sea lo que el Parlamento decida respecto de la subsecuente solicitud hecha por el Ejecutivo nacional para obtener su aprobación de la notificación de denuncia del Tratado, no puede remediar la invalidez.

Citando a Hoexter,⁶⁰ la Corte afirmó que “[un] acto inválido, siendo nulo, no puede ser ratificado, convalidado o corregido;” estimando incluso, que tal principio permanece vigente aun cuando como fue el caso de la denuncia del Tratado de Roma, los efectos de la misma no se produjeron de inmediato y solo se producirían en octubre de

⁵⁷ Cita de la Corte: Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another: In re Ex parte President of the Republic of South Africa and Others 2000 (2) SA 674 (CC) para 20.

⁵⁸ Cita de la Corte: Kaunda and others v President of the Republic of South Africa 2005 (4) SA 235 (CC) paras 78-80, 178, 191 and 228; Minister of Defence and Military Veterans v Motau and others 2014 (5) SA 69 (CC) para 69; National Treasury v Opposition to Urban Tolling Alliance 2012 (6) SA 223 (CC) para 64.

⁵⁹ Cita de la Corte: Kruger v President of the Republic of South Africa and others 2009 (1) SA 417 (CC) para 52.

⁶⁰ Cita de la Corte: *Administrative Law in South Africa* 2nd ed (2012) at 547. See also *S v Cebekulu* 1963 (1) SA 482 (T) at 483; *Montshioa and Another v Motshegare* 2001 (8) BCLR 833 (B) para 24.

2017, pues estaba en curso el lapso de 12 meses previsto en el Tratado. Respecto de ello, la Corte concluyó indicando que el Parlamento no tiene poder alguno para remediar la invalidez que ya afectó a la notificación de la denuncia, lo cual sin embargo no afecta la validez de decisión del Ministro de Justicia de haber presentado ante el Parlamento el proyecto de ley de derogación de la ley de aprobación del Tratado.

Por todo lo anterior, como antes se indicó, la Alta Corte de Suráfrica, con sede en Pretoria, declaró que la decisión del Ejecutivo nacional de consignar la notificación de denuncia del Tratado de Roma para provocar la salida de Sudáfrica del mismo, adoptada sin la previa aprobación parlamentaria, es inconstitucional e inválida, dándole a la decisión efectos retroactivos, es decir, al momento en el cual se entregó la notificación, ordenando en consecuencia al Ejecutivo nacional a revocarla.

Por último, debe mencionarse que al decidir el caso, la Corte precisó que conforme a su decisión, “lo que había sido inconstitucional e inválido fue la implementación de la decisión de enviar la notificación de dicha denuncia, sin la previa aprobación parlamentaria,” absteniéndose de “expresar su opinión sobre la decisión política sustantiva del Ejecutivo nacional de denunciar el Tratado de Roma,” considerando 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 Tratado de Roma, ya que adoptar esa decisión está entre sus poderes y competencias.

Por ello, la Corte consideró que a los efectos de su decisión “era suficiente y efectivo, como medida justa y equitativa, la declaración de invalidez de la notificación de la denuncia del Tratado, acompañada de la orden de retirar dicha notificación;” decisión que adoptó la Alta Corte conforme a lo dispuesto en el artículo 172.1 de la Constitución que establece que cuando una corte de justicia, conforme a sus poderes en materia constitucional, debe declarar que una ley o conducta que es inválida por ser inconsistente con la Constitución, puede proceder a acordar “cualquier orden justa y equitativa,” conforme al artículo 172.1.b de la Constitución, como fue la de ordenar al Ejecutivo nacional a revocar la denuncia del Tratado de Roma.

New York, 11 de marzo de 2017

XXVIII

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y EL ALCANCE DE LA POTESTAD REGULADORA DEL LEGISLADOR EN APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE DEMOCRACIA INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Publicado “A manera de presentación” del libro: *Constitución, Primarias y Ley de Partidos* Fundación Equidad, Santo Domingo 2018, pp. 17-61.

*A la memoria del profesor Arminio Borjas,
quien en 1965 me propuso para ocupar el cargo
de Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral en Venezuela (1965-1969),
con ocasión de lo cual comencé a aprender sobre el funcionamiento
de los partidos políticos.*

En la República Dominicana, como sucede en la casi totalidad de los Estados democráticos, los partidos políticos son instrumentos corporativos cuya libre organización -garantizada por el Estado- persigue canalizar la participación ciudadana en los procesos democráticos. Los mismos se establecen como personas jurídicas de derecho privado, constituidas por los particulares, sujetas a las regulaciones que establezca el Estado mediante ley.¹

¹ Véase sobre el régimen de los partidos políticos, con especial referencia a Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, “El régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en Venezuela” en Revista del Ministerio de Justicia, N° 51, Caracas, octubre-diciembre 1964, pp. 263-295; “Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano” en Revista de Derecho Español y Americano, Instituto de Cultura Hispánica, N° 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46; y “Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela”, en Daniel Zovatto (Coordinador), Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México, International IDEA, México 2006, pp. 893-937.

Entre los múltiples temas jurídicos referidos a los partidos políticos, hay dos de especial interés a los cuales quiero referirme, con ocasión de presentar este valioso libro en el cual se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas en el *Seminario Internacional sobre Participación Política y Partidos Políticos* organizado por la *Fundación Equidad* de República Dominicana y celebrado en Santo Domingo en diciembre de 2017, en momentos en los cuales se discute en el Congreso de este país un Proyecto de Ley de Partidos Políticos, en el cual se plantea reformar la Ley Electoral en esa particular materia.

Esos dos temas, planteados además, en general en el mundo contemporáneo son, en primer lugar, el relativo a la naturaleza jurídica de la personalidad jurídica de los partidos políticos; y en segundo lugar, al alcance de las regulaciones legales que el legislador pueda establecer sobre su funcionamiento interno.

En particular, en el análisis que sigue me refiero, primero al tema de la personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana, ubicando a los partidos políticos en el mismo; y luego, al alcance del régimen legal sobre los partidos políticos para asegurar su democracia interna.

I. ALGO SOBRE EL TEMA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

En la República Dominicana las personas jurídicas se pueden clasificar, por una parte, según su vinculación con la organización general del Estado, distinguiéndose entre las personas jurídicas estatales o no estatales; y por la otra, según la forma jurídica que se adopte para su creación, pudiéndose distinguir entre las personas de derecho privado y las personas de derecho público.²

1. El régimen jurídico general de las personas jurídicas no estatales

Las personas jurídicas no estatales, es decir, las que no forman parte de la organización general del Estado, pueden tener dos formas jurídicas: la forma jurídica de derecho privado, y la forma jurídica de derecho público.

A. Las personas jurídicas no estatales de derecho privado

En cuanto a las personas jurídicas no estatales de derecho privado, que son las constituidas por los particulares en general mediante fórmulas asociativas, en la República Dominicana, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no tienen todas sus fuentes

² Véase sobre las clasificaciones de las personas jurídicas en el derecho administrativo, en Brewer-Carías, A. R.: “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido actual de la clasificación de los sujetos de derecho,” en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, N° 12, Buenos Aires, 1977, pp. 15 a 29; en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, N° 57, Caracas, 1976, pp. 115 a 135; y en *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 223 a 248. Igualmente Brewer-Carías, A. R.: “Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999” en *Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez*, Estudios del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, enero-abril 2003, Volumen 1, pp. 48-54.

de regulación en un solo cuerpo normativo como por ejemplo podría ser el Código Civil, sino que están reguladas en una multiplicidad de leyes.

En República Dominicana, en realidad, solo las personas jurídicas asociativas o sociedades civiles, están reguladas en el Código Civil (art. 1832 y ss.).³ En cuanto a las otras, las sociedades mercantiles están reguladas en la Ley No. 479-08 General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada de 2008;⁴ y las asociaciones sin fines de lucro se regulan en la Ley 122-05 para la regulación y fomento de las asociaciones sin fines de lucro de 2004,⁵ entre las cuales están las fundaciones y las asociaciones profesionales. En el Reglamento de esta Ley 122-05 (Decreto No. 40-08 8 de abril de 2005), sin embargo, se indica que las disposiciones de la Ley se aplican a “todas las asociaciones conformadas voluntariamente por personas físicas o jurídicas, con vistas a la consecución de un fin de interés común o general no lucrativo.”

Pero la aplicación del régimen no es general, pues la misma norma del reglamento aclara que:

“No son beneficiarios de la aplicación de estas normas y por tanto se registrarán por su legislación específica los partidos políticos, los sindicatos y cualesquiera otras instituciones reguladas por leyes especiales.”

De esta previsión resulta entonces que en la materia existe una dispersión del régimen legal de las personas jurídicas, de manera que, por ejemplo, los sindicatos están regulados como personas jurídicas en el Código de Trabajo (art. 317 y ss.); las Universidades están reguladas en el Reglamento de las Instituciones de la Educación Superior (Decreto 463-04) de la Ley a Ley 139-01, que crea el Sistema Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología, que las establece como “entidades sociales de servicio público y sin fines de lucro” (art. 2);⁶ y los partidos políticos y asociaciones políticas, que pueden constituirse “de acuerdo con la ley” conforme a la garantía que establece la Constitución, “siempre que sus tendencias se conformen a los principios establecidos” en la misma (art. 104), se encuentran actualmente regulados en la actualidad en la Ley Electoral de 1997.⁷

En esta Ley se precisa el fin primordial de los partidos políticos, que es el de “participar en la elección de ciudadanos aptos para los cargos públicos y de propender a la realización de programas trazados conforme a su ideología particular, con el objetivo de alcanzar los puestos electivos del Estado” (art. 41), como lo ha repetido el Tribunal Constitucional en Sentencia TC/0031/13 (§ 7.6). Por ello, aun siendo personas jurídicas constituidas por particulares, en virtud de que realizan una actividad de indudable interés público, como vía para asegurar la participación ciudadana en el proceso democrático de gobierno, la propia Ley de Elecciones les prohíbe, entro otras conductas:

³ Véase en <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20Dominicana.pdf>

⁴ Véase en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_rep_ley_479_08.pdf

⁵ Véase en <http://www.fondomarena.gob.do/images/docs/mediateca/leyes/ley-122-05.pdf>

⁶ Véase en <https://do.vlex.com/vid/no-463-establece-reglamento-instituciones-360201982>

⁷ Véase en <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/DomRep/leyelectoral.pdf>

“toda actividad que tienda o tenga por resultado suprimir, desconocer, disminuir o adulterar los derechos humanos o las libertades, derechos o garantías individuales y sociales que consagra la Constitución, [y] predicar, poner en práctica teorías o doctrinas que pugnen con la forma civil, republicana, democrática y representativa del gobierno” (art. 45).⁸

Teniendo en cuenta estos fines, la Ley establece la forma de constitución de los partidos políticos, mediante un procedimiento que se sigue ante la Junta Central Electoral, a cuyo cargo está el reconocimiento de los mismos (art. 41), luego de verificar que los mismos “no están en conflicto con la Constitución y las leyes y que los documentos presentados en la solicitud se amoldan en su esencia y forma a las prescripciones legales,” y que los organizadores hayan celebrado la asamblea constituyente integrada por delegados de cada uno de los municipios donde tenga órganos directivos y de los directorios provisionales (art. 43); asamblea constituyente a la cual corresponde votar los estatutos, así como elegir los miembros de los cuerpos directivos y consultivos definitivos para el primer período que dichos estatutos determinen.

Una vez constituido y reconocido, el partido está en libertad de realizar todos los actos políticos, “propios de ese género de instituciones, que no le estén prohibidos por la Constitución y las leyes, y debe ceñirse a las disposiciones legales y a las que emanen de la Junta Central Electoral,” (art. 45), estando para ello, “investido de personalidad jurídica y podrá, en consecuencia, ser sujeto activo y pasivo de derechos y realizará todos los actos jurídicos que fueren necesarios o útiles para los fines que les son propios” (art. 46).

Conforme a lo anterior, puede decirse, en consecuencia, que desde el punto de vista jurídico, los partidos políticos no son personas jurídicas estatales, es decir, no son organizaciones integradas dentro de la estructura del Estado, como pudo haber ocurrido en los regímenes fascistas del pasado, ni son personas jurídicas de derecho público pues éste no las ha creado mediante ley. Se insiste, se trata de personas jurídicas de derecho privado no estatales, como las otras personas jurídicas que en la República Dominicana conforman el universo de las personas morales constituidas por particulares y que están reguladas dispersamente en el ordenamiento jurídico.

B. Las personas jurídicas no estatales de derecho público

Además de las personas jurídicas de derecho privado, en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana también existen personas jurídicas de derecho público no estatales, representadas por los Colegios Profesionales cuando han sido creados por ley, estableciendo por ejemplo la colegiación profesional de los agremiados.

Sobre el tema se ha pronunciado extensamente el Tribunal Constitucional en sentencia No. TC/0163/13 de 16 septiembre 2013, al conocer de la impugnación de la Ley No 91, del 3 de febrero de 1983, que instituyó el Colegio de Abogados, el cual consideró el Tribunal como una corporación de derecho, las cuales indicó, están definidas:

“como aquellas entidades autónomas que representan los intereses de ciertos sectores sociales ante los poderes públicos y desempeñan funciones públicas de

⁸ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003113#>

ordenación de dicho sector; mientras que las corporaciones de derecho privado son consideradas como establecimientos fundados y regidos por particulares, que actúan a veces bajo la vigilancia y con el permiso de la administración, pero sin ninguna delegación del poder público.”⁹

De acuerdo con esta apreciación del Tribunal Constitucional, las corporaciones de derecho tienen una doble dimensión, en el sentido de que por un lado tienen base privada, al estar constituidas con el fin de representar y defender los intereses de un determinado colectivo; y, por el otro tienen al mismo tiempo una dimensión pública determinada por el ejercicio de funciones públicas administrativas, las cuales le otorgan una naturaleza propia similar a la de los órganos de la Administración Pública, por el ámbito propio de su actividad, la cual las acerca a la esfera del derecho administrativo. En este concepto es que precisamente entran los colegios profesionales y las federaciones deportivas, entre otras, refiriéndose en particular el Tribunal Constitucional en su sentencia, al Colegio de Abogados de República Dominicana (CARD) como de corporación de derecho público.

Por ello, en el artículo 1 de la Ley No. 91 de 3 de febrero de 1983, se indica que instituye el Colegio de Abogados de la República “como corporación de derecho público interno de carácter autónomo y con personalidad jurídica propia.”¹⁰

Como lo expresó el Tribunal Constitucional, el Colegio de Abogados de la República Dominicana como persona jurídica de derecho público no estatal integrada mediante la una membresía que es obligatoria, “es una corporación con fines públicos, que originalmente pertenecen al Estado, y que este, por delegación circunstanciada transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matriculación y el régimen disciplinario de todos los abogados de la República.”

Como personas de derecho público, los Colegios profesionales, tienen entonces una función pública y cumplen fines que trascienden el interés privado, considerando el Tribunal Constitucional como válidas las normas imperativas de derecho público que los regulan al obligar a los individuos a asociarse en los mismos, que por lo demás, no impiden asociarse a otros gremios.¹¹

2. El régimen jurídico general de las personas jurídicas estatales

Conforme a la Constitución de 2010, en la República Dominicana las personas jurídicas estatales, es decir, las personas jurídicas integradas en la organización general del Estado, pueden también tener dos formas jurídicas: la de personas jurídicas de derecho público por ser creadas en la propia Constitución o mediante ley, o la de personas jurídicas de derecho privado cuando conforme a la misma, el Estado establece por ejemplo, una sociedad mercantil, como empresa del Estado.

⁹ Véase en <https://www.scribd.com/document/309742399/Sentencia-TC-0163-13-Obligacion-de-Colegiacion-para-Abogados>

¹⁰ Véase <http://colegiodeabogados.org.do/sobre-nosotros/base-legal/1-ley-91-instituye-colegio-abogados-de-la-republica-dominicana>

¹¹ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016313/>

A. *Las personas jurídicas estatales de derecho público*

En cuanto a las primeras, las personas jurídicas de derecho público estatales, las mismas son de carácter territorial o institucional.¹²

Las *personas de derecho público estatales de carácter territorial* son, además del propio Estado, que sin duda es persona jurídica de derecho público en el ámbito interno,¹³ otras personas jurídicas estatales que derivan de la forma de “organización territorial” limitada de la descentralización política establecida en el marco de la “República Unitaria” (art. 7) o “Estado Unitario” (art. 193) que regula la Constitución, con elementos de descentralización política hacia la Administración local. Ello da origen, además del Estado nacional, a las otras personas territoriales de derecho público como son los municipios, los distritos municipales y el Distrito Nacional, que es la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, capital de la República y asiento del gobierno nacional (art. 13), que conforme al artículo 199, “constituyen la base del sistema político administrativo local.”

El artículo 199 de la Constitución concibe a estas entidades territoriales como “personas jurídicas de derecho público, responsables de sus actuaciones,” que “gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, con potestad normativa, administrativa y de uso de suelo, fijadas de manera expresa por la ley y sujetas al poder de fiscalización del Estado y al control social de la ciudadanía, en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes.”¹⁴

En la organización del Estado, además de las personas jurídicas estatales territoriales, también están las *personas jurídicas estatales de derecho público de carácter no territorial* que son institucionales producto de la descentralización funcional.

Estas son las que de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución se denominan como “organismos autónomos y descentralizados,” al disponer dicha norma que mediante ley se pueden crear “organismos autónomos y descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica,”

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las bases constitucionales del derecho administrativo en la República Dominicana,” en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Dr. Raymundo Amaro Guzmán,”* (Santo Domingo, 12 al 14 de septiembre de 2012 (Editores Jaime Rodríguez Arara, Olivo Rodríguez Huertas, Miguel Ángel Sendín García, Servio Tulio Castaños Guzmán, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015, pp. 9-54

¹³ Véase la expresión “Estado” se utiliza en sentido más restrictivo, para identificar la persona jurídica territorial de ámbito “nacional,” diferenciada de las otras personas jurídicas de derecho público territoriales, por ejemplo, del ámbito local. Es el caso de los artículos relativos, por ejemplo, a los Ministros del Estado (art. 134), al Ministerio Público (art. 169) y a la defensa Pública (art. 177); a los bienes públicos o del Estado (art. 15, 49.5, 64.4; 128); a las finanzas públicas y el régimen monetario (art. 196, 228, 230, 233, 237, 238); a los organismos descentralizados y autónomos del nivel nacional (art. 93.2.c; 95; 128.b; 141; 159.3); a los cuerpos de seguridad del Estado (128). En especial, en el artículo 200, se usa la palabra Estado en relación con los contratos públicos, diferencia de las otras personas de derecho público; y en los artículos 194, 204 y 207 la expresión Estado se utiliza para referirse a la persona estatal nacional en relación con las personas territoriales locales. Véase el texto de la Constitución en: <http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/constitucion2010.pdf>

¹⁴ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999,” en *El Derecho constitucional y público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas 2003, pp. 99-121.

los cuales deben siempre estar “adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector.”

Además, la Constitución regula directamente como persona jurídica de derecho público no territorial al Banco Central de la República, al establecer en su artículo 222, que se trata de “una entidad de derecho público con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía funcional, presupuestaria y administrativa.” Igualmente, en la Constitución se regulan directamente otras personas jurídicas de derecho público no territoriales que son la Junta Central Electoral (art. 212) y la Cámara de Cuentas (art. 248).

Por otra parte, la Constitución establece directamente un conjunto de aspectos del régimen general aplicable a todas las personas jurídicas de derecho público, independientemente de que se trate de personas de derecho público territoriales producto de la descentralización política territorial (Estado, Distrito Nacional, municipios, distritos municipales) o de personas jurídicas de derecho público no territoriales creadas en la Constitución o producto de la descentralización funcional (organismos autónomos y descentralizados del Estado). En tal sentido se destacan diversas previsiones de la Constitución en las que se refiere expresamente a las “personas jurídicas de derecho público,” abarcándolas a todas.

En primer lugar, el artículo 148 que se refiere a la responsabilidad civil, en el cual se dispone que “las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica”.

En segundo lugar, el artículo 220 sobre la “sujeción al ordenamiento jurídico” en materia de “contratos del Estado y de las personas de derecho público” suscritos con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, en el cual se dispone que en el texto de los mismos “debe constar el sometimiento de éstas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República.” Prevé la norma, sin embargo, que “el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes” y al “arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley.”

B. Las personas jurídicas estatales de derecho privado

De la propia regulación establecida en la Constitución sobre las “personas jurídicas de derecho público,” se deriva, sin duda, que también hay personas jurídicas estatales que pueden tener forma jurídica de derecho privado, lo que deriva de la forma de su creación y constitución: en el primer caso mediante mecanismos de derecho público regulados en la propia Constitución o en las leyes, y en el segundo caso, mediante los mecanismos regulados en el derecho privado, particularmente en la legislación civil o comercial.

Esta distinción entre las personas jurídicas de derecho público (territoriales o no territoriales) y las personas jurídicas estatales de derecho privado, no sólo se recoge en general en la Constitución (art. 149.I), sino que resulta de la regulación expresa del artículo 219 de la propia Constitución relativa a la obligación del Estado debe fomentar la

iniciativa económica privada, creando las políticas necesarias para promover el desarrollo del país. La norma, sin embargo, agrega que bajo el principio de subsidiaridad, el Estado, “por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario, puede ejercer la actividad empresarial con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional.” Para ello, el Estado puede establecer personas de derecho privado de capital enteramente estatal o como empresa mixta en asociación con capitales privados, es decir, empresas del Estado.¹⁵

II. LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO NO ESTATALES SOMETIDAS POR SU MISIÓN A LAS REGULACIONES QUE DETERMINE EL LEGISLADOR PARA ASEGURAR SU DEMOCRACIA INTERNA

De lo antes expuesto se concluye que en la República Dominicana, como en general en todos los países democráticos, los partidos políticos son personas jurídicas no estatales, constituidas por los particulares con un sustrato personal, no mediante un contrato de sociedad, sino mediante una constitución corporativa, como puede ser también el caso de los sindicatos.¹⁶ Los mismos están regulados en el artículo 216 de la Constitución, que dispone:

“Artículo 216. Partidos políticos. La organización de partidos, agrupaciones y movimientos políticos es libre, con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución. Su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley. Sus fines esenciales son:

1) Garantizar la participación de ciudadanos y ciudadanas en los procesos políticos que contribuyan al fortalecimiento de la democracia; 2) Contribuir, en igualdad de condiciones, a la formación y manifestación de la voluntad ciudadana, respetando el pluralismo político mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular; 3) Servir al interés nacional, al bienestar colectivo y al desarrollo integral de la sociedad dominicana”

Ya en vigencia esta norma, los partidos políticos fueron definidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. TC/0006/14 de 14 de enero de 2014, como:

“un espacio de participación de los ciudadanos en los procesos democráticos donde los integrantes manifiestan su voluntad en la construcción de propósitos comunes, convirtiéndose de esta manera en el mecanismo institucional para acceder mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular y desde

¹⁵ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, 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; El régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela, Ediciones del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas 1980, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981.

¹⁶ Véase específicamente sobre la personalidad jurídica de los partidos políticos, en Allan R. Brewer-Carías, Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, Tomo I, pp. 404-409.

allí servir al interés nacional, el bienestar colectivo y el desarrollo de la sociedad” (§ 10.2.n).¹⁷

Se trata, por tanto, de una de las personas jurídicas de derecho privado que en el marco del universo de las mismas, en la República Dominicana cumplen funciones públicas, por políticas, en cuanto a que son instrumentos para contribuir con la participación de los ciudadanos en el proceso democrático del país. De allí que muchos los hayan calificado, como lo han hecho en sus ponencias José Alejandro Ayuso, Jaime Luis Rodríguez, Julio Cury, Manuel Fermín Cabral y Fernando Flores Giménez, siguiendo la terminología acuñada por el Tribunal Constitucional español (sentencia STC 18/1984 del 7 de febrero de 1984),¹⁸ como *asociaciones privadas de relevancia constitucional*.

En definitiva, como los ha calificado el propio Tribunal Constitucional de la República Dominicana, son “asociaciones políticas,” lo que implican, en sentido positivo, “la titularidad de derechos y obligaciones para el militante, como son el derecho a participar en la vida interna del partido en condiciones de igualdad, y la obligación de coadyuvar al logro de los objetivos partidarios” (Sentencia No. TC/0531/15 de 29 de noviembre de 2015).¹⁹

Por tal razón, según la misma sentencia:

“los partidos, agrupaciones y movimientos políticos están sometidos al control jurisdiccional, de modo que sus normas o actos que lesionen o amenacen con vulnerar derechos fundamentales devienen en un presupuesto objetivo que permite a las y los ciudadanos afectados requerir la intervención contralora de la jurisdicción, a efectos de restaurar su goce o prevenir que sean conculcados” (§ 11.5.h).²⁰

En todo caso, por el ejercicio de sus funciones como “asociación política,” es que se puede entender la imprecisa calificación hecha por el Tribunal Constitucional en otra sentencia No. TC/0192/15 de 15 de julio de 2015, cuando tildó a los partidos políticos como “instituciones públicas,” lo que ha sido calificado por Namphi Rodríguez en su Ponencia, como un “gazapo lingüístico-jurídico” del Tribunal.

En esa sentencia el Tribunal Constitucional afirmó, en efecto, que supuestamente del artículo 216 de la Constitución “se aprecia que el constituyente ha querido dejar claramente establecido que los partidos políticos son *instituciones públicas*,”²¹ lo cual, de entrada no es correcto como resulta de la sola lectura de la norma; calificación, que por lo demás, tampoco puede derivar como también lo sugirió el Tribunal en la sentencia, del hecho de que “los recursos que perciben son provenientes del presupuesto general de la nación.” La financiación pública que pueda realizarse respecto de cualquiera institución o persona jurídica no autoriza, por supuesto, a calificar a dicha institución o persona como “pública.”

¹⁷ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc000614>

¹⁸ Véase en Boletín Oficial del Estado No. 59 de 9 de marzo de 1984, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/gl/Resolucion/Show/271>

¹⁹ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc053115>

²⁰ Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc000614>

²¹ Véase en <https://www.scribd.com/document/302207661/Sentencia-TC-0192-15-del-Tribunal-Constitucional>

De la lectura de la norma del artículo 216 de la Constitución por tanto, solo podría deducirse que los partidos serían tales supuestas “instituciones públicas” conforme a la desafortunada terminología usada por el Tribunal Constitucional solo si se entiende que lo que el Tribunal quiso expresar es que la misma se refiere a instituciones privadas que cumplen una actividad pública, pero en ningún caso, por supuesto, puede ser entendida en su sentido propio jurídico de que puedan ser consideradas como “entes públicos” o “entidades públicas” (expresión que por lo demás, no aparece en las sentencias como alguno de los ponentes, como Jaime Luis Rodríguez y Eric J. Raful Pérez, lo dedujeron), ni como “personas jurídicas de derecho público” ni como “personas jurídicas estatales,” pues no lo son, tal como lo enfatiza en su ponencia Manuel Fermín Cabral al insistir que los partidos políticos son de “naturaleza no estatal.”

Se insiste la calificación solo puede ser entendida en el sentido de referirse a personas de derecho privado que cumplen funciones o actividades públicas, o como lo expresa la Constitución de México sobre los partidos políticos, que son consideradas como “entidades de interés público” (art. 41.1); en este caso, en el ámbito del ejercicio por los ciudadanos del derecho a la participación política, particularmente en materia de elecciones; pero en el mismo sentido que las universidades que cumplen actividades públicas en el ámbito de la educación superior; o los sindicatos que cumplen actividades públicas en el campo de las reivindicaciones laborales.

Por ello, quizás el propio Tribunal Constitucional mediante sentencia TC/0531/15 de 19 de noviembre de 2015, al referirse y citar a la afirmación mencionada sobre el carácter de los partidos políticos como “instituciones públicas” incluida en la sentencia de No. TC/0192/15 de 15 de julio de 2015, precisó luego con razón que los partidos son “de naturaleza *no estatal* con base asociativa,” razón por la cual, agregó:

“deben contar con estructuras democratizadoras que garanticen el derecho de sus militantes a intervenir en la vida interna de la agrupación, a efecto de dar cumplimiento al derecho de participación política, lo que implica la legítima aspiración a ocupar un puesto de dirección o de representación dentro de las estructuras partidarias y a no ser removido arbitrariamente de esos.”²²

Ahora bien, en relación con los partidos políticos, y dado su carácter de personas jurídicas de derecho privado con funciones de carácter político para contribuir al ejercicio del derecho a la participación política de sus afiliados, mediante métodos democráticos; los mismos pueden ser objeto de regulaciones legales que impongan determinadas condiciones y actuaciones, en particular, para asegurar la democracia interna en los mismos.

Sobre los mismos, haré alguna referencia comparada al régimen en Venezuela, antes de referirme al régimen en la República Dominicana.

²² Véase en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc000614>

1. *El régimen jurídico en Venezuela*

En Venezuela, por ejemplo, a pesar de que la Constitución de 1999 eliminó de su léxico la expresión “partidos políticos,” limitándose a regular solo las organizaciones con fines políticos, en su artículo 67 dispuso sobre los mismos, en particular, que:

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.”²³

Los partidos políticos en Venezuela, sin embargo, están regulados en una ley pre-constitucional, la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones del 30 de abril de 1964, reformada en 2010,²⁴ en la cual se los regula como comunidades políticas de derecho privado, o más precisamente, como “agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos” (art. 2).

Se trata, como lo afirmó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 10 de octubre de 1990, de entidades que si bien son de derecho privado, “forman parte del engranaje con base en la cual se estructuran los órganos representativos de las instituciones del Estado.”²⁵

La importancia constitucional de estas comunidades políticas en Venezuela y en general en todos los países democráticos, deriva de que su constitución resulta del ejercicio del derecho ciudadano de asociación con fines políticos que en Venezuela se establece el citado artículo 67 de la Constitución para “mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección” actuar con la misión de participar en la orientación de la política nacional. Sobre esta exigencia, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No 38 del 28 de abril de 2004, estableció:

“En tal sentido, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orientada por uno de los principios que la informan, como lo es la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagró el derecho a la asociación en organizaciones con fines políticos, cuya estructura debe garantizar métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. A tal fin las organizaciones políticas que se crearen deberán incluir en su ordenamiento interno aquellas normas que desarrollen y garanticen el cumplimiento de este mandato, de igual modo, las ya existentes, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a esta exigencia constitucional, en caso de que los dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, no

²³ Véase en Gaceta Oficial No. 36860 de 30 de diciembre de 1999. Véase en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>

²⁴ Véase en Gaceta Oficial N° 27.725 del 30 de abril de 1965; reformada en 2010. Véase en Gaceta Oficial No. 6.013 Extra. de 23 de diciembre de 2010. Véase sobre la Ley de 1995: Allan R. Brewer-Carías, “Algunas notas sobre el régimen jurídico administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano”, Revista de Derecho Español y Americano, Año X, N° 8, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1965, pp. 27 a 46.

²⁵ Véase en Revista de Derecho Público, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 108 ss.

garanticen el derecho constitucional referido, y la participación de sus integrantes en su organización y funcionamiento. Ello, con el apoyo del recién creado poder electoral que tiene a su cargo, por mandato constitucional, garantizar la participación de los ciudadanos, a través de procesos comiciales transparentes, imparciales, eficientes y confiables, que se celebren, entre otros, en las mismas organizaciones con fines políticos.

Los partidos políticos han de tener, entonces, necesariamente un carácter democrático, la actividad del partido en todo momento debe garantizar, preservar y desarrollar los principios democráticos contenidos en la Constitución, desechando cualquier conducta o práctica que distorsione el carácter democrático exigido por ella, debiendo abstenerse de cualquier método que vulnere las formas establecidas para acceder, ejercer y participar en el sistema político venezolano. Tales principios deben estar garantizados en su seno, es decir, dichas, organizaciones deben asegurar a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido.”²⁶

Los partidos políticos, en todo caso, como comunidades u organizaciones políticas de ciudadanos, a pesar de que se constituyan para que estos puedan participar, en ejercicio de un derecho político y por métodos democráticos en la orientación de la política nacional, no por ello dejan de ser personas jurídicas de derecho privado, aun cuando su constitución y la adquisición de personalidad jurídica, como sucede en Venezuela y en general en el derecho comparado, no se produce con el registro del acta constitutiva en el registro de sociedades (Oficina Subalterna de Registro Civil), sino mediante su inscripción en el Consejo Nacional Electoral. En tal sentido, la Ley de Partidos Políticos dispone que hecha la inscripción del partido político, el Consejo Supremo Electoral debe proceder a comunicarla a los interesados y a publicarla en la *Gaceta Oficial* de la República (art. 10, 16, 19), de manera que “desde la fecha de la publicación de su registro el partido adquirirá personería jurídica y podrá actuar, a los fines de sus objetivos políticos, en toda la República o en todo el territorio de la Entidad Regional según el caso” (art. 21).

Ahora bien, por el hecho de precisamente tener fines políticos, no debe dejar de mencionarse que en la jurisprudencia se ha planteado la duda sobre si los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público o personas jurídicas de derecho privado. En efecto, el rango constitucional de la consagración de los partidos políticos como instrumentos a través de los cuales los ciudadanos pueden participar en la orientación de la política nacional, que también estaba en la Constitución de 1961 llevó incluso a la antigua Corte Suprema de Justicia, siguiendo una doctrina sentada por el Consejo Supremo Electoral en 1970, a considerar a los partidos políticos desde el punto de vista histórico, sociológico y de la ciencia política, como “asociaciones políticas”, “asociaciones de derecho público”, “entes de carácter público” o “entes jurídicos de derecho público,”²⁷ considerando, por tanto, que le correspondía a cualquier ciudadano el derecho de denunciar ante el Consejo Supremo Electoral las infracciones en que a su juicio

²⁶ Véase en Revista de Derecho Público, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 333 ss.

²⁷ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de enero de 1973, en Gaceta Oficial N° 30.112 del 26 de mayo de 1973 y en Allan R. Brewer-Carías, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, t. I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 571 y ss.

hubiera podido incurrir un partido determinado y, en consecuencia, que correspondía al Consejo Supremo Electoral, en virtud de sus atribuciones, velar por que se cumplieran las exigencias legales en cuanto a la constitución y funcionamiento de los partidos políticos.²⁸

Precisamente por ello, requerida la intervención del Consejo Nacional Electoral con motivo de denuncias sobre infracciones en que pudieran incurrir los partidos políticos, las decisiones que adopta el ente rector del poder electoral se consideran actos administrativos recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa y, por tanto, sujetas al control judicial de constitucionalidad y legalidad por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.²⁹ Sin embargo, los actos y decisiones adoptados por los propios partidos políticos, en cambio, no pueden considerarse en el derecho administrativo venezolano como actos administrativos que pudieran ser recurribles directamente en vía contencioso administrativa, pues los partidos políticos, por más que puedan considerarse bajo el ángulo del derecho constitucional y de la ciencia política como comunidades u organizaciones políticas (“asociaciones políticas” en la terminología histórica de la antigua Corte Suprema), no son personas jurídicas de derecho público ni ejercen prerrogativa pública alguna en relación a sus afiliados.

Así lo precisó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 28 de agosto de 1989, al indicar que “ni la previsión constitucional ni la definición misma que da de partidos políticos nuestro derecho positivo, en modo alguno permite configurarlos como personas jurídicas de derecho público”, pues los mismos “ni forman parte de la estructura de la Administración Pública, ni han sido creados por actos de poder público”, agregando:

“Tampoco nos encontramos frente al supuesto de personas jurídicas de derecho privado, a las cuales el legislador las haya habilitado para dictar actos administrativos, como ocurre excepcionalmente en el supuesto previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por lo que respecta a las fundaciones y empresas del Estado las cuales, no obstante tratarse, por su forma, de personas jurídicas de derecho privado, se encuentran habilitados expresamente para dictar las decisiones correspondientes en materia de averiguaciones administrativas. Tal prerrogativa, en virtud del carácter aislado no es susceptible de convertirlas en personas de derecho público.

Todo lo anterior lleva a esta Corte a la conclusión de que los partidos políticos, no obstante la muy importante y decisiva participación en la vida pública del país, son personas jurídicas de derecho privado, cuyos actos no son susceptibles de ser calificados como actos administrativos. Cualquier divergencia que surja con motivo de una decisión del partido político o de uno de sus órganos, y la cual dé lugar al menoscabo de los derechos o intereses de un particular, debe ser sometida a la consideración del Consejo Supremo Electoral de conformidad con las previsiones correspondientes establecidas en la Ley de Partidos Políticos. En consecuencia, el acto administrativo será, precisamente, la decisión que al respecto

²⁸ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de enero de 73, Gaceta Oficial N° 30.112 del 26 de mayo de 1973.

²⁹ Así se estableció, entre otras, por la sentencia de dicha Sala del 26 de junio de 1968, Gaceta Forense N° 60, Ministerio de Justicia, Caracas 1960, pp. 189 a 197.

adopte el Consejo Supremo Electoral y éste sería el acto impugnabile por la vía del contencioso administrativo, sujeto al control judicial de constitucionalidad y de legalidad por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corte debe entonces concluir que los partidos políticos no son personas jurídicas de derecho público, ni pueden considerarse que ejercen potestades de poder público, pues el papel que la Constitución les asigna a los efectos de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional no es susceptible de calificar de prerrogativa lo que simplemente es una función, aunque sí, de gran relevancia para el desarrollo de la vida pública del país.³⁰

Como consecuencia, consideró la Corte contencioso administrativa en Venezuela que los partidos políticos en el régimen constitucional y legal venezolano, son personas jurídicas de derecho privado, de las que el artículo 19.3 del Código Civil califica como “corporaciones,” las cuales en virtud del papel político que la Constitución y la Ley de Partidos Políticos les asignan, están sometidas a las regulaciones que establezca el Legislador y al control del Consejo Nacional Electoral, cuyos actos de control, por supuesto, son actos administrativos; pero no resultando de ello, de manera alguna, que los partidos políticos puedan dictar por sí mismos actos administrativos, pues no ejercen prerrogativa pública alguna.

Esta jurisprudencia, sin embargo, varió a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999 y de la creación en ella tanto del Poder Electoral como de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto al Poder Electoral, al mismo se le atribuyó expresamente la potestad de organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos (art. 293.6), y la Ley Orgánica del Poder Electoral³¹ precisó las funciones de control del Consejo Nacional Electoral sobre dichas organizaciones. En cuanto a la Sala Electoral del Tribunal Supremo, a la misma se atribuyó la jurisdicción contencioso electoral (art. 297), y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 se le atribuyó competencia para “Conocer los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional” (art. 5º, párrafo 1º.45).

Al no establecerse entre los objeto de impugnación si se trataba sólo de actos administrativos del Consejo Nacional Electoral o de actos de los partidos políticos, esta posibilidad quedó abierta, como resultó incluso de la jurisprudencia sentada por la misma Sala Electoral en sentencia No. 38 del 28 de abril de 2004, en la cual conoció de la impugnación de un reglamento para la elección de precandidatos de un partido político (Movimiento al Socialismo) para las elecciones del año 2000, aprobado por la Dirección Nacional de dicho partido, por supuesta violación del artículo 67 de la Constitución en cuanto a los “métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección” de los partidos.

³⁰ Véase en Revista de Derecho Público N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989. pp. 149 a 151.

³¹ Véase en Gaceta Oficial N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

La Sala consideró que el nuevo esquema constitucional:

“impone a estos organismos, en el ejercicio de tal facultad, el recato y prudencia necesaria que garantice que la voluntad de sus respectivos colectivos se exprese en forma diáfana, evitando con ello la tentación de convertirse en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular, en consecuencia, los candidatos deben ser seleccionados de conformidad con el proceso eleccionario interno instaurado en el que participen sus integrantes.”

En el caso concreto, en el cual el reglamento impugnado disponía elecciones en un sistema de segundo hasta cuarto grado de elección, la Sala constató:

“Ahora bien, cabe destacar que el artículo 67 constitucional, invocado como violado por los recurrentes, no ha limitado a un esquema único eleccionario la escogencia de los candidatos que serán postulados por las asociaciones con fines políticos para los cargos de elección popular, sólo ha establecido que tales organizaciones incorporen en su normativa mecanismos de consulta democráticos que aseguren la participación de todos sus integrantes en dicha selección, por ello considera esta Sala que la exigencia prevista en el referido precepto constitucional ha sido cumplida por el Reglamento impugnado, pues estableció, como se señaló anteriormente, un sistema de elección para los precandidatos en el Movimiento al Socialismo MAS que garantiza la participación de sus integrantes.³²

La ley, por tanto, puede establecer las regulaciones que el Legislador determine y en la forma cómo lo determine, para asegurar la democracia interna de los partidos políticos.

En todo caso, debe indicarse que posteriormente mediante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, recogiendo en parte la jurisprudencia sentada por la Sala Electoral, se definió más ampliamente la competencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, al incluir en los objetos de impugnación los actos de naturaleza electoral tanto de los partidos políticos, como de todas las otras personas jurídicas de derecho privado corporativas que cumplen actividades de interés público:

“1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquéllos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.”³³

³² Véase en Revista de Derecho Público, N° 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 333 y ss.

³³ Véase en Gaceta Oficial N° 39.483 del 9 de agosto de 2010.

2. *El régimen en República Dominicana*

En una orientación similar a la Constitución venezolana de 1999, pero con un desarrollo más destacado, en el artículo 216 de la Constitución de la República Dominicana se garantiza la libertad de la “organización de partidos, agrupaciones y movimientos políticos” con sujeción a los principios establecidos en la Constitución, disponiéndose en forma expresa que:

“Su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley. Sus fines esenciales son: 1) Garantizar la participación de ciudadanos y ciudadanas en los procesos políticos que contribuyan al fortalecimiento de la democracia; 2) Contribuir, en igualdad de condiciones, a la formación y manifestación de la voluntad ciudadana, respetando el pluralismo político mediante la propuesta de candidaturas a los cargos de elección popular; 3) Servir al interés nacional, al bienestar colectivo y al desarrollo integral de la sociedad dominicana.”

El rol de los partidos políticos en el funcionamiento del Estado, además, va más allá de contribuir en el desarrollo de las elecciones mediante la presentación de candidatos, haciéndoseles participar, por ejemplo en el proceso de planificación de desarrollo del país, al disponerse que el Poder Ejecutivo debe elaborar y someter al Congreso Nacional una estrategia de desarrollo, que definirá la visión de la Nación para el largo plazo “previa consulta al Consejo Económico y Social y a los partidos políticos” (art. 241).

Por otra parte, por la importancia de los partidos políticos en el funcionamiento del sistema democrático, los “diferendos que surjan a lo interno de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos o entre éstos,” a pesar de su carácter de personas de derecho privado, deben ser resueltos por el Tribunal Superior Electoral (art. 214).

De acuerdo con las normas constitucionales, por tanto, como se destacó, la “conformación y funcionamiento” de los partidos políticos “deben sustentarse en el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley,” remitiéndose a la ley la regulación correspondiente conforme lo estime el legislador.

Con base en ello, en nuestro criterio no hay duda que corresponde al legislador determinar los mecanismos que estime necesarios y en la forma como lo estime, para asegurar la democracia interna de los partidos políticos, pudiendo establecer sistemas de elecciones primarias, por ejemplo, cerradas o abiertas, de acuerdo a lo que considere lo más adecuado para ello.

Sin embargo, lo anterior es el régimen conforme a la Constitución de 2010, la cual puede decirse que varió sustantivamente el régimen de los partidos políticos.

Con anterioridad, en la Constitución dominicana, desde 1966, en materia de régimen de los partidos políticos, se estableció solamente el principio del artículo 104 que disponía:

“Art. 104.- Es libre la organización de partidos y asociaciones políticas de acuerdo con la ley, siempre que sus tendencias se conformen a los principios establecidos en esta Constitución.”

Con base en esta disposición, y en virtud de que la misma se remite a la ley para regular la organización de los partidos políticos, el Congreso sancionó la Ley 286-04 que estableció un sistema de elecciones primarias mediante voto universal, directo y secreto, de fecha 15 de agosto de 2004, en la cual se dispuso entre otras normas, lo siguiente:

“Primero: Se establece el sistema de elecciones primarias mediante el voto universal, directo y secreto con participación de todos los electores, como forma de garantizar la democracia interna en la selección de los candidatos de los partidos y agrupaciones políticas para funciones electivas en los niveles presidencial, congressional y municipal;

Segundo: La Junta Central Electoral, dirigirá en coordinación con los partidos y agrupaciones políticas, sus primarias internas a fin de garantizar certámenes democráticos y transparentes a lo interno de las mismas;

Tercero: La Junta Central Electoral y las juntas electorales, organizarán con los partidos y agrupaciones políticas las primarias internas para escoger el, la, los o las candidatos y candidatas, candidatos del orden nacional, congressional y municipal sobre la base del listado de candidatos que fueron inscritos y aceptados de acuerdo a las normas internas de cada partido;

Cuarto: Las convenciones primarias de los partidos políticos partidarias se celebrarán a más tardar cuatro (4) meses antes de las elecciones generales procedentes. Todos los partidos y agrupaciones políticas son convocados a participar dentro del mismo proceso que organiza la Junta Central Electoral, el mismo día, dentro de las mismas horas y a través de sus juntas electorales en coordinación con los partidos políticos.

Párrafo: Para este certamen la Junta Central Electoral, usará los mismos colegios electorales utilizados en las elecciones generales y el padrón correspondiente.”³⁴

Esta Ley fue impugnada ante la antigua Corte Suprema de Justicia, mediante acción directa de inconstitucionalidad ejercida por la *Fundación Derecho y Democracia, Inc.*, la cual mediante sentencia de 15 de marzo de 2005 (caso acción nulidad de la Ley 286-04) estimó entre otros argumentos, que la misma violaba la Constitución, pues despojaba:

“a los partidos de la facultad soberana de organizar sus convenciones para elegir sus propios candidatos conforme a sus estatutos, al encargar a la Junta Central Electoral para dirigir esas convenciones, mediante la instalación de los doce mil quinientos (12,500) colegios electorales extendidos por todo el país que conforman las Asambleas Electorales, que sólo deben reunirse de pleno derecho, de acuerdo con la Constitución, para la elección de determinados funcionarios, pero nunca para elegir candidatos de partidos políticos, ni para celebrar primarias simultáneas.”³⁵

Sin embargo, la Corte Suprema, luego de reconocer que en los Estados contemporáneos, incluyendo la República Dominicana, se ha producido “una creciente tendencia a la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos de los partidos políticos, dada

³⁴ Síntesis tomada del texto de la sentencia de 15 de marzo de 2005. Véase en http://www.opd.org.do/Documentos-de-referencia-marco-legal/Sentencia%20Suprema_sistema_elec_primarias.pdf

³⁵ Véase la referencia en la sentencia 15 de marzo de 2005. Véase en http://www.opd.org.do/Documentos-de-referencia-marco-legal/Sentencia%20Suprema_sistema_elec_primarias.pdf

la determinante influencia que ejercen en el funcionamiento de la vida institucional de los Estados modernos,” destacó en su sentencia que en la Constitución dominicana solo se disponía en el artículo 104, la libertad de “la organización de partidos y asociaciones,” siempre que “sus tendencias se conformen a los principios establecidos” en la Constitución.

Y de ello, dedujo la Corte Suprema, que estando consagrada en el texto constitucional la libertad de organización de los partidos, y nada más, entonces frente a ello se imponía la abstención del Estado de regularlos internamente, indicando que el procedimiento escogido:

“para el control de la función electoral es el meramente exterior que se caracteriza por la no intervención del Estado en el ámbito del derecho de asociación política de los ciudadanos, el cual conserva su naturaleza privatística originaria, pues la actividad efectuada por ellos (los partidos), si bien se enmarca en el ejercicio de la función pública por ser parte de la función electoral, no por ello adquiere la categoría de función Estatal.”³⁶

La Corte, además, ignorando el carácter de orden público de la legislación electoral, argumentó – en nuestro criterio erradamente – que por cuanto los:

“partidos políticos existentes al momento de promulgarse la Ley No. 286-04, cuestionada, se organizaron conforme a la legislación anterior, es decir, la que les permitía la nominación de sus candidatos a cargos electivos a través de sus convenciones internas y de conformidad con las disposiciones y modus operandi previstos en sus estatutos, resulta indudable que al disponer la nueva legislación que las convenciones primarias de los partidos políticos para la selección de las candidaturas en los niveles presidencial, congresional y municipal, se celebrarán de manera conjunta, [...], vulnera no sólo el principio de la no retroactividad de la ley, establecido en el artículo 47 de la Constitución, que también proclama su necesaria consecuencia al precisar que “en ningún caso la ley ni poder público alguno podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior”, sino también el derecho que tienen los ciudadanos de asociarse políticamente con la única limitación de que sus tendencias se conformen a los principios establecidos en la Constitución, al disponer que en lo adelante la escogencia de los candidatos se haría en elecciones primarias mediante el voto universal, directo y secreto en la forma que antes se ha indicado y no mediante el tradicional sistema de primarias internas de cada partido.”³⁷

Con base en ello, y en otros argumentos de carácter financiero sobre la obligación pecuniaria que resultaba a cargo del Estado por la creación de fondos especiales que generaba la puesta en obra de la ley, concluyó estimando que la Ley impugnada no podía “tener efecto ni validez,” declarando que no era conforme con la Constitución.

En nuestro criterio, la sentencia de 2005, si bien fue acertada en reconocer el carácter de personas jurídicas de derecho privado de los partidos políticos, sin embargo, fue restrictiva al deducir del artículo 104 de la Constitución, que la norma solo establecía

³⁶ Idem

³⁷ Idem.

la libertad para la organización de los partidos, de ello dedujo el principio absoluto de “la no intervención del Estado en el ámbito del derecho de asociación política de los ciudadanos,” y a partir de allí concluyó que habría un supuesto “control de la función electoral” sobre los partidos como “meramente exterior,” pero sin decir ni explicitar a cuál mecanismo de control se refería.

Todo ello, sin embargo, cambió a partir de 2010 con la nueva normativa antes mencionada establecida en el artículo 216 de la Constitución de 2010, y que no sólo garantiza de nuevo la libertad de la organización de los partidos políticos,” sino que además dispone que los mismos deben actuar, conforme se dispone expresamente en su texto, “con sujeción a los principios establecidos” en la Constitución, debiendo sustentarse “su conformación y funcionamiento” en “el respeto a la democracia interna y a la transparencia, de conformidad con la ley.” Con ello, el Constituyente además habilitó expresamente al Legislador, para regular esta materia relativa a la democracia interna de los partidos mediante Ley, enumerando también de manera detallada los “fines esenciales” asignados a los partidos políticos.

Por tanto, y con base en ello, en nuestro criterio, en la República Dominicana el legislador puede establecer el régimen que estime el más adecuado para regular la democracia interna de los partidos políticos, pudiendo establecer elecciones internas cerradas o abiertas, obligatorias y simultáneas o no, sin que pueda invocarse la jurisprudencia pre-constitucional sentada por la antigua Corte Suprema de Justicia, con base en la disposición constitucional de la Constitución precedente (art. 104), la cual por lo demás en nuestro criterio fue erradamente interpretada.

III. ALGUNAS REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE LAS REGULACIONES DEL ÁMBITO INTERNO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, EN PARTICULAR AL DEL CARÁCTER DEMOCRÁTICO DE SU FUNCIONAMIENTO INTERNO

Siendo los partidos políticos instrumentos del sistema democrático para garantizar una de las formas de participación ciudadana en los procesos democráticos de los países, en particular, mediante la participación en las elecciones, los mismos, también deben tener igualmente carácter democrático en su organización interna.

Por tanto, si bien es cierto que históricamente la regla ha sido que los partidos han sido libres de establecer sus propias reglas de organización y funcionamiento, la forma de elección de sus autoridades y la forma de selección de sus candidatos a las elecciones nacionales y regionales, la experiencia, también histórica, ha mostrado cómo el desarrollo de la llamada “ley de hierro de la oligarquía” elaborada por Robert Michels (*Los partidos políticos*, 1911)³⁸ y a la cual se refirió Olivo Rodríguez Huerta en su Ponencia, ha conducido a que los partidos políticos, que son las principales instituciones de la democracia, en muchos casos no sean organizaciones democráticas, asegurando en cambio el predominio y permanencia

³⁸ Véase Robert Michels, *Political Parties: A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracies*, Free Press, Washington, 1966. La primera versión data de 1911,

ilimitada de élites de dirigentes en el manejo exclusivo de los mismos, defendiendo sus propios intereses por sobre los de su militancia; incluso como ha destacado Daniel Zovatto, “imponiendo limitaciones u obstáculos a los afiliados para el ingreso a los órganos de dirección.”³⁹

Reaccionando contra dicha “ley de hierro de la oligarquía” partidista, precisamente, el Legislador ha establecido, en algunos países normas precisas para asegurar la democracia interna dentro de su seno, estableciendo normas precisas para garantizar la participación efectiva de sus militantes y personas con afinidad en los procesos internos de selección de sus autoridades así como de los candidatos de los mismos a las elecciones.

Como lo ha observado Daniel Zovatto, para ello se ha partido del principio de que “la democracia de partidos demanda a su vez la democracia en los partidos,”⁴⁰ lo que a su juicio se concreta, citando a Flavia Freidenberg, en los siguientes aspectos:

“1) mecanismos de selección de candidaturas; 2) protección de los derechos de los afiliados; 3) participación de los militantes en la formulación de la voluntad partidista; 4) elección de autoridades; 5) distribución del poder dentro de la organización; 6) responsabilidades en los órganos partidistas y el perfil social de las élites que componen esos órganos; 7) disciplina de los miembros en el Legislativo; 8) métodos de rendición de cuentas dentro de la organización, y 9) penetración de los grupos sub-representados dentro de los órganos de toma de decisiones del partido, entre otros.”⁴¹

En ese sentido, para la citada autora:

“un partido gozará de democracia interna cuando sus líderes y candidatos se elijan por los miembros, a través de mecanismos competitivos; en donde las decisiones sean inclusivas y sean tomadas con la participación voluntaria de sus miembros; los órganos de gobierno no discriminen la integración de los diferentes grupos (incluso aquellos que son minoritarios); aquellos que piensen distinto puedan expresar sus preferencias sin temor a ser castigados; los candidatos, cargos públicos y autoridades rinden cuentas de sus actos a través de mecanismos de control efectivo y se dé el respeto de una serie de derechos y responsabilidades que garanticen la igualdad de los miembros en cualquier proceso de toma de decisiones.”⁴²

Ese estándar puede decirse que ha ido permeando paulatinamente en América Latina a medida que en nuestros países se ha venido consolidando el régimen democrático, y paralelamente también se ha ido evidenciado la crisis de los partidos, que han dado

³⁹ Véase Daniel Zovatto, *Reforma política-electoral e innovación institucional en América Latina (1978-2016)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales Nº 1, Ediciones EJV International, Miami 2017. Véase además, citado por Zovatto, José Ignacio. Navarro Méndez, *Partidos políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 76. Este explica que la tendencia natural de todo partido político a articular formas internas de organización de poder, de carácter esencialmente oligárquicas, ha sido asumida como una verdad incuestionable; de ahí los intentos necesarios de buscar medidas para contrarrestar esas tendencias, contrarias a la “democracia interna”.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Véase Flavia Freidenberg, “Democracia interna en los partidos políticos”, en Dieter Nohlen et al. (comiladores), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, fce, México 1998, 2007, pp. 627-678.

⁴² Véase Flavia Freidenberg, “Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos,” en *Revista de derecho electoral (Tribunal Supremo de Elecciones, San José, Costa Rica, 2006, núm.1., primer semestre*. Véase también en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/freidenberg.pdf>

origen al rechazo y desconfianza ciudadana hacia las asociaciones políticas por las fallas de participación en su funcionamiento interno.⁴³

Dicha crisis de los partidos y la carencia de vías efectivas de representatividad y participación de los militantes y ciudadanos en el proceso político, dominado con frecuencia por las oligarquías partidistas, han sido las que precisamente han provocado la necesidad de que el Legislador haya regulado la vida interna de los partidos para hacerla más democrática y garantizar en la misma mayores niveles de transparencia y participación, particularmente en la selección de las autoridades partidistas y en especial en la selección de las candidaturas a cargos de elección popular.⁴⁴

En todo caso, las regulaciones en la materia son variadas.⁴⁵

Por ejemplo, en Colombia la Constitución dispone que el Consejo Nacional Electoral solo reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos “que se organicen para participar en la vida democrática del país” (art. 108), prohibiendo al legislador “establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos,” dejando cualquier decisión sobre la organización de mecanismos internos para asegurar democracia interna de los partidos a los estatutos de los mismos. Por ello, el artículo 10 del Estatuto Básico de los Partidos Políticos solo dispone que la organización electoral colaborará en la realización de consultas internas de los partidos cuando éstos lo soliciten a través de sus respectivas autoridades estatutarias, a los efectos de escoger candidatos a la Presidencia de la República, gobernaciones departamentales y alcaldías distritales y municipales,” así como para “tomar decisiones con respecto a su organización, interna o variación de sus estatutos.”⁴⁶

En otros países como en México, la Constitución solo establece que mediante ley se establecerán “los requisitos y las formas de realización de los procesos de selección y postulación de candidatos a cargos de elección popular, así como las reglas para las precampañas y las campañas electorales” (art. 41.IV), dejando en manos del legislador la determinación que estime más conveniente en la materia.

En igual sentido, en Bolivia, la Constitución Política señala en su artículo 2010 que la organización y funcionamiento de los partidos políticos “deberán ser democráticos,” y en cuanto a la elección interna de las dirigentes de los mismos “será regulada y fiscalizada por el Órgano Electoral Plurinacional, que garantizará la igual participación de hombres y mujeres.” A ello, el artículo 15 de la Ley de Partidos Políticos de 1999 agrega que todo partido, al constituirse, debe adoptar un Estatuto Orgánico donde se establezcan

⁴³ Véase por ejemplo sobre Venezuela, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de partidos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, 340 pp.

⁴⁴ Véase Daniel Zovatto G., *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, unam-idea Internacional, México, 2006, p. 72.; Flavia Freidenberg y Betilde Muñoz Pogossian (editoras), *Las reformas políticas a las organizaciones de partidos*, ine, tepjf, oea, Instituto de Iberoamérica y saap, México, 2015.

⁴⁵ Véase sobre muchas de las referencia que siguen en Daniel Zovatto, *Reforma política-electoral e innovación institucional en América Latina (1978-2016)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales N° 1, Ediciones EJV Internacional, Miami 2017

⁴⁶ Véase en <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Colombia/ley130-94.html>

las normas y procedimientos que garanticen el pleno ejercicio de la democracia interna, mediante elecciones libres y voto directo y secreto.⁴⁷

Algo similar se estableció en El Salvador, en la Ley de Partidos Políticos de 2013, en la cual se indicó que las elecciones de autoridades partidarias y de candidatos a cargos de elección popular debían regirse por normas de democracia interna estipuladas en el estatuto partidario, sin indicar específicamente cuáles debían ser los mecanismos. Sin embargo, en ese país, la Sala Constitucional de la Corte Suprema al decidir una acción de inconstitucionalidad por omisión mediante sentencia de 22 de agosto de 2014,⁴⁸ resolvió que la Asamblea Legislativa debía reformar la Ley de Partidos Políticos entre otros aspectos, para que democratizen sus procesos de elección de dirigentes y candidatos a cargos de elección popular, considerando que la misma ignoraba lo dispuesto en los artículos 72 y 79 de la Constitución, que establecen los derechos ciudadanos para optar a cargos públicos y el derecho al sufragio. En esto, la Sala para decidir, recordó lo que establece el artículo 85 de la Constitución en cuanto a que los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno y por lo tanto, deben garantizar que los principios de la democracia representativa, donde la mayoría de una población determinada decide quiénes los representan, se encuentren plasmados en sus normas, en su organización y en su funcionamiento interno.

A pesar de que la Sala Constitucional fijó fecha para que las reformas a la Ley fueran sancionadas por la Asamblea Nacional, solo fue en 2015 cuando la Asamblea anunció que había aprobado reformas⁴⁹ a fin de fortalecer la democracia interna dentro de los partidos políticos, así como la transparencia en sus procesos internos y el respeto de la voluntad de sus afiliados. Las reformas contemplaban, entre otros, la participación de los miembros o afiliados de los partidos en procesos de elecciones internas, en dos modalidades, primero, como elector, para garantizarle el derecho al voto libre, directo, igualitario y secreto; segundo, como candidato, ya sea para cargos a dirección partidaria o cargos de elección popular; y fueron anunciadas como “correctas para llenar un vacío de regulación sobre democracia interna.”

Las reformas a la Ley, sin embargo, nunca se publicaron y sigue vigente la Ley de Partidos de 2013.

En el Perú, el artículo 35 de la Constitución, al regular a los partidos políticos como organizaciones que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, dispone que su personalidad jurídica deriva de su inscripción en el registro, debiendo la ley establecer “normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos.”⁵⁰

En Ecuador, el Código de la Democracia dispone que el partido político debe definir y reglamentar en su estatuto la modalidad de elección y designación utilizada

⁴⁷ Véase en <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/descargar/22568>

⁴⁸ Véase las referencias en “Sala de lo Constitucional ordena que partidos se democratizen y transparenten su financiamiento, en El faro, 27 de agosto de 2014, en <https://elfaro.net/es/201408/noticias/15865/>

⁴⁹ Véase la información en “Autorizan reformar Ley de Partidos Políticos para fortalecer su democracia interna,” Octubre 2015, en <https://www.asamblea.gob.sv/node/1578>

⁵⁰ Véase en <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

para la escogencia de sus candidaturas, para lo cual establece tres modalidades: primarias abiertas, primarias cerradas y elecciones representativas a través de sus órganos.

En Chile, el artículo 2 de la Ley 20640 establecía el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, señalando que los partidos políticos, cuando así lo determinasen sus organismos internos, en conformidad a sus estatutos y a las disposiciones de la ley *Nº 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos*, podían participar en procesos de elecciones primarias para la nominación de candidatos a cargos de Presidente de la República, Senador, Diputado y Alcalde en la forma y condiciones que establece la ley. Estas previsiones se han reformado mediante la ley sobre partidos políticos, Ley 20915 (promulgada el 13 de abril de 2016) introduciendo cambios en materia de democracia interna y de selección de candidatos

En el caso de Venezuela, al cual ya me he referido, el artículo 67 de la Constitución estableció el principio de que los partidos políticos tienen que funcionar “mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección,” prescribiendo adicionalmente que “sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.” Esta previsión, sin embargo, no se ha interpretado como excluyente, y en la práctica algunos partidos de oposición recurrieron al mecanismo de elecciones internas abiertas para seleccionar candidatos (por ejemplo, la Mesa de Unidad Democrática, eligió en febrero de 2012 su candidato presidencial en primarias abiertas).

En otros países, en cambio, al igual que se estableció en la mencionada Ley No. 826-04, de 2004 de la República Dominicana, anulada por la antigua Corte Suprema de Justicia, se ha establecido para los partidos políticos el sistema de elecciones primarias obligatorias y simultáneas mediante voto universal, directo y secreto, con participación de todos los electores inscritos en el padrón electoral, abriéndose así la posibilidad de que participen en el proceso interno ciudadanos no militantes del partido en cuestión. Es el caso, por ejemplo, de Argentina, donde mediante la Ley 26.571 de democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral, se modificó la Ley Orgánica de los Partidos Políticos Nº 23.298, estableciendo en su artículo 19 que:

“Todas las agrupaciones políticas procederán en forma obligatoria a seleccionar sus candidatos a cargos públicos electivos nacionales y de parlamentarios del Mercosur mediante elecciones primarias, en forma simultánea, en todo el territorio nacional, en un solo acto electivo, con voto secreto y obligatorio, aun en aquellos casos en que se presentare una sola lista.”⁵¹

Como puede apreciarse de los ejemplos que nos muestran los diversos regímenes legales desarrollados en América Latina, en aquellos países en los cuales el Constituyente ha establecido en el texto de la Constitución el principio de la democratización en el funcionamiento de los partidos políticos exigiendo la aplicación de mecanismos para asegurar la democracia interna en los mismos, el desarrollo de tales principios corresponde al Legislador, el cual tiene total potestad para regular dichos mecanismos pudiendo

⁵¹ Véase en http://www.mininterior.gov.ar/asuntos_politicos_y_lectorales/dine/infogral/archivos_legislacion/Ley_26571_.pdf

establecer el sistema de elecciones internas, sea cerradas o abiertas, simultáneas o no. Y con ello, como lo observó Olivo Rodríguez Huerta, “no se interfiere en el núcleo duro de la democracia interna.”

Ese es el caso precisamente en la República Dominicana donde respecto de los partidos políticos, como hemos señalado, la Constitución dispone en su artículo 216, primero, que “su conformación y funcionamiento deben sustentarse en el respeto a la democracia interna,” como mandato obligatorio; y segundo, que ello debe realizarse “de conformidad con la ley,” remitiendo por tanto al legislador para que establezca y desarrolle los mecanismos de democracia interna que estime adecuados y necesarios. Como lo observó Fernando Flores Giménez en su ponencia, la Constitución en dicha norma “ordena al Legislador *–de conformidad con la ley–* establecer los mecanismos (que no están establecidos de forma incontestable en ningún manual al uso) para hacer realidad los principios de democracia interna y transparencia en el funcionamiento de los partidos políticos,” teniendo el Poder Legislativo para ello “diferentes opciones.”

Y es con base en ello, como ha sucedido en otros países con regulaciones constitucionales similares, que mediante Ley bien podría el Congreso establecer y regular la realización de elecciones primarias abiertas y simultáneas para los partidos políticos, como ya se estableció mediante la Ley 286-04 de 2004, pero con la diferencia, ahora y entonces, que en la Constitución vigente de 2010, a diferencia de la anterior, si se establece obligatoriamente que la organización y funcionamiento en forma positiva, debe “sustentarse en el respeto a la democracia interna,” y que ello debe asegurarse mediante ley del Congreso, es decir, “de conformidad con la ley.”

Por ello, e independientemente de las críticas que puedan formularse respecto de la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de 15 de marzo de 2005 mediante la cual declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley 286-04 de 2004; dicha jurisprudencia de carácter preconstitucional (en relación con la Constitución de 2010), en mi criterio, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 2010 no tiene aplicación alguna; y por supuesto no puede considerársela como un *precedente vinculante* carácter que solo pueden tener las sentencias del Tribunal Constitucional después de 2010, como lo han observado, entre otros Ponentes, José Eliseo Almánzar y Nassef Perdomo Cordero; ni puede significar en mi opinión, en caso alguno, que a pesar del cambio constitucional que se operó en 2010, se alegue como lo ha hecho Manuel Fermín Cabral en su Ponencia que el supuesto “precedente” sentado en la misma “no pueda ni deba ser desconocido por el legislador orgánico” agregando que se trataría “de una decisión que goza de la “autoridad de cosa juzgada constitucional.”

En esta materia, si se compara el régimen de la Constitución de 1966 con el régimen de la Constitución de 2010, como bien lo apuntó Eduardo Jorge Prats en su Ponencia, “lo que ha cambiado es la posición constitucional de los partidos,” o como también lo observó José Manuel Hernández Peguero en su Ponencia, “ahora, a diferencia de antes, no existían disposiciones constitucionales que regulasen los partidos políticos,” razón por la cual lo que pudo haber sido apreciado como inconstitucional antes de 2010, no lo podría ser ahora por el mandato dirigido al legislador que contiene la Constitución de 2010, para que regule y actualice la aplicación de la democracia interna en el funcionamiento

de los partidos, teniendo amplia discreción política para hacerlo, pudiendo sin duda regular en los mismos, elecciones primarias abiertas o cerradas, simultáneas o no.

Otro tema a discutir, y que también ha sido tocado por algunos ponentes, incluso con aproximaciones comparadas, es el relativo a la bondad y efectividad de dichos sistemas de elecciones internas en materia de democratización efectiva de los partidos políticos, lo que escapa a la aproximación jurídica al tema que es lo único que he querido hacer en estas notas de presentación; expresando en todo caso, finalmente, mi profundo agradecimiento a la *Fundación Equidad* de República Dominicana, en particular a su Presidente José Alejandro Ayuso, editores de este libro que recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en el *Seminario Internacional sobre Participación Política y Partidos Políticos* de diciembre de 2017, por la honrosa invitación que me formularon para escribir esta notas de presentación.

New York, 20 de febrero de 2018

XXIX

HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y PATOLOGÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Exposición en la Conferencia Magistral de inicio de la maestría de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional,” Post grado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra Santo Domingo, vía zoo, 1 de setiembre de 2020.

INTRODUCCIÓN SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN REPÚBLICA DOMINICANA

Como todas las Constituciones del mundo contemporáneo, la Constitución de la República Dominicana está revestida de *supremacía* en el ordenamiento jurídico, a cuyo efecto, en su propio texto se indica que:

“Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado” (art. 6).

En la Constitución se regula, además, la garantía objetiva de la misma, al indicar que:

“son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución” (art. 6).

Estos principios se complementan en la Ley Orgánica al disponer el principio de “inconvalibilidad” en el sentido de que:

“la infracción de los valores, principios y reglas constitucionales está sancionada con la nulidad y se prohíbe su subsanación o convalidación” (art. 7.7)

La violación de la Constitución, por tanto, no sólo se produce por violación directa de las normas constitucionales, sino de los valores, principios y reglas constitucionales, como lo indica artículo 6 de la Ley Orgánica, la Constitución se tiene por infringida:

“cuando haya contradicción del texto de la norma, acto u omisión cuestionado, de sus efectos o de su interpretación o aplicación con los valores, principios y reglas

contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República Dominicana o cuando los mismos tengan como consecuencia restar efectividad a los principios y mandatos contenidos en los mismos.”

Para asegurar la supremacía normativa de la Constitución por sobre todo acto estatal, es decir, sobre todo acto dictado en ejercicio del Poder Público, incluyendo, por supuesto, las leyes y demás actos del Congreso, Constitución de la República Dominicana ha establecido un marco general de la justicia constitucional, atribuyendo, por una parte, al Tribunal Constitucional en República Dominicana, competencia para ejercer tal control de constitucionalidad de dichos actos legislativos y otros actos estatales (art. 185,1), con potestad para anularlos cuando sean inconstitucionales; y además, por la otra, asignando a todos los tribunales competencia para declarar dichos actos como inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188).

Se han recogido en la República Dominicana, por tanto, los dos clásicos métodos de la justicia constitucional que nos muestra el derecho comparado, por una parte el llamado método difuso de control, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad, se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar, el llamado método concentrado de control, conforme al cual el poder anulador respecto de las leyes y demás actos estatales contrarios a la Constitución se atribuye a un solo órgano del Poder judicial, sea a la Corte Suprema de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello, que incluso puede ser ubicado fuera del Poder Judicial.

Así en la República Dominicana se ha adoptado el sistema mixto o integral de justicia constitucional que combina el control difuso con el control concentrado de la constitucionalidad y convencionalidad adoptado en otros países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y México.

La consecuencia de ello es que en República Dominicana, al contrario de los que sucede, por ejemplo, en países como Costa Rica o Panamá, la justicia constitucional no se concentra en un solo órgano que conforma la “Jurisdicción Constitucional” como el Tribunal Constitucional, sino que se ejerce por éste y por todos los órganos judiciales.

Se distingue, entonces, en la República Dominicana, la “justicia constitucional” de la “Jurisdicción Constitucional.” Esta última es una noción de carácter orgánico, que identifica un órgano estatal judicial o no que ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos generalmente dictados de ejecución inmediata de la Constitución, con poderes anulatorios de las mismas, y que por ello, no tiene el monopolio de la “justicia constitucional.”

En cambio, la noción de “justicia constitucional,” es una noción material equiparable a “control de constitucionalidad,” la cual, como se ha dicho, además de por el Tribunal Constitucional, también se ejerce por todos los jueces u órganos jurisdiccionales mediante el método difuso de control de constitucionalidad. Así se precisa en el artículo 5 de la Ley Orgánica al disponerse que

“La justicia constitucional es la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales” (art. 5)

Por ello, en la Constitución, además de crearse el Tribunal Constitucional como “Jurisdicción Constitucional,” se regulan las competencias en materia de justicia constitucional que ejercen los demás tribunales de la República al decidir las excepciones de inconstitucionalidad cuando ejercen el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y al decidir los procesos iniciados mediante las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data, o.

En resumen, la noción de *justicia constitucional* es carácter material o sustantiva y se refiere a la competencia que ejercen todos los órganos judiciales cuando les corresponde decidir casos concretos o juicios de amparo aplicando y garantizando la Constitución; en tanto que la expresión *Jurisdicción Constitucional* es, en cambio, de carácter orgánica, e identifica al órgano jurisdiccional al cual se ha atribuido en la Constitución *competencia exclusiva* en materia de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, y que es el Tribunal Constitucional.

En la cúspide de todo este sistema, se ha ubicado al Tribunal Constitucional, concebido como el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (art 1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales), y a quien por tanto corresponde la última palabra en la interpretación de la Constitución, e igualmente en la interpretación de las leyes en armonía con la Constitución.

De allí, por ejemplo, que en las regulaciones expresas de la Ley Orgánica se le atribuyan al Tribunal Constitucional la posibilidad de dictar sentencias interpretativas en armonía con la Constitución el desestimare por ejemplo, una acción de inconstitucionalidad buscando la anulación de un precepto. En esos casos, el Tribunal puede, al declarar la constitucionalidad del precepto impugnado, interpretarlo en el sentido que considere adecuado a la Constitución, o prever que no se interprete en el sentido que considera inadecuado”

Otro principio importante en materia de interpretación Constitucional es el establecido en los casos en los cuales estén en juego la protección de los derechos fundamentales, al preverse como principio rector que debe guiar los mismos, el principio de la progresividad o principio *pro homine*. El principio se denomina en la ley como principio de “**favorabilidad**” (art. 7.5), **en el sentido de que se declara, primero, que** “ninguna disposición de la presente ley puede ser interpretada en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales”; y **segundo, que los jueces y funcionarios tienen el deber de interpretar y aplicar la** Constitución y los derechos fundamentales de modo que se “optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental.”

La consecuencia del principio es que “cuando exista conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad” debe prevalecer “la que sea más favorable

al titular del derecho vulnerado,” agregándose que “Si una norma infraconstitucional es más favorable para el titular del derecho fundamental que las normas del bloque de constitucionalidad la primera se aplicará de forma complementaria, de manera tal que se asegure el máximo nivel de protección.”

Y todo esto tiene enorme importancia, al constatar el valor que tienen las sentencias del Tribunal, conforme lo dispone la Constitución (art. 184), en el sentido de que las mismas dictadas en materia de control de constitucionalidad, no solo son “definitivas e irrevocables,” sino que constituyen “precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y los órganos del Estado” (Considerando Séptimo de la ley Orgánica). Ello lo precisa en el artículo 7.13 la Ley Orgánica, y se reitera en el artículo 31 de la misma Ley Orgánica al disponer que “las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.” Se prevé en la norma, sin embargo, que el Tribunal Constitucional puede resolver “apartándose de su precedente,” en cuyo caso debe expresar en los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión “las razones por las cuales ha variado su criterio (art. 31.I).

Este sistema mixto o integral de justicia constitucional en la Constitución de la república Dominicana, con el Tribunal Constitucional en la cúspide del mismo, se concretiza en previsiones expresas relativas a lo que serían los tres pilares fundamentales del sistema (i) al control concentrado de la constitucionalidad, (ii) al control difuso de la constitucionalidad y (iii) a los procesos de protección de los derechos fundamentales.

PRIMER PILAR EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En lo que se refiere al control difuso de la constitucionalidad, la Constitución lo reguló, en paralelo al control concentrado, al disponer en su artículo 188 que:

“Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.”

Este control difuso se definió en el Considerando Octavo de la Ley Orgánica, como el poder “otorgado a los tribunales del Poder Judicial, los cuales por disposición de la propia normativa constitucional, tienen la facultad de revisar, en el marco de los procesos sometidos a su consideración, la constitucionalidad del ordenamiento jurídico dominicano;” habiéndose destinado los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica a regular, dentro de las modalidades de “control de constitucionalidad,” este control difuso de la constitucionalidad, conforme a las siguientes reglas:

En *primer lugar*, se trata de un control de la constitucionalidad que puede realizar “todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto” (art. 51)

En *segundo lugar*, es un control difuso de objeto amplio, en el sentido de que no sólo se establece respecto de las leyes, sino que procede respecto de tipo de acto estatal como una “ley, decreto, reglamento o acto” (art. 51). Es decir, ni en la Constitución ni en la Ley se establece que se trate exclusivamente de un control de constitucionalidad de las leyes ni siquiera de los actos normativos, Sin embargo, el control difuso no procede

respecto de los Tratados internacionales una vez que se han reputado constitucionales por el Tribunal Constitucional, de manera que el artículo 57, Parágrafo Único de la Ley Orgánica dispone que luego de que hayan sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, “ello impide que posteriormente, el mismo sea cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional.”

En *tercer lugar*, la Ley Orgánica dispone que cuando ante un tribunal apoderado del fondo de un asunto “se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto,” dicho tribunal “tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso.”

En *cuarto lugar*, y contrariamente al sistema tradicional derivado del principio dispositivo, en el régimen de la República Dominicana revalorizándose el principio de la supremacía constitucional, se establece la posibilidad de que el control difuso de la constitucionalidad se pueda ejercer de oficio por todo juez o tribunal del Poder Judicial, en aquellas causas llamadas a su conocimiento. Se sigue aquí la misma orientación adoptada en el sistema venezolano, a cuyo efecto por una parte se define en la Ley Orgánica, como principio de “oficiosidad,” el que:

“Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o lo hayan sido erróneamente”(art. 2.4).

Y por la otra, el artículo 52 de la Ley Orgánica expresamente dispone que:

“El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento.”

Por último, de acuerdo con la racionalidad del método difuso, los efectos de la sentencia son relativos al caso en concreto donde se ejerza por el juez, es decir, interpartes, y nunca con efectos erga omnes.

SEGUNDO PILAR

EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El sistema de control concentrado de la constitucionalidad se establece en la Constitución mediante la regulación en el propio texto constitucional, en forma expresa, de la acción de inconstitucionalidad, del control a priori de la constitucionalidad de los tratados internacionales, de los procesos de resolución de conflictos constitucionales entre órganos del Estado y del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. En forma indirecta, también se abre posibilidad en la Constitución para la estructuración del control de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos.

A tal efecto, el artículo 184 de la Constitución creó el Tribunal Constitucional “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales,” al cual conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica, le corresponde conocer de los casos previstos por el artículo 185 de la Constitución y de los que se le atribuyen en la Ley Orgánica, teniendo además competencia para conocer

“de las cuestiones incidentales que surjan ante él y dirimirá las dificultades relativas a la ejecución de sus decisiones.”

A continuación, por su interés en el enfoque, solo me referiré al control concentrado de constitucionalidad mediante la acción de inconstitucionalidad y al control de las omisiones legislativas.

1. El control directo de la constitucionalidad: La acción de inconstitucionalidad

En lo que se refiere al control concentrado de la constitucionalidad, el artículo 185.1 de la Constitución le atribuye al Tribunal Constitucional como Jurisdicción Constitucional, competencia para conocer en única instancia de:

“1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.”

Como consecuencia de esta competencia, el Tribunal Constitucional tiene el poder de anular los actos estatales inconstitucionales con efectos generales, erga omnes, en principio, hacia el futuro, aun cuando el Tribunal Constitucional tiene competencia para graduarlos y hacerlos retroactivos.

La competencia del Tribunal Constitucional en materia de control concentrado de la constitucionalidad está definida en la Ley Orgánica, en la Sección I (“Del control concentrado de constitucionalidad”) del Capítulo I (“Del control de constitucionalidad”) del Título II (“De los procesos y procedimientos constitucionales”), estableciéndose que dicho control se ejerce mediante el conocimiento de “la acción directa de inconstitucionalidad” que puede ser interpuesta ante el Tribunal Constitucional “contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma sustantiva.” (art. 36). Se entiende, por supuesto, que en esta expresión de infracción de “norma sustantiva” el artículo se está refiriendo a las infracciones constitucionales tal como se definen en el artículo 6 de la Ley Orgánica.

En el caso de los tratados internacionales, sin embargo, en la Ley Orgánica se dispone que los mismos, luego de que hayan sido objeto de control preventivo de constitucionalidad, y sean reputados como constitucionales, ello impide que los mismos pueden ser cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional (artículo 57, Párrafo único).

Ahora bien, con esta última excepción, se trata en general, de un control concentrado de constitucionalidad que se regula en la Ley en forma universal, que abarca materialmente todos los actos del Estado. Ello, sin duda, constituye una disidencia respecto de los sistemas de control concentrados de la constitucionalidad en el derecho comparado, cuyo objeto se limita normalmente a las leyes o demás actos de igual rango y valor (como los decretos leyes), así como respecto de actos de los órganos superiores del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como por ejemplo serían los *interna corporis* del Congreso, los actos de gobierno, como los que

declaran los estados de excepción, o las resoluciones, por ejemplo dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Es cierto que el artículo 184 de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional competencia para conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas;” pero también es cierto que la misma Constitución regula la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyendo a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos competencia para “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” (art. 165.2).

Por tanto, esta la Ley reguladora de la Jurisdicción Constitucional tendría que haber sido precisamente la que debía establecer con precisión el deslinde de su ámbito u objeto con relación al de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos jueces también son jueces constitucionales, no sólo cuando ejercen el control difuso de la constitucionalidad como cualquier juez en los casos que resuelven, sin cuando anulan actos administrativos por razones de inconstitucionalidad que es una forma de “contrariedad del derecho.”

En el caso de la República Dominicana, puede decirse que la Jurisdicción Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad; sino que lo que tiene es el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad de ciertos actos estatales, como las leyes y los demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución. El control concentrado de la constitucionalidad de los actos administrativos, en cambio, debe seguir bajo la competencia de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De allí que el necesario deslinde de estas competencias entre los tribunales de las dos Jurisdicciones, la Constitucional y la Contencioso Administrativa, ha sido una de las tareas fundamentales desarrolladas por el Tribunal Constitucional, siguiendo la orientación de lo que ha ocurrido en general en el derecho comparado, basándose en la naturaleza de los actos impugnados independientemente de su denominación y no en los motivos de impugnación.

Así, la Jurisdicción Constitucional es competente para conocer de la inconstitucionalidad de los actos estatales sometidos directamente a la Constitución, es decir, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En cuanto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia de los tribunales de la misma es para conocer de la impugnación de los actos administrativos, o como lo dice el artículo 165,2 de la Constitución de “los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares,” por contrariedad al derecho, es decir, por vicios de inconstitucionalidad o de legalidad propiamente dicha.

2. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativa absolutas

Al atribuirle el artículo 184 de la Constitución al Tribunal Constitucional competencia “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales,” el mismo tiene competencia para conocer de las omisiones legislativas absolutas.

Por ello, ante la usencia de previsión expresa en la Constitución, la Ley Orgánica, reguló expresamente la posibilidad de intentar una acción autónoma de inconstitucionalidad contra las omisiones de las leyes (art. 36), considerando además las omisiones legislativas como infracciones constitucionales (art. 6).

Como consecuencia, en la Ley Orgánica se regularon las sentencias aditivas o exhortativas dictadas en los casos de control de la constitucionalidad de estas omisiones legislativas relativas. En tal sentido, el artículo 47.I dispuso expresamente la posibilidad para el Tribunal Constitucional, al controlar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, de dictar sentencias interpretativas de estimación en las cuales se puede declarar expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte a su texto.

Pero la ley también previó la posibilidad de que el Tribunal Constitucional en caso de omisiones legislativas absolutas, poder dictar “cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada” (art. 47.III lo cual abrió un campo muy amplio de justicia constitucional, por ejemplo, cuando en las sentencias exhortativas el Tribunal en su mismo texto se establece el régimen legal aplicable, de vigencia temporal hasta que debe regir hasta tanto el legislador dicte la legislación correspondiente.

Por último, puede tratarse también de las llamadas sentencias interpretativas “aditivas,” que son las sentencias dictadas cuando el Tribunal considera inconstitucional una omisión legislativa relativa en el sentido amplio de “ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto,” interpretando la norma en el sentido de contener lo que conforme a la Constitución debía haberse previsto; o realizando una “interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado” para cubrir el vacío legislativo (art. 47.II).

TERCER PILAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 2010

Por último, el control de constitucionalidad también tiene por objeto particular asegurar la vigencia de la parte dogmática de la Constitución, es decir, de los derechos fundamentales declarados en el texto constitucional, y en el caso de la República Dominicana, también los declarados en los tratados internacionales de derechos humanos a los que se da rango constitucional (art. 74,3).

A estos efectos en la República Dominicana la Constitución ha establecido acciones específicas de protección como las de amparo, hábeas corpus y hábeas data (arts.

70-72), cuyo conocimiento corresponde en forma difusa a los tribunales de la República, consagrándose como principio fundamental en la Ley Orgánica (art. 7.4), lo que se denomina el principio de “efectividad” en el sentido de que:

“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, respetando las garantías mínimas del debido proceso y está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades.”

XXX

SOBRE EL IMPACTO EN LA DEMOCRACIA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE LA REGIÓN DE LA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR DESTITUYENDO A LOS MIEMBROS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Exposición sobre el Juez constitucional en El Salvador y la ilegítima mutación de la Constitución, o de cómo la Sala Constitucional de la Corte Suprema convirtió la “prohibición” constitucional de reelección inmediata del Presidente de la República en un “derecho” a ser reelecto inmediatamente, en el Conversatorio organizado por la *Escuela de Derecho del Campus de Santo Domingo*, Universidad Madre y Maestra, República Dominicana, 12 de mayo de 2021.

I

La Constitución Política de la República de El Salvador de 1983, actualmente vigente, establece en su artículo 152.1 una prohibición expresa para la reelección presidencial inmediata, al disponer que “No podrán ser candidatos a Presidente de la República,” entre otros, quien

“haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencial.”

La prohibición se establece con base en el principio democrático de la alternabilidad republicana que adopta la misma Constitución, al declarar expresamente que:

Art. 88.- La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político establecidos. La violación de esta norma obliga a la insurrección.”

Estableciendo la Constitución, además, dicho principio, como un principio constitucional pétreo al punto de declarar en el artículo 248, que:

“No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.”

II

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de Junio de 2021 solicitada por la República de Colombia sobre “*La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización)*”, al referirse a los “principios de la democracia representativa,” ha expresado, con particular referencia al principio de la alternancia en el ejercicio del poder, que:

“el pluralismo político implica la obligación de garantizar la *alternancia en el poder*: que una propuesta de gobierno pueda ser sustituida por otra distinta, tras haber obtenido la mayoría necesaria en las elecciones. Esta debe ser una posibilidad real y efectiva de que diversas fuerzas políticas y sus candidatos puedan ganar el apoyo popular y reemplazar al partido gobernante. (par. 78)

Agregando la Corte, además, que dichos principios de la democracia representativa:

“incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la *alternancia en el poder* y la separación de poderes” (par. 84).

Finaliza la Opinión Consultiva expresando que:

“Los Estados americanos asumieron la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia dentro de sus países. Esta obligación implica que los Estados deben realizar elecciones periódicas auténticas, y tomar las medidas necesarias para garantizar la separación de poderes, el Estado de Derecho, el pluralismo político, la *alternancia en el poder* y evitar que una misma persona se perpetúe en el poder (supra párrs. 43 a 85 y 103 a 126). De lo contrario, el sistema de gobierno no sería una democracia representativa” (par. 128).

III

En ese marco de los principios de la democracia representativa en el ámbito americano es que hay que analizar las restricciones a la reelección presidencial que históricamente se han establecido en las Constituciones de los países del Continente, siempre velando por la preservación del principio de la alternabilidad republicana, como es el caso precisamente de El Salvador, con la prohibición constitucional antes mencionada de la reelección presidencial inmediata, al cual se destina no sólo el antes mencionado artículo 152.1 de la Constitución, sino también los artículos 75.4, 131.16, 153 y 278 del mismo texto fundamental.

De ellos, en conjunto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en sentencia Inc. 163-2013 (artículo 152 ordinal 1°) de 25 de junio de 2014, dedujo que dicha prohibición de reelección inmediata:

“forma parte del conjunto de preceptos encaminados a garantizar el principio de alternancia o alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia. Esta finalidad comparten, asimismo, los arts. 75 ordinal 4° (que sanciona a quienes promuevan la reelección presidencial continua); 88 (que afirma que dicho principio “es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político” y que su violación “obliga a la insurrección”); 131 ordinal 16° (que ordena a la Asamblea Legislativa “desconocer” al Presidente de la República que continúe en el cargo a pesar de la terminación de su período); 154 (que fija la duración del período presidencial en 5 años y “ni un día más”); y 248 Cn. (que prohíbe la reforma constitucional en este tema).”

IV

Sin embargo, a pesar de la sólida doctrina constitucional desarrollada en El Salvador en la materia, y de la tradicional jurisprudencia del Sala Constitucional al considerar que conforme al principio de la alternabilidad, la Constitución prohíbe la reelección presidencial inmediata, la misma Sala viene de dictar la sentencia I-2021 (“Pérdida de derechos de ciudadanía) de 3 de septiembre de 2021, en la cual mediante una mutación ilegítima de la Constitución, adopta el criterio contrario, interpretando la norma prohibitiva del artículo 152.1 como una norma permisiva de la reelección presidencial inmediata, ordenando de oficio:

“al Tribunal Supremo Electoral dar cumplimiento a la presente resolución en lo relacionado a permitir de conformidad con el artículo 152 ordinal 1° que una persona que ejerza la Presidencia de la República y no haya sido Presidente en el periodo inmediato anterior participe en la contienda electoral por una segunda ocasión.”

La sentencia no se dictó en un proceso de constitucionalidad, sino en un proceso de pérdida de ciudadanía que se había iniciado contra un ciudadano con base en la previsión del artículo 75.4 de la Constitución que prescribe que pierden la ciudadanía: “Los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin.”

Con esta mutación constitucional, la Sala Constitucional, recién nombrada luego de la destitución de todos sus anteriores magistrados, abandonó de raíz su anterior jurisprudencia derivada de la antes mencionada sentencia 163-2013 de 25 de junio de 2014, que consideraba que el artículo 152.1 de la Constitución efectivamente establecía en el sistema constitucional de El Salvador la prohibición de la reelección inmediata del Presidente de la República, argumentando que la anterior Sala supuestamente pasó:

“por alto que la disposición mencionada hace referencia no a prohibiciones para ser Presidente, sino a prohibiciones para ser candidato y lo grave de una interpretación que deje este detalle por fuera, radica en que se imposibilita al electorado a reelegir la opción política que más le convenga.”

Por ello, considerando que “la conformación de este tribunal ha cambiado en su totalidad respecto de la conformación que se tenía al momento de realizar la interpretación en comento” –como si el cambio de magistrados conlleva al cambio de la interpretación constitucional-, la Sala decidió entonces cambiar de criterio, considerando el anteriormente sentado por la Sala como un “error,” insistiendo en la tesis de que la norma constitucional hace referencia a una prohibición dirigida a candidatos y no al Presidente, y en que:

“el Constituyente ha sido claro al dirigir esa prohibición al candidato, implicando así que el período inmediato anterior al que se refiere es precisamente el período previo al que se es candidato.”

Después de este malabarismo gramatical, concluyó la Sala con la afirmación de que – contrario al texto expreso del artículo 151.2 de la Constitución – la misma “NO establece prohibiciones para ser Presidente, sino para ser candidato a Presidente.”

Y de esa argumentación, como por arte de magia, dedujo entonces la Sala en su sentencia que en el:

“caso del 15 artículo 152 ordinal 1°, la prohibición va dirigida a los candidatos, de manera que permite por una sola vez más, la reelección presidencial.”

Y ello pues según la Sala:

“el “período inmediato anterior” se entenderá que hace referencia al período presidencial previo al que se pretende ser candidato a la Presidencia.”

V

O sea, la Sala Constitucional interpreta en sentido contrario la prohibición constitucional a la reelección inmediata establecida en el artículo 152.1 de la Constitución de El Salvador, y realizando una ilegítima “mutación” constitucional de su contenido y sentido, dedujo que de lo que se trata es de una norma que lo que hace es garantizar el derecho del Presidente de la República de optar por la reelección inmediata cuando termina su período, afirmando que, supuestamente, se trata de un:

“mandato expreso del Constituyente de otorgar la oportunidad de inscribirse como candidato a la persona que ejerce la Presidencia en el período de inscripción, estableciendo ciertas condiciones como no utilizar el cargo para prevalerse del mismo;”,

En cuyo caso lo único que debería requerirse es que:

“al Presidente que se haya postulado como candidato presidencial para un segundo período, deba solicitar una licencia durante los seis meses previos.”

La Sala, en conclusión, interpretó la norma del artículo 152.1 de la Constitución *que prohíbe la reelección inmediata del Presidente de la República* (*No podrán ser candidatos a Presidente de la República: 1. 1°.- El que haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses...*), en sentido contrario a su texto y sentido, dictaminando que lo que supuestamente consagra la norma es el

derecho del Presidente en ejercicio de ser candidato -y ser electo- para el período sucesivo, permitiéndose:

“como máximo que una persona ejerza la presidencia por 10 años y de hecho, el Constituyente de 1983 obliga a que esos 10 años se ejerzan, si el pueblo así lo decide, de forma consecutiva.”

Y mediante el uso -o abuso- de esta última frase, la Sala ha pretendido indicar, en definitiva, que su interpretación a la medida es una “interpretación garantista que permite -sobre todo- la posibilidad de que el pueblo elija conforme a su voluntad,” o “garantizar que sea siempre el pueblo en el ejercicio del poder soberano quien tenga la potestad de decidir,” repitiendo que es “finalmente el pueblo quien conserva la potestad de decidir si quiere un programa político nuevo o la continuación del mismo.”

Sin embargo, una cosa es el derecho de los ciudadanos a elegir, y otra es el principio de la alternabilidad republicana que en aras de garantizar el primero, se restringe en materia de reelecciones, mediante mecanismos para evitar que los gobernantes se perpetúen en el poder, como es precisamente el caso del régimen constitucional de El Salvador que prohíbe la reelección presidencial inmediata.

Nueva York, 5 de septiembre de 2021

XXXI

LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DEL PUEBLO DOMINICANO EN 1821 Y LA IDEA DE “COLOMBIA”

**Texto redactado para la *Obra homenaje al profesor Wenceslao Vega Boyle*.
República Dominicana, 2021.**

El 1 de diciembre de 1821, como consecuencia del movimiento conspirador contra el Capitán General de Santo Domingo dirigido por José Núñez de Cáceres, se adoptó la “Declaración de Independencia del pueblo dominicano,”¹ dando origen a un proceso que se conoce en la historia de la República Dominicana como el de la “Independencia efímera,” el cual abarcó un período de dos meses y ocho días, hasta que se produjo la anexión del territorio de la parte española de la Isla de Haití a la República de Haití, el 9 de febrero de 1822, luego de la ocupación del mismo efectuada por el ejército encabezado por Jean Pierre Boyer, Presidente de Haití.

La Declaración de Independencia se produjo en medio del debate que se fue desarrollando en diversas partes del territorio de la parte española de la Isla, sobre si la misma debía anexarse a la República de Haití, donde se había declarado la independencia de Francia desde 1804, o debía formarse una República independiente. Ello motivó que, incluso, en los territorios fronterizos y en Santiago de los Caballeros, el movimiento de Núñez de Cáceres no encontrara el apoyo deseado, al punto de que la *Junta Central Provisoria* de Santiago rechazó los actos de Núñez y le pidió al Presidente Boyer su intervención.²

¹ Véase el texto de la Declaración en: enciclopediadominicana.org/Archivo:Declaracion_de_Independencia_del_Pueblo_Dominicano.pdf

² Véase Bibiano Torres Ramírez y José Jesús Hernández Palomo, *Andalucía y América en el Siglo XIX*. Tomo I. Sevilla: 1986, p. 49

En todo caso, en dicha “Declaración de Independencia del Pueblo Dominicano” publicada en “Santo Domingo, por la imprenta de la Presidencia del *Estado independiente de la parte española de Hayti*. José María González,” los firmantes expresaron:

“Declaramos y formalmente publicamos, que la parte española de la Isla de Haití, queda desde este día constituida como Estado libre e independiente; que el buen pueblo Dominicano ni ahora, ni en adelante, ni nunca se someterá a las leyes y gobierno de España, considerándose absuelto de toda obligación de fidelidad y obediencia; que revestido de la dignidad y carácter de nación soberana, tiene un pleno poder y facultades para establecer la forma de gobierno que mejor le convenga [como lo] pueden por derecho los demás pueblos libres e independientes...”

Y concluyó el Acta con tres exclamaciones:

“Viva la Patria, viva la Independencia, viva la Unión de Colombia.”³

Esta última expresión sobre “Colombia,” en el contexto del Acta, por supuesto, no se refería a la “República de Colombia” que se había creado a propuesta de Simón Bolívar mediante la Ley Fundamental de la República de Colombia sancionada el 17 de diciembre de 1819 por el Congreso de Venezuela celebrado en Angostura, unos meses después de sanción de la Constitución de Venezuela de 11 de agosto de 1819, y que había sido luego constitucionalizada solo tres meses antes de la declaración de Independencia del pueblo dominicano, con la Constitución sancionada en la Villa de Nuestra Señora del Rosario de los Valles de Cúcuta el 30 de agosto de 1821.⁴

La referencia a “Colombia” en el Acta de Independencia - a diferencia de la mención hecha respecto de la “República de Colombia” en la subsecuente un “Acta Constitutiva del Gobierno Provisional del Estado Independiente de la parte Española de Haití” del mismo día 1 de diciembre de 1821⁵ -, fue más bien a la expresión acuñada por Francisco de Miranda, y utilizada en la Constitución de las Provincias Unidas de Venezuela del 21 de diciembre de 1811,⁶ como referencia a todo el Continente americano.

Ello se confirma, por lo demás, con la otra referencia que en la misma Acta de Independencia del pueblo dominicano se hace sobre “Colombia,” identificándola como formando todo el Continente americano, al exponerse lo siguiente:

“Desde Cabo de Hornos hasta las Californias se pelea con ardor y encarnizamiento por el incomparable beneficio de la Independencia. En todas partes huye despavorido el caduco León de España, dejando desocupado el terreno a la fuerza y vigor juvenil del de América. Ya reflejan sobre el horizonte político los crepúsculos

³ Véase el texto de la Declaración en: enciclopediadominicana.org/Archivo:Declaracion_de_Independencia_del_Pueblo_Dominicano.pdf

⁴ Véase sobre la Constitución de Cúcuta de 1821, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto De 1821. Producto de la unión de los pueblos de Venezuela y de la Nueva Granada. Sus antecedentes y condicionantes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela; Academia Colombiana de Jurisprudencia, Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Temis, Caracas, Bogotá, 2021, 388 pp.

⁵ Véase el texto del “Acta Constitutiva” en: Gustavo Adolfo Mejía Ricart, *Crítica de nuestra historia moderna. Primer período del Estado libre en la parte española de la Isla de Santo Domingo*, Banco de reservas de la República Dominicana y Sociedad Dominicana de Bibliófilos, Santo Domingo 2007, pp. 207-217; y en Emilio Rodríguez Demorizi, *Santo Domingo y la Gran Colombia. Bolívar y Núñez de Cáceres*. Santo Domingo 1971, pp. 70-72.

⁶ Véase el texto de la Constitución Federal para las Provincias de Venezuela de 1811, en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Tomo I, pp. 553-579

del gran día de los hijos de Colombia aparecerá de un momento a otro la risueña aurora de la Independencia de toda la América.”⁷

Francisco de Miranda, en efecto, ideó la denominación de *Colombia* para identificar todo el Continente hispano americano, expresándolo así desde 1788, en Europa en carta al Príncipe C. L de Hesse, y desde 1792, para América, en carta a Alexander Hamilton, utilizando dicha expresión, además de la de “Continente Colombiano.”⁸

Miranda, incluso, en el Proyecto de Gobierno federal que ideó para el Continente Colombiano, al que llamó también “Imperio Americano,” indicó en 1801 que:

“Si se adopta el nombre de Colombia para designar a la nueva república, sus habitantes deberán llamarse Colombianos, este nombre es más sonoro y majestuoso que Colombinos.”⁹

Dicha “Federación Americana” o “Colombia” en el Proyecto, reuniría a todas las Naciones del Continente desde México hasta la Patagonia, que debía responder no sólo a los mismos principios de democracia representativa, sino a la forma de Estado federal, es decir de descentralización política con distribución del poder entre tres niveles territoriales: los municipios, las provincias y el Gobierno federal. En el proyecto, además, Miranda previó establecer la “ciudad federal” en el punto más central del Continente, como lo indicó:

“(tal vez en el istmo de Panamá), que debía llevar el nombre augusto de *Colombo*, a quien se debe el descubrimiento de esta bella parte de la Tierra.”¹⁰

En el mismo año de 1801, Miranda dirigiría un Manifiesto político “a los pueblos del Continente Colombiano (alias Hispano-América),”¹¹ en el cual, entre muchos temas se refirió en forma general al principio de igualdad para todos los hombres, proponiendo incluso la abolición de hecho del “tributo personal cargado sobre los indios, y gentes de color, siendo odioso, injusto y opresivo,” y proclamando que dichas personas gozaran “desde este instante de todos los derechos y privilegios correspondientes a los demás ciudadanos (Artículo 3),” lo que en definitiva, para la América Hispana, fue un decreto de abolición de la esclavitud.¹²

La misma expresión de “Colombia” para identificar todo el continente americano, sin duda por la influencia del propio Francisco de Miranda, quien participó como diputado en el Congreso General de las Provincias de Venezuela en 1811, una vez declarada formalmente la Independencia el 5 de julio de 1811, se plasmó en el texto de la Constitución Federal de las Provincias de Venezuela de 21 de diciembre de 1811, la cual sin duda estuvo imbuida de una vocación “colombiana.”¹³

⁷ Véase el texto de la Declaración en: enciclopediadinamicana.org/Archivo:Declaracion_de_Independencia_del_Pueblo_Dominicano.pdf

⁸ Véase Francisco de Miranda, *América Espera*, Edición J.L.Salcedo Bastardo, Biblioteca Ayacucho, Caracas 1982., pp. 93-94; 124 y 223.

⁹ Ídem., p. 292.

¹⁰ Ídem., p. 292.

¹¹ Ídem., p. 271.

¹² Véase Proclama de 1801, en Ídem, pp. 123.

¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de la República de Colombia de 1821*, op. cit, pp. 143 ss.

Como lo observó Caracciolo Parra Pérez, ante todo, la República de Venezuela creada con la Constitución de 1811 tuvo “su era propia, la *era colombiana* que comenzó ese mismo año en 1811,”¹⁴ en el sentido que Francisco de Miranda le había dado a la expresión al referirse a toda la América hispana como el “Continente Colombiano,” lo que quedó expresamente manifestado en su artículo 233, al indicarse que en todos los actos públicos se usaría la indicación de “la *Era Colombiana*” “(además de la “vulgar Cristiana”) que comenzaría a contarse “a partir de 1811 que será el primero de nuestra independencia.”

Y ello fue así, al punto de que no sólo se respetó en el subsiguiente texto de la Constitución de la República de Venezuela sancionado en Angostura de 1819,¹⁵ que fue firmada en “el Palacio del soberano Congreso, capital de Guayana, a quince de agosto de mil ochocientos diecinueve, *nono de la Independencia*; sino en el de la Ley Fundamental de la República de Colombia que se firmó “en el Palacio del Soberano Congreso de Venezuela, en Angostura a 17 de diciembre de 1819.- 9º;”¹⁶ en el de la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia firmada “en el Palacio del Congreso General de Colombia, en la villa del Rosario de Cúcuta, a 12 de julio del año del Señor de mil novecientos veintiuno, *undécimo de la Independencia*,”¹⁷ y en el de la Constitución de la República de Colombia “dada en el primer Congreso general de Colombia y firmada por todos los Diputados presentes, en la villa del Rosario de Cúcuta a treinta de agosto del año del Señor de mil ochocientos veintiuno. *Undécimo de la Independencia*.”¹⁸

La referencia a los años de la Independencia en todos esos documentos constitucionales de Venezuela y Colombia, antes de la separación de las Repúblicas de Venezuela y Ecuador de la República de Colombia en 1830, se había hecho en Colombia, en la Constitución de 1830, “dada en la Sala de las sesiones del Congreso Constituyente en Bogotá a veinte y nueve de abril de mil ochocientos treinta, *vigésimo de la Independencia*,”¹⁹ y en Venezuela, en la Constitución del mismo año 1830 “dada en el Congreso constituyente y firmada con general asentimiento por todos los diputados presentes en la ciudad de Valencia a 22 del mes de septiembre del año del Señor 1830. *Veinteavo de la Independencia*.”²⁰

Esa “Era” a partir de la Independencia sin duda comenzó, como lo dijo su texto, con la Constitución de Venezuela de 21 de diciembre de 1811 sancionada después de la declaración de Independencia del 5 de julio del mismo año de 1811.

¹⁴ Véase Caracciolo Parra Pérez, *Historia de la Primera república de Venezuela*, Tomo II, op. cit., p. 173.

¹⁵ Véase texto en: Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp.619-644.

¹⁶ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 643-644

¹⁷ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 643-646.

¹⁸ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Tomo I, pp. 647-665

¹⁹ Véase en general, Herviz Gerdal González Camacho, “El proceso constituyente del Congreso Admirable, Bogotá 1830,” en Elena Plaza y Ricardo Combellas (Coordinadores), *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2005, tomo I, pp. 107-129.

²⁰ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 707 ss.

Adicionalmente, en el último artículo de la Constitución Federal de las Provincias de Venezuela de 1811 (art. 228) de nuevo se manifestó su vocación colombiana con la cual la sancionaron los constituyentes, al expresar que lo hacían inspirados en:

“la amistad y unión [...] con los demás habitantes del *Continente Colombiano* que quieran asociársenos para defender nuestra religión, nuestra Soberanía natural y nuestra Independencia.”

Por ello expresaron, además, que si bien como “pueblo de Venezuela” habían “ordenado con entera libertad la Constitución precedente que contiene las reglas, principios y objetos de vuestra Confederación y alianza perpetua,” se obligaban y comprometían a cumplirla, sin perjuicio de que la misma podía ser alterada:

“conforme a la mayoría de los *pueblos de Colombia* que quieran reunirse en un Cuerpo nacional para la defensa y conservación de su libertad e independencia política, modificándolas, corrigiéndolas y acomodándolas oportunamente y a pluralidad y de común acuerdo entre nosotros mismos en todo lo que tuviere relaciones directas con los intereses generales de los referidos pueblos y fuere convenido por el órgano de sus legítimos Representantes reunidos en un *Congreso general de Colombia* o de alguna parte considerable de ella y sancionado por los comitentes constituyéndonos entre tanto en esta Unión todas y cada una de las provincias que concurrieren a formarla, garantes las unas de las otras de la integridad de nuestros respectivos territorios y derechos esenciales [...]

Se adoptó, así, como se dijo, desde el primer texto constitucional de ámbito nacional que se sancionó en toda la América hispana, la expresión de “*Colombia*” como referencia a todos los pueblos del Continente Americano.

Ello, incluso, se reflejó en el primer “Escudo de armas” oficial que se diseñó para la República de Venezuela “Independiente y soberana,” después de la Declaración de Independencia, el cual fue formalmente aprobado por el Congreso General de las Provincias de Venezuela el día 9 de julio de 1811, ordenándose se incluyera en la bandera oficial del Estado.²¹ Ese escudo, se reprodujo en la portada en blanco y negro de un libro extraordinario publicado en Londres en 1812, una verdadera obra maestra editorial adornada con muchas viñetas de buen gusto, de agradable presentación,²² con el título simplificado en la parte superior de: *Documentos Interesantes relativos a Caracas / Interesting Documents relating to Caracas*;²³ y en la parte inferior, precisamente el grabado

²¹ Véase “Evolución histórica de la Bandera Nacional,” en: <http://www.efe-meridesvenezolanas.com:80/html/evolucion.htm>.

²² Véase Carlos Pi Sunyer. *Patriotas Americanos en Londres* (Miranda, Bello y otras figuras), (Ed. y prólogo de Pedro Grases), Monteávila Editores, Caracas 1978, p. 211.

²³ Se trató del libro: *Interesting Documents relating to Caracas/ Documentos Interesantes relativos a Caracas; Interesting Official Documents relating to the United Provinces of Caracas, viz. Preliminary Remarks, The Act of Independence. Proclamation, Manifesto to the World of the Causes which have impelled the said provinces to separate from the Mother Country; together with the Constitution framed for the Administration of their Government. In Spanish and English,* publicado en forma bilingüe en Londres en 1812. El texto facsimilar de dicho libro está publicado en la obra: Allan R. Brewer-Carías, *Documentos Constitucionales de la Independencia/ Constitucional Documents of the Independence 1811*, Colección Textos Legislativos No. 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 301-637. El libro contiene una Introducción General del editor (Allan R. Brewer-carías) sobre el significado y la importancia de dicho libro londinense, también en forma bilingüe, pp. 59-299.

de T. Wogeman con una alegoría, no tanto “al gusto de la época” como se ha dicho,²⁴ sino reproduciendo el mencionado Escudo de armas oficial del nuevo Estado.

El diseño de la bandera se había encomendado el mismo día en el cual se aprobó la Declaración de Independencia de Venezuela por el Congreso General de las Provincias Unidas, el 5 de julio de 1811, a una Comisión compuesta por Francisco de Miranda, Lino de Clemente y José de Satta y Bussy, cuya propuesta fue la aprobada, estando formada con los colores amarillo, azul y rojo en franjas desiguales, más ancha la primera que la segunda, y ésta más que la tercera; ubicándose sobre la franja amarilla, en el extremo superior izquierdo, el *Escudo de armas*.

Este se configuró, precisamente, como la alegoría que engalana la portada del libro londinense, conformada con tres figuras: una india sentada en una roca, que representaba América, portando en la mano izquierda una asta rematada por un gorro frigio (que fue el emblema de la libertad durante la Revolución francesa), rodeada por diversos símbolos del desarrollo: el comercio, las ciencias, las artes, un caimán y vegetales. Al pie de la roca el mar y una fragata. A la derecha de la india, la otra figura de mujer simbolizando la República, que portaba una pluma y una tablilla con la inscripción “*Colombia*,” en referencia por supuesto a “América” en la concepción de Miranda. La tercera figura, a su izquierda, era un querube con una corneta en una mano y en la otra un pergamino con el título “Constitución de Venezuela.”

Esa fue la idea de *Colombia* en la Independencia de Venezuela, de manera que después de la caída de la primera República de 1811, Bolívar, en 1813, antes de comenzar su Campaña Admirable por la liberación de las Provincias de Venezuela invadidas por las fuerzas militares españolas, se refirió a “Colombia” en el mismo sentido de Miranda, al definir la empresa de liberar a las provincias de Venezuela como “la libertad de Colombia;” y se refirió a Venezuela, como la “cuna de la independencia colombiana;”²⁵ y en 1814, en proclama dirigida a los valerosos habitantes de la ciudad de La Victoria en Venezuela, a la misma la calificó como “esa inmortal ciudad, la primera que dio el ejemplo de la libertad en el hemisferio de Colombia.”²⁶

A esa “Colombia” sin duda, fue a la que los conspiradores de la parte española de la Isla de Haití se refirieron en la Declaración de Independencia del Pueblo Dominicano de 1º diciembre de 1821.

Madrid, junio de 2021

²⁴ Véase Carlos Pi Sunyer, *Patriotas Americanos...*, op. cit., p. 211.

²⁵ Véase Simón Bolívar, “Manifiesto de Cartagena,” en *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982, pp. 62 ss. Véase además, las referencias en Carlos Restrepo Piedrahita, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993, pp. 299-300.

²⁶ Véase Simón Bolívar, *Discursos y proclamas*, Ediciones Biblioteca Ayacucho, 2007, p. 182.

XXXII

LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE LA PARTE ESPAÑOLA DE LA ISLA DE HAITÍ EN 1821 Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA CREADA ENTRE 1819 Y 1821

Redactado con ocasión del Bicentenario de la primera Constitución de la República Dominicana de 1821.

I

El 1 de diciembre de 1821 en Santo Domingo, Isla de Haití (antigua Isla La Española), como consecuencia de un movimiento conspirador contra el Capitán General de Santo Domingo dirigido por José Núñez de Cáceres, se adoptó la “Declaración de Independencia del pueblo dominicano,”¹ organizándose el primer Estado independiente de la Corona española en Las Antillas, a cuyo efecto se constituyó de inmediato una Junta Provisional de Gobierno dictándose un “Acta Constitutiva del Gobierno Provisional del Estado Independiente de la parte Española de Haití,” la cual se firmó el mismo día 1 de diciembre de 1821² por los miembros de la Junta provisional de Gobierno que se había designado.

Dicha Acta contiene todos de los principios de una Constitución estableciendo las bases de la organización de un nuevo Estado con “forma de gobierno Republicano,” basado en la “representación nacional” (art. 1); lo que permite considerarla como el primer texto constitucional en la historia de lo que es hoy la República Dominicana.

¹ Véase el texto de la Declaración en: [enciclopediadominicana.org/Archivo: Declaracion_de Independencia_del_Pueblo_Dominicano.pdf](http://enciclopediadominicana.org/Archivo:Declaracion_de_Independencia_del_Pueblo_Dominicano.pdf).

² Véase el texto del “Acta Constitutiva” en: Gustavo Adolfo Mejía Ricart, *Crítica de nuestra historia moderna. Primer período del Estado libre en la parte española de la Isla de Santo Domingo*, Banco de reservas de la República Dominicana y Sociedad Dominicana de Bibliófilos, Santo Domingo 2007, pp. 207-217; y en Emilio Rodríguez Demorizi. *Santo Domingo y la Gran Colombia. Bolívar y Núñez de Cáceres*. Santo Domingo 1971, pp. 70-72.

II

En los 39 artículos que conforman el Acta, en efecto, se establecieron las bases de la organización de nuevo Estado conforme a las siguientes regulaciones, inspiradas en los principios del constitucionalismo moderno que habían derivado de las revoluciones norteamericana y francesa³ del siglo XVIII:

En primer lugar, se estableció la “forma de gobierno Republicano” basado en la “representación nacional” (art. 1).

En segundo lugar, se dispuso que como “no puede haber verdadera libertad civil sin la división de poderes” se atribuyeron las potestades estatales a diversos órganos, distinguiéndose entre las “facultades del legislativo,” “la potestad de ejecutar las leyes” y “la de administrar justicia” (art. 7).

En tercer lugar, se declararon “los derechos del hombre en sociedad” que consisten en su libertad, igualdad, seguridad y propiedad” definiéndose el contenido de los mismos (art. 8), así como otros derechos de los ciudadanos como la inviolabilidad del hogar y la libertad de imprenta (art. 15 a 18).

En cuarto lugar, se estableció el régimen de la ciudadanía y naturalización “del Estado independiente de la parte española de Haití” (arts. 9 a 12).

En quinto lugar, se reguló el régimen de organización territorial del nuevo Estado, en los Ayuntamientos (art. 19 a 21).

En sexto lugar, se reguló el régimen de la administración de justicia y de los jueces (arts. 22 a 26).

En séptimo lugar, se reguló el régimen de las finanzas públicas y de los impuestos (arts. 27 a 31).

En octavo lugar, se reguló el régimen militar (art. 34), y el de la responsabilidad de los empleados públicos (art. 37), regulándose la forma de juramento por los militares y empleados públicos para defender la independencia y libertad del Estado (art. 36), con la tipificación, como delito de traición contra el Estado, de toda acción dirigida “a transformar el nuevo sistema republicano, a destruir la libertad e independencia de la patria (art. 35).

Y en noveno lugar, se abolió la Constitución de la Monarquía española y las leyes y otras normas que fueran contrarias a lo dispuesto en “este reglamento provisional” (art. 32).

Es decir, a pesar de ser un Acta de un gobierno provisional, la misma tiene todo el contenido de una Constitución de un nuevo Estado, con el régimen referido a su población, a su territorio y a su autoridad o gobierno.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Tercera edición ampliada, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid 2019, 244 pp.

III

Un aspecto que llama la atención en el texto del Acta de constitución es el contenido de su artículo 4, en el cual se adoptó una importantísima declaración unilateral para el mundo americano, en la cual los organizadores de la constitución del nuevo Estado expresaron que:

“Artículo 4; Esta parte española *entrará desde luego en alianza con la República de Colombia; entra a componer uno de los Estados de la Unión;* y cuando se ajuste y concluya este tratado, hará causa común, y seguirá en un todo los intereses generales de la Confederación.”

A los efectos de concretar ese posible “tratado” y la incorporación del territorio de la parte española de Haití a la República de Colombia, para lo cual la declaración expresó determinación – “estará desde luego en alianza” -, se dispuso en el artículo 5 que:

“Artículo 5. Con estas miras se despachará a la mayor brevedad posible un diputado cerca de S.E el Presidente de Colombia, comunicándole el cambio político de Santo Domingo, y manifestándole los deseos de *adherirse a la unión de los Estados que actualmente componen, o en adelante compusieren la República de Colombia.* La Junta elegirá este diputado, dándole las instrucciones, documentos y poderes competentes al lleno de su encargo; y este comisionado solicitará se le comunique la Constitución general de la República de Colombia, para su previo examen y conocimiento dar esta parte española acto de adhesión.”

Por el texto del Acta Constitutiva se evidencia que aún no se conocía en la Isla el texto de la Constitución de la República de Colombia que había sido sancionada poco tiempo antes, el 30 de agosto de 1821, en la cual no establecía Confederación alguna, ni Unión de Estados, sino una República unitaria, razón por la cual la idea esbozada en el texto del Acta no se ajustaba a la realidad del Estado que se estableció como República de Colombia desde 1819. Este, en efecto se había creado y regulado, primero, por la Ley Fundamental de la República de Colombia sancionada por el Congreso venezolano en Angostura el 17 de diciembre de 1819;⁴ segundo, por la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia sancionada por el Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta el 18 de julio de 1821;⁵ y finalmente, tercero, por la Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821,⁶ igualmente sancionada por el Congreso de Cúcuta, establecido como Estado unitario y centralizado, en el cual solo cabía incorporación de nuevos territorios como nuevos Departamentos del mismo Estado.

IV

En todo caso, conforme a lo indicado en el Acta de Constitución, la Junta de Gobierno Provisional designó como diputado para la gestión mencionada ante el gobierno de la República de Colombia, a Antonio María Pineda, un destacado médico

⁴ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, Tomo I, pp. 643-644.

⁵ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 645-646

⁶ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 647-665.

canario quien había vivido en Venezuela hasta 1810 y quien venía de fundar el diario *El Telégrafo Constitucional*. En su viaje, en Curazao se enteró de que Simón Bolívar no estaba en Bogotá, sino en Popayán, dirigiendo la Campaña del Sur para la liberación de la Provincia de Quito.

De su llegada a Tierra Firme dio cuenta la *Gaceta de Colombia* el 27 de enero de 1822 por información del coronel Francisco Delgado, gobernador de la provincia de Maracaibo, en la cual se refirió al hecho del “reconocimiento” de Colombia por el gobierno provisional de Santo Domingo y de la llegada a Curazao de “una misión de la junta gubernativa de la expresada isla a tratar con el gobierno.”⁷

Ya antes, sin embargo, en la Isla, Núñez de Cáceres había recibido el 11 de enero de 1822 una carta del Presidente de la República de Haití, Jean Pierre Boyer en la cual le comunicaba su interés y la importancia de la unificación de los dos pueblos, convirtiendo a toda la Isla en un solo Estado. A inicios de ese mes, Boyer ya había recibido la autorización del Congreso haitiano de defender la independencia y la unificación de la isla, y Núñez de Cáceres, al no tener el suficiente apoyo de los sectores más importante de Santo Domingo, se vio compelido a ponerse bajo la protección de las leyes de la República de Haití, razón por la cual el 9 de febrero de 1822 el presidente Boyer cruzó la frontera con un gran ejército y tomó posesión de Santo Domingo, quedando la Isla de Haití unificada bajo un solo gobierno.⁸

Bolívar se enteró en Popayán de los acontecimientos ocurridos en Santo Domingo, precisamente el mismo día 9 de febrero cuando ya la Independencia del pueblo dominicano había terminado, expresando en carta dirigida al Vicepresidente encargado del Poder Ejecutivo de la República de Colombia, Francisco de Paula Santander, su alegría por los hechos de independencia de Santo Domingo.⁹ Todo, por supuesto, sin que las noticias de la anexión a Haití y del fin del proceso de independencia del pueblo dominicano, hubiesen llegado a Tierra Firme.

Sin duda, igual ocurrió con la celebración que el Mariscal Antonio José de Sucre ordenó que se hiciese en Cuenca (ciudad que venía de ser independizada en noviembre de 1821) para expresar adhesión a la causa independentista de Santo Domingo, que consistió en la publicación de un bando saludándola, “con un repique general de campanas y la iluminación de la ciudad por tres noches consecutivas,” lo que tuvo lugar el 1 de abril de 1822, casi dos meses después de la invasión haitiana de la parte española de la Isla,¹⁰ pero en pleno teatro de operaciones del proceso de guerra de las fuerzas patriotas contra

⁷ Véase las referencias a estos hechos en Germán A. de la Reza, “El intento de integración de Santo Domingo a la Gran Colombia (1821-1822)”, *Revista Secuencia*, No. 93, México, sep./dic. 2015; y en Emilio Rodríguez Demorizi, *Santo Domingo y la Gran Colombia: Bolívar y Núñez de Cáceres*, Editora del Caribe, Santo Domingo 1971.

⁸ Véase las referencias en Frank Moya Pons (1974). *Historia colonial de Santo Domingo*, Santiago de los Caballeros, Universidad Católica Madre y Maestra, 1974 pp. 410-411.

⁹ Véase en Simón Bolívar, *Cartas del libertador*, Ed. Banco de Venezuela/Fundación Vicente Lecuna, Caracas 1865, Tomo III. Véase las referencias en Germán A. de la Reza, “El intento de integración de Santo Domingo a la Gran Colombia (1821-1822)”, loc. cit., y Emilio Rodríguez Demorizi, *Santo Domingo y la Gran Colombia: Bolívar y Núñez de Cáceres*, cit.

¹⁰ Véase la referencia al Bando del gobernador Tomás de Heres de Cuenca de 1 de abril de 1822, en E. Rodríguez Demorizi, *Santo Domingo y la Gran Colombia: Bolívar y Núñez de Cáceres*, op. cit. 1971, pp. 107-108.

los ejércitos realistas, en vísperas de las Batallas de Riobamba y Pichincha que tuvieron lugar el 21 de abril de 1822 y el 24 de mayo de 1822.

V

Posteriormente, después de la Batalla de Pichincha de 24 de mayo de 1822 que permitió a los ejércitos patriotas al mando del Mariscal Sucre tomar Quito el 29 de mayo de ese mismo año, “el cabildo, corporaciones y personas notables de la ciudad de Quito,” como se dejó constancia en el decreto del Congreso de Colombia de 11 de junio de 1824, “acordaron y decretaron separarse de la monarquía española uniéndose a la República de Colombia,” pasando a constituir tres de los Departamento de ésta última (*Ecuador, Asuay, y Guayaquil*), como se expresó en la Ley de División Territorial de la república de Colombia de 1824.¹¹

Debe recordarse que, además de Ecuador, también se incorporó a la República de Colombia el territorio del Istmo de Panamá, luego de que como consecuencia de un proceso de insurrección que se inició con el grito de Independencia de la Villa de Los Santos en 10 de noviembre de 1821, el 28 de noviembre de 1821 se firmara en la Ciudad de Panamá el “Acta de Independencia el Istmo de Panamá,” que separó la Provincia del Imperio Español, declarándose en el artículo 2 que:

“2. El territorio de las Provincias del Istmo pertenece al Estado Republicano de Colombia, a cuyo Congreso irá a representar oportunamente su Diputado.”¹²

Se decidió así, no sólo la Independencia de Panamá respecto de España, cuyo territorio, inicialmente, en 1513, fue el que conformó la Provincia de Castilla del Oro, sino que también, espontáneamente, quienes declararon la independencia decidieron que las Provincias del *Istmo* se integrarían al “Estado republicano de Colombia” que no era otro que el que se había establecido mediante las Leyes Fundamentales de 1819 y 1821 y que solo tres meses antes se había recién constitucionalizado mediante la Constitución de 30 de agosto de 1821.

VI

La República de Colombia que existió entre 1819 y 1830, en efecto, fue el resultado de un proyecto político y constitucional concebido por Simón Bolívar para la unión de los pueblos Venezuela y la Nueva Granada, que logró concretar luego de las guerras de liberación que comandó, por una parte, de los territorios del Estado de Venezuela que había sido establecido como República independiente desde 1811 y había sido invadido por las fuerzas militares españolas desde 1812; y de los territorios de las provincias de la Nueva Granada que luego de declararse independientes también habían sido invadidas por nuevas fuerzas militares españolas a partir de 1814.

¹¹ Véase en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1961, pp. 191-195

¹² Véase el texto en copia del Acta de Independencia en: https://es.wikipedia.org/wiki/Acta_de_Independencia_de_Panam%C3%A1,

En cuanto al proceso de independencia de las provincias de la antigua Capitanía General de Venezuela, el mismo se inició a partir del 19 de abril de 1810,¹³ conducido exclusivamente por un conjunto de destacados próceres civiles que conforme a todos los principios de constitucionalismo moderno derivados de las revoluciones norteamericana y francesa establecieron las bases constitucionales del primer Estado independiente en la América Hispana.¹⁴ que fue establecido con la sanción de la Constitución Federal de las Provincias de Venezuela de 21 de diciembre de 1811¹⁵ por el Congreso General de las mismas, luego de haber adoptado una “Declaración de Derechos del Pueblo” con fecha 1 de julio de 1811;¹⁶ de haber declarado el 5 de julio del mismo año, formalmente, la Independencia de Venezuela;¹⁷ y de haber expedido un “Manifiesto al Mundo” de 30 de agosto de 1811 explicando las causas de la independencia.¹⁸ En la Provincias, conforme al forma federal, se sancionaron antes y después de la Constitución nacional, diversas Constituciones provinciales en las provincias de Mérida (1811), Trujillo (1811), y en particular, la Constitución Fundamental de la República de Barcelona Colombiana de 12 de enero de 1812, y la Constitución de la Provincia de Caracas de 30 de enero de 1812.¹⁹

Debe destacarse que la Constitución Federal de las Provincias Unidas de Venezuela de 21 de diciembre de 1811,²⁰ tuvo la virtud de haber sido no solo la primera Constitución republicana que se sancionó en toda Hispanoamérica incluso antes de la sanción de la Constitución de la Monarquía española de Cádiz de marzo

¹³ Véase el Acta de constitución de la Junta Suprema de Caracas del 19 de abril de 1811, en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 531-533.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El pensamiento constitucional de los próceres olvidados en el constitucionalismo de 1811. Historia de un libro extraordinario: Interesting Official Documents relating to the United Provinces of Venezuela, publicado por la República en Londres en 1812,” en Allan R. Brewer-Carías, Enrique Vilorio Vera y Asdrúbal Aguiar (Coordinadores), *La independencia y el Estado Constitucional en Venezuela: como obra de civiles (19 de abril de 1811, 5 de julio de 1811, 2 de diciembre de 1811)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales N° 2, Ediciones EJV International, Miami 2018, pp. 547-676. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “Los próceres civiles en la transición hacia la Independencia y la justificación de sus causas,” en el libro *El pensamiento político y jurídico de la Independencia* (Allan R. Brewer-Carías y Rafael Badell, Coordinadores), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2021, pp. 23 ss.

¹⁵ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 553-579.

¹⁶ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 549-551. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811 (Bicentenario de la Declaración de “Derechos del Pueblo” de 1º de julio de 1811 y de la “Declaración de Derechos del Hombre” contenida en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811)*, (Prólogo de Román José Duque Corredor), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011

¹⁷ Véase el texto de las sesiones del 5 de julio de 1811 en *Libro de Actas... cit.*, pp. 171 a 202. Véase el texto Acta de la Declaración de la Independencia, en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, cit., Tomo I, pp. 545-548.

¹⁸ Véase el texto de todos estos documentos constitucionales en el libro: *Interesting Official Documents Relating to the United Provinces of Venezuela*, W. Glidon, Rupert-Street, Haymarket, para Longman and Co. Paternoster-Row; Durlau, Soho-Square; Hartding, St. James’s Street; y W. Mason, No. 6, Holywell Street, Strand, &c. &c., London 1812 (edición oficial del gobierno de Venezuela, en edición bilingüe, en castellano y en inglés). Véase la reimpresión en Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Documentos Constitucionales de la Independencia (Interesting Documents Relating to the United Provinces of Venezuela 1812)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.

¹⁹ Véase sobre esta Constitución provincial, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2012.

²⁰ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 553-579.

de 1812,²¹ sino que, considerando que la Constitución de Haití de 1804 no fue republicana sino imperial, fue la tercera Constitución republicana del mundo moderno luego de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1789 y de la Constitución de la República Francesa de 1791.²²

En todo caso, la reacción de la Corona española contra aquéllos actos de independencia, los primeros en la América española que habían dado origen al surgimiento de un nuevo Estado, fue la declaración por parte del Consejo de Regencia del estado de riguroso bloqueo a la Provincia de Caracas, por haber sus habitantes “Cometido el desacato de declararse independientes de la metrópoli, y creando una junta de gobierno para ejercer la pretendida autoridad independiente,”²³ autorizándose la invasión de las provincias desde Puerto Rico, por las fuerzas militares allí establecidas para ese efecto, a partir de enero de 1812.²⁴

VII

En el caso de las provincias del antiguo Virreynato de la Nueva Granada, el proceso de independencia comenzó en la Provincia de Cundinamarca a partir del 20 de julio de 1810, igualmente a cargo de próceres civiles,²⁵ habiéndose convocado igualmente un Congreso General de las provincias que debió haber elaborado una “Constitución de Gobierno sobre bases de libertad e independencia respectiva de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo.” El Congreso, sin embargo, solo adoptó una “Acta de la Federación” de 27 de noviembre de 1811, formando el Estado de las “Provincias Unidas de la Nueva Granada,”²⁶ en el cual, sin haberse sancionado Constitución nacional alguna, sin embargo, si se sancionaron diversas Constituciones provinciales, como la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro de 15 de agosto de 1810, la Constitución (Monárquica) de Cundinamarca de 30 de marzo de 1811, la Constitución de la República de Tunja de 9 de diciembre de 1811, la Constitución del Estado de Antioquia de 21 de marzo de 1812, y la Constitución del Estado de Cartagena de Indias

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el constitucionalismo hispano-americano pre-gaditano 1811-1812*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Charles Brewer Maucó, sobre Historia del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, No. 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, 432 pp.

²² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución norte-americana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008. La Constitución de Haití de 1804 fue una Constitución Imperial.

²³ Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para la historia de la vida pública del Libertador*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1983, Tomo II, p. 571.

²⁴ El bloqueo lo ejecutó el Comisionado Regio Cortabarría desde Puerto Rico, a partir del 21 de enero de 1811, Cfr. en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para la historia ...*, op. cit., Tomo III, p. 8; Caracciolo Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Academia de la Historia, Caracas 1959,, Tomo I, p. 484.

²⁵ Véase Mauricio Alfredo Plazas Vega, *Las ideas políticas de la independencia y la emancipación en la Nueva Granada*, Editorial Temis, Bogotá 2019, pp. 216 ss

²⁶ Véase el texto en el libro *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830*, Academia Nacional de la Historia, Tomo IV, Caracas 1961, pp. 148-156.

de 15 de junio de 1812, y posteriormente, las Constituciones de Popayán (1814), de Pamplona (1815), de Mariquita (1815) y de Neiva (1815).²⁷

Igualmente, contra estos actos de independencia de las provincias de la Nueva Granada, sumados a los de las provincias de Venezuela, la Corona española reaccionó enviando a América en 1814 lo que sería la mayor expedición armada hacia América, compuesta por 15.000 hombres al mando del Mariscal de Campo Pablo Morillo, para pacificar a las Provincias de Venezuela.²⁸

La consecuencia, igualmente fue que en las provincias de Nueva Granada, como lo expresó Pilar Moreno de Ángel, para 1819 “habían dejado de existir como organización geopolítica y podría decirse que su estructura tan solo se mantenía en la mente del oficial granadino Francisco de Paula Santander.”²⁹ Y es que, en efecto, ya para septiembre de 1816, cuando Santander (quién desde 1813, en Cúcuta, se había incorporado al ejército libertador comandado por Bolívar), fue designado por el mismo Bolívar para comandar el ejército en Casanare, todo el territorio de las provincias de la Nueva Granada estaba ocupado por las fuerzas españolas, con excepción del territorio de los Llanos en el cual, además, ejercía autoridad militar José Antonio Páez desde las Provincias de Apure y Barinas. Por ello, desde Casanare, Santander le escribió a Páez expresándole su preocupación por el proceso de liberación de la Nueva Granada que se estaba haciendo desde Venezuela, rechazando toda idea de que las provincias de la Nueva Granada pasasen a formar parte de Venezuela, planteándole más bien la idea de “formar con su acuerdo la gran nación Granadina Venezolana.”³⁰

VIII

Ahora bien, con motivo de la invasión de las fuerzas militares a Venezuela desde Puerto Rico, al comando del Capitán Domingo de Monteverde a comienzos de 1812, la recién creada República de Venezuela fuera arrasada militar y políticamente, razón por la cual el Congreso de la Nueva Granada en 1813 encomendó a Simón Bolívar, quien había llegado a Cartagena de Indias en octubre de 1812 luego de salir de Venezuela con salvoconducto otorgado por el invasor Domingo de Monteverde, la tarea militar de liberar a las provincias de Venezuela del yugo español. Con ello Bolívar dio inicio a la Campaña Admirable que lo llevó hasta Caracas en 1814, luego de liberar todas las provincias andinas y de los llanos centrales.

Durante sus campañas militares, el pensamiento constitucional del Libertador se fue conformando partiendo de su famoso Manifiesto de Cartagena de 15 de diciembre de 1812 dirigido al Congreso de las Provincias Unidas de Nueva Granada, buscando siempre la necesidad de organizar al Estado de Venezuela con rasgos de gobierno civil, lo

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el constitucionalismo hispano-americano pre-gaditano 1811-1812*, op. cit., pp. 87-155

²⁸ Véase José Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo primero, Obras Completas, Caracas, 1953, p. 237.

²⁹ Véase Pilar Moreno de Ángel, *Santander*, Editorial Planeta Colombiana, Bogotá 2019, p. 357.

³⁰ Véase Pilar Moreno de Ángel, *Santander*, op. cit., p. 359.

que finalmente se propuso hacer en Angostura en 1817, luego de liberar a la provincia de Guayana.

Allí, Bolívar, en su carácter de Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de los Ejércitos de Venezuela y de la Nueva Granada, dictó varios actos constitucionales o decretos de reorganización del Estado de Venezuela, procediendo a convocar el segundo Congreso General de las provincias de Venezuela, el cual el 11 de agosto de 1819, sancionó la segunda Constitución nacional moderna en la América Hispana; igualmente redactada bajo la influencia del constitucionalismo francés y norteamericano,³¹ y del texto de la Constitución Federal de 1811, excepto por lo que se refiere a los principios federales.

IX

Bolívar, mientras se discutía la Constitución por el Congreso general, comandaba las fuerzas militares independentistas en la Nueva Granada, y después de haber triunfado en las batallas de Pantano de Vargas y de Boyacá que tuvieron lugar en julio y agosto de 1819, cuatro meses después de sancionada la Constitución de Angostura compareció ante el Congreso de Angostura, proponiendo la unión de las provincias de Venezuela y Nueva Granada. Días después, el Congreso materializó la propuesta mediante la sanción de la Ley Fundamental de la República de Colombia de 17 de diciembre de 1819, que modificó la propia Constitución de Angostura, disponiendo que “las Repúblicas de Venezuela y la Nueva Granada quedan desde este día reunidas en una sola bajo el título glorioso de República de Colombia” (art. 1), siendo su territorio “el que compendian la antigua Capitanía General de Venezuela y el Virreinato del Nuevo Reino de Granada” (art. 2).³²

Es decir, “Colombia” nació en Venezuela con esta Ley Fundamental, lo que llevó a Francisco Antonio Zea, diputado en el Congreso de Angostura de Venezuela, primero por Caracas y luego por Casanare, y Presidente del mismo, a expresar con todo dramatismo:

“La República de Colombia queda constituida. ¡Viva la República de Colombia!”

Por supuesto, no se trataba del territorio de la República de Colombia actual, la cual a partir de 1832 se denominó oficialmente como “Estado de la Nueva Granada” y que solo adoptó el nombre de “Colombia” treinta años después, a partir de 1863, mediante la Constitución de los Estados Unidos de Colombia,³³ sino de otro Estado producto de la Unión de las provincias de Venezuela y Nueva Granada conforme a la propuesta de Simón Bolívar.

Se trataba, en efecto, de la materialización de la idea concebida por el Libertador desde 1815, expresada en su conocida Carta de Jamaica, en la cual vaticinó que “la

³¹ Véase Carlos Restrepo Piedrahita, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993, p. 354.

³² Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 645-646

³³ Véase el texto en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2212/12.pdf>

Nueva Granada se unirá con Venezuela” y “esta nación se llamaría Colombia como un tributo de justicia y gratitud al creador de nuestro hemisferio.”³⁴

Esa fue la nueva “República de Colombia” decretada en dicha Ley Fundamental del 17 de diciembre de 1819, que dividió su territorio:

“en tres grandes departamentos: *Venezuela, Quito y Cundinamarca*, que comprenderá las provincias de la Nueva Granada, cuyo nombre queda desde hoy suprimido” (art. 5).

Con la Ley Fundamental de 1819, por tanto, se suprimió la denominación histórica de Nueva Granada que tenían las provincias que habían constituido el antiguo Virreinato de Nueva Granada, (denominación que se restableció en 1832 al disolverse la República de Colombia creada en 1819), indicándose además que las capitales de los tres departamentos serían, respectivamente, “las ciudades de Caracas, Quito y Bogotá,” en este último caso, como se indicó en la propia Ley “quitada la adición de Santa Fe” (art. 5).

X

Sancionada la Ley constitucional de 1819, en su propio texto, el mismo Congreso de Angostura dispuso que entraría en receso al mes siguiente, el 15 de enero de 1820 (art. 11), previendo que el Presidente de la República, Simón Bolívar, convocaría el Congreso General de Colombia el 1 de enero de 1820 para que se instalara el 1º de enero de 1821 “en la villa del Rosario de Cúcuta que por todas las circunstancias se considera el lugar más bien proporcionado” (art. 8). El Congreso nombró como Presidente y Vicepresidente de la nueva República de Colombia, al Libertador Simón Bolívar y a Francisco Antonio Zea, respectivamente, y para el gobierno de los Departamentos a Francisco de Paula Santander como Vicepresidente de Cundinamarca, y a Juan Germán Roscio como Vicepresidente de Venezuela.

Instalado el “Congreso de Cúcuta,” para no estar ligado a la “Ley Fundamental de la República de Colombia” de 17 de diciembre de 1819 que había sido adoptada en el Congreso de Venezuela (de Angostura) sin representación de las provincias de Nueva Granada, el nuevo Congreso, integrado ya con representantes tanto de las Provincias de Venezuela como de Cundinamarca, sancionó su propia “Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia” de 12 de julio de 1821,³⁵ expresando que sería “el presente Congreso el que formará la Constitución de la República” (art. 7). A dicha Ley le puso el ejecútese Francisco de Paula Santander, Vicepresidente de Cundinamarca, el 12 de febrero de 1820, para ser cumplida “en las Provincias conocidas con el nombre de Nueva Granada.”³⁶

³⁴ Véase Simón Bolívar, Carta de Jamaica (1815), Edic. UNAM, Centro de Estudios Latinoamericanos, Facultad de Filosofía y Letras, México. p 27. En la misma Carta, y en el mismo sentido Bolívar utilizó la expresión: “Colombia libre,” p. 32.

³⁵ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, Las Constituciones de Venezuela, op. cit., Tomo I, pp. 645-646.

³⁶ Véase la referencia al decreto en Pilar Moreno de Ángel, Santander, op. cit., p. 363.

Mientras seguía la guerra en las provincias de Venezuela, cuya liberación selló Bolívar con la batalla de Carabobo de 24 de junio de 1821, el Congreso de Cúcuta sancionó unos meses después la Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821,³⁷ eligiendo el Congreso, el 7 de septiembre de 1821, al Libertador Simón Bolívar como Presidente de la República de Colombia y a Francisco de Paula Santander como Vicepresidente. Al mes siguiente, el 8 de octubre de 1821 Bolívar asumió con facultades extraordinarias el comando del Ejército para iniciar la campana hacia el Sur, autorizando a Santander a ejercer el Poder Ejecutivo.

Las dos Constituciones nacionales que antes se habían sancionado en la América hispana, la de la Federación de las Provincias de Venezuela de 1811 y la de Angostura de 1819, sin duda sirvieron de antecedentes para los constituyentes de 1821, particularmente el texto de la Constitución de Angostura de 1819 producto de la concepción constitucional del propio Libertador, quien fue el convocante de dicho Congreso. A las normas de dicha Constitución y al pensamiento de Bolívar se acudió con frecuencia en los debates del Congreso de Cúcuta, compuesto en su mayoría por diputados neogranadinos, donde además se manifestaron, por supuesto, muchas reservas generadas también sobre las normas de la Constitución de Angostura, por la impronta que había dejado en ellas el carácter autoritario y militar del pensamiento del Libertador.³⁸

XI

Con la Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821, de Cúcuta, se reconstituyó entonces en la América hispana el Estado independiente que se había originado en las provincias de Venezuela en 1811, estableciéndose entonces como “República de Colombia” al reunirse en un solo Estado, a través de la misma, a las provincias de Venezuela y de Nueva Granada, a costa, entre otros factores, de la desaparición del Estado de Venezuela que era el único que preexistía como tal, cuyos territorios pasaron a formar tres departamentos (*Orinoco, Venezuela, Zulia*) de los siete (1821)³⁹ que conformaban la República de Colombia, y luego, cuatro departamentos (*Orinoco, Venezuela, Apure, Zulia*) de los doce (1824) que formaron el territorio de la nueva República al integrarse a la misma además de las provincias liberadas e independizadas de Venezuela y de la Nueva Granada, las de Ecuador y Panamá.⁴⁰ Este fue uno de los aspectos más significativos de la Constitución, si se la compara con las previsiones de las anteriores, en particular, con las de la Constitución de Angostura de 1819.

La Constitución de 1821, conforme a las mismas pautas que ya se habían fijado en el proceso constituyente de Caracas de 1811 y de Angostura de 1819, siguió básicamente

³⁷ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 647-665.

³⁸ Véase Carlos Restrepo Piedrahita, *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, op. cit., pp. 311, 379, 381, 385, 389, 390.

³⁹ Véase la ley de 2 de octubre de 1821 sobre división territorial de la República, en Véase en el libro *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1961, pp. 76-81. (Reedición de la obra publicada en 1840, imprenta de Valentín Espinal).

⁴⁰ Véase la Ley de 25 de junio de 1824 sobre división territorial de la República, en *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827*, op. cit., pp. 191-195.

las mismas líneas del constitucionalismo pre gaditano anterior, caracterizado por los siguientes elementos:

Primero, por la ratificación de la declaración de independencia respecto de la Monarquía española y del principio de la soberanía popular (arts. 1 y 2);

Segundo, por el establecimiento de un gobierno popular representativo (art. 9) dándose la condición de elector a los ciudadanos en general, sin seguirse la división que estaba en la Constitución de 1819 (ciudadanos activos y pasivos), limitándose el ejercicio de la soberanía por el pueblo solo mediante elecciones (art. 10); a cuyo efecto se reguló un sistema de elección indirecta con regulación detallada de las elecciones en las asambleas parroquiales y electorales y la forma de escrutinio para la elección de electores por los cabildos (arts. 12 a 39); las elecciones por éstos reunidos en asambleas electorales para elegir (art 34) a los Senadores (art. 93 a 96) y a los Representantes (arts. 84 a 92) al Congreso (arts. 71 a 83), y al Presidente y Vice-Presidente de la República (arts. 106 a 112).

Tercero, por la organización del Estado conforme al principio de la separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial (art. 11), regulándose detalladamente al Poder Legislativo a cargo del Congreso dividido en dos Cámaras, el Senado y la de representantes (arts. 40 a 104); al Poder Ejecutivo a cargo del Presidente de la República de Colombia (art. 105-132), y de un Consejo de Gobierno (art. 133-135) y los Secretarios del despacho (art. 136-139); y al Poder Judicial a cargo de la Alta Corte de Justicia (arts. 140-146) y las demás Cortes Superiores y Juzgados inferiores (art. 147-149).

Cuarto, que fue lo realmente innovador de la Constitución, por la organización territorial o interior de la República, cuyo territorio fue “el mismo que comprendían el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela” (art. 6), con un sistema de gobierno altamente centralizado que quedó dividido (art. 8) en Departamentos, al mando cada uno de un Intendente, nombrado por el Presidente de la República (art. 152), y sujeto al mismo “de quien será el Agente natural e inmediato” (art 151); los Departamentos se dividieron en Provincias al mando, cada una, de un Gobernador que estaba subordinado al respectivo Intendente del Departamento (art 153); y las Provincias se dividieron en Cantones, donde se decretó que subsistían los cabildos o Municipalidades (art. 155); y los Cantones se dividieron en Parroquias (art. 8).

Al mes siguiente de sancionada la Constitución, en la “Ley sobre la organización y régimen político de los departamentos, provincias y cantones en que se divide la República” de 2 de octubre de 1821, se dispuso la división del territorio de la misma en siete departamentos: *Orinoco, Venezuela, Zulia, Boyacá, Cundinamarca, Cauca, y Magdalena*.⁴¹ Y posteriormente después de la integración a la República del Istmo de Panamá en 1821 y de la liberación de Quito en 1822, el Congreso sancionó la Ley sobre división territorial de la República de 25 junio de 1824, dispuso la división del

⁴¹ Véase en Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827, op. cit., pp. 76-77

territorio de la misma en doce departamentos: *Orinoco, Venezuela, Apure, Zulia, Boyacá, Cundinamarca, Magdalena, Cauca, Istmo, Ecuador, Asuay, y Guayaquil*.⁴²

Y *quinto*, en unas “Disposiciones Generales” contentivas de la declaración de derechos y libertades de los colombianos (que se identificaron en los arts. 4, 5), de los ciudadanos y en general de los hombres (arts. 156 a 190), incluyendo los extranjeros (art. 183).

XII

A ese estado de la República de Colombia, creado en diciembre de 1819 y constitucionalizado en agosto de 1821, fue al que los constituyentes del Estado de la parte española de la Isla de Haití, una vez declarada la Independencia del Pueblo Dominicano el 1 en diciembre de 1821, quisieron incorporarlo enviando un representante para tratar los asuntos de gobierno con Simón Bolívar, Presidente de la República de Colombia.

Ello, por supuesto, no fue posible, no sólo porque la entrevista de gobierno no fue posible por encontrarse Bolívar en Popayán, sino porque cuando éste tuvo conocimiento indirecto de la independencia de la parte española de Haití, el 9 de febrero de 1822, ese mismo día el Presidente de Haití, Boyer estaba invadiendo el territorio del nuevo Estado, el cual quedó anexado a la República de Haití.

En todo caso, lo cierto es que no hubiera sido posible que se produjera lo que se había resuelto en el artículo 4 del Acta de que la parte española entraría “*en alianza con la República de Colombia,*” para “*entrar a componer uno de los Estados de la Unión*” de una “Confederación” que no existía, no pudiendo materializarse lo que se indicó en el artículo 5, de que dicha parte española de la isla se “*adheriría a la unión de los Estados que actualmente componen, o en adelante compusieren la República de Colombia.*”

Como se ha dicho, la República de Colombia creada en 1819 y constitucionalizada en 1821, se configuró como un Estado unitario centralizado. Ni era una Confederación de Estados, ni era siquiera un Estado federal, razón por la cual la fórmula ideada por Núñez de Cáceres era inviable.

Madrid, junio 2021.

⁴² Véase la Ley de 25 de junio de 1824 sobre división territorial de la República, en Cuerpo de Leyes de la República de Colombia 1821-1827, op. cit., pp. 191-195

La primera impresión de este libro se
realizó
en el mes de agosto de 2022
en los talleres gráficos de
Editora Jurídica Internacional EJI, S. R.
L. Tel.: (809) 412-8616
Santo Domingo, Rep. Dom.

