

MIS ESTUDIOS EN LA  
**Revista de  
Administración Pública**  
(1964-2022)



EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

**ALLAN R. BREWER-CARÍAS**

Profesor Emérito  
Universidad Central de Venezuela

PRESENTACIÓN POR  
**TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ**  
Catedrático de la Universidad  
Complutense de Madrid

Caracas, 2023

Colección Biblioteca  
**Allan R. Brewer-Carías**,  
Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la Universidad  
Católica Andrés Bello N° 16



MIS ESTUDIOS EN LA *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*  
(1964-2022)



Allan R. BREWER-CARÍAS

*Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela*

**Mis estudios en la  
*Revista de Administración Pública*  
(1964-2022)**

Presentación por:

Tomás Ramón FERNÁNDEZ

*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

*Director de la Revista de Administración Pública*

*Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías,  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la  
Universidad Católica Andrés Bello N° 16*

 **editorial jurídica venezolana**

Caracas, 2023

Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello

1. Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista. América Latina: debates sobre la democracia*. 80 años de Dieter Nohlen, Coloquio Iberoamericano N° 200, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 11 septiembre 2019, (Prólogo: Armin von Bogdandy), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 322.
2. Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje tributario nacional e internacional* (Prólogo: Allan R. Brewer-Carías), Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 168.
3. Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 262.
4. José Ignacio Hernández, *Aspectos jurídicos de la crisis humanitaria de migrantes y refugiados en Venezuela. Documentos fundamentales*, Editorial Jurídica Venezolana, 2021, pp. 220.
5. Carlos Reverón Boulton, *Derechos humanos en la literatura y cine venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana Caracas 2021, 434 pp.
6. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante las Academias de América Latina. Sobre historia, derecho y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 378 pp.
7. Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 612 pp.
8. Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre el Estado Comunal o Estado del Poder Popular*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 528 pp.
9. Allan R. Brewer-Carías, *La muerte de una Constitución*. La experiencia del proceso constituyente de Venezuela de 1999, es encadenado por unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999 (Con trabajos de Eduardo Jorge Prats, Alessandro Pace, Georges Liet-Vaux, y de Juan Manuel Raffalli, Ramón Guillermo Avelado, Víctor Hernández Mendible, Carlos Luis Carrillo Artiles, Ricardo Antela Garrido, Lolymar Hernández Camargo, Michael Núñez Torres y Rafael Estrada Michel, Jaime Grimaldo Lorent, Ricardo Combellas, Jesús María Casal H., Tulio A. Álvarez, Eduardo Piacenza, Carlos García Soto, Gustavo Grau Fortoul, José Ignacio Hernández y Miguel J. Mónaco), Caracas 2021, 690 pp.
10. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Sobre proceso político y constitucionalismo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 614 pp.

11. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante las Academias españolas. Sobre de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre historia y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 238 pp.
12. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre derecho e historia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 444 pp.
13. Allan R. Brewer-Carías, *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, 642 pp. 6.
14. Allan R. Brewer-Carías, *Proyectos de Ley en materias de derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, 1.190 pp.
15. Allan R. Brewer-Carías, *Arbitraje en el Sector Público y Arbitraje Internacional de Inversión*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2023, 560 pp.
16. Allan R. Brewer-Carías, *Mis estudios en la Revista de Administración Pública (1964-2022)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2023, 400 pp.

© Allan R. Brewer-Carías

ISBN: 979-8-88895-776-9

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4,

Sabana Grande, Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono (58) 212-762.3842/ Fax. (58) 212-763.52.39

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

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: [ejvinternational@gmail.com](mailto:ejvinternational@gmail.com)

Portada: Alexander Cano

Diagramación, composición y montaje

por: Mirna Pinto, en letra Time New Roman, 11,5

Interlineado exacto 12, Mancha 19 x 12,5



Con Eduardo García de Enterría en la reunión de Profesores de su Escuela Zamora, España. 4 de junio de 2011



*A la memoria de mi querido y recordado amigo  
el profesor Eduardo García de Enterría,  
de cuya mano llegué tanto a las páginas  
de la “magnífica aventura”  
que fue, ha sido y sigue siendo  
la Revista de Administración Pública,  
como a mi relación y amistad con los profesores  
españoles de derecho administrativo.*



## CONTENIDO GENERAL

<b>PRESENTACION por Tomás Ramón FERNÁNDEZ .....</b>	<b>13</b>
<b>NOTA DEL AUTOR .....</b>	<b>17</b>
<b>1. HOMENAJE A EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA: LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FRENTE AL PODER DE LA ADMINISTRACION .....</b>	<b>23</b>
<b>2. CONSIDERACIONES SOBRE LA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO VENEZOLANO .....</b>	<b>35</b>
<b>3. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO: EL CASO DE VENEZUELA.....</b>	<b>69</b>
<b>4. INSTRUCCIÓN SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA.....</b>	<b>105</b>
<b>5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES EN EL DERECHO VENEZOLANO .....</b>	<b>133</b>
<b>6. ASPECTOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL EN VENEZUELA.....</b>	<b>165</b>
<b>7. EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA.....</b>	<b>181</b>
<b>8. “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)” .....</b>	<b>199</b>
<b>9. “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 .....</b>	<b>241</b>

10. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA CAUTELAR EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE LA ORDEN EJECUTIVA SOBRE ASUNTOS DE INMIGRACIÓN DE 27 DE ENERO DE 2017 .....	263
11. EL JUEZ CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA DECLARANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA POR EL PODER EJECUTIVO DEL TRATADO DE ROMA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, AL HABER SIDO ADOPTADA SIN LA APROBACIÓN PREVIA DEL PARLAMENTO.....	297
12. DICTAMEN APROBADO POR EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU EN 18 DE OCTUBRE DE 2021. (CASO ALLAN BREWER-CARÍAS v. VENEZUELA).....	311
13. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA <i>HIGH COURT OF JUSTICE. BUSSINES AND PROPERTY COURTS OF ENLAND AND WALES. COMMERCIAL COURT (QBD)</i> , DEL DÍA 29 DE JULIO DE 2022, EN EL CASO <i>DEL ORO VENEZOLANO DE LONDRES</i> , MEDIANTE LA CUAL NEGÓ EL RECONOCIMIENTO EN EL REINO UNIDO DE SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPRE-MO DE JUSTICIA DE VENEZUELA .....	337

APENDICE:

DOS NOTAS SOBRE EL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA

I. SOBRE LA RELACION DE GARCÍA DE ENTERRÍA Y VENEZUELA .....	361
SOBRE LA INFLUENCIA DE GARCÍA DE ENTERRÍA EN VENEZUELA, LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO, Y EL ABUSO JURISPRUDENCIAL EN LA CITA DE SU OBRA .....	369

## PRESENTACIÓN

**Tomás-Ramón FERNÁNDEZ**

**Director de la *Revista de Administración Pública***

1. Una vez más cumplo con sumo agrado la tarea de presentar al público un libro de mi fraternal amigo Allan Randolph Brewer Carias. Tengo esta vez para hacerlo un título adicional al de la amistad que pregonó que justifica la reincidencia, mi condición de Director de la *Revista de Administración Pública* desde hace diez años.

Digo esto porque lo que, en realidad, da unidad y sentido a este nuevo libro es, justamente, la reunión de todos los escritos que el autor ha publicado en la *Revista* a lo largo de su dilatada y brillante trayectoria académica desde aquel primer trabajo que apareció en el número 43, correspondiente al periodo enero-abril de 1964, hasta los dos últimos, que figuran incluidos en los números 217 y 219, ambos del pasado año 2022.

En cierto modo, por lo tanto, el libro tiene mucho de historia personal y también de homenaje a la *Revista* y a su fundador, Eduardo García de Enterría. Como él mismo cuenta en la nota que ha redactado a modo de introito, en 1963, fecha en la que estaba preparando su tesis doctoral, conocía ya íntegramente el contenido de la *Revista* y, a través de ella, conocía también a todos los autores españoles que estaban por entonces creando la moderna doctrina del Derecho Administrativo. Les conoció personalmente en un viaje que hizo ese mismo año a Madrid. De la entrevista que entonces mantuvo con García de Enterría saldría la invitación que éste le hizo para que enviara a la *Revista* algún trabajo suyo, que es, precisamente, el que se publicará poco después en el número 43. De ahí arranca su vinculación a la *Revista* y su amistad con “el maestro”, que es como le llamábamos todos, a cuya “escuela” se incorporaría participando año tras año puntualmente en nuestras habituales reuniones de los primeros días de junio con la compañía siempre de Beatriz.

Con lo que acabo de decir queda explicada mi afirmación anterior de que el libro tiene mucho que ver con la historia personal del autor y también lo que hay en él de homenaje a una *Revista* con la que ha mantenido a lo largo de sesenta años, ¡se dice pronto!, una relación tan estrecha. Del homenaje que el libro rinde a García de Enterría no hace falta decir nada, ya que el primero de

los trabajos que se incluyen en el volumen lleva por título precisamente ese: *Homenaje a Eduardo García de Enterría: la protección de los derechos frente al Poder de la Administración*.

El recordatorio de estos, ya lejanos, pero sin duda muy presentes, pasos del autor en el ámbito académico, me ha traído inevitablemente a la memoria los míos, que son estrictamente contemporáneos, ya que yo hice mi primera aparición en la *Revista* en ese mismo número 43 con una modesta recensión de un libro de Sabino Cassese, que refrendaría un año después con la publicación de un estudio en el número 46, el primero de 1965. Este estudio mío es el que nos permitiría conocernos mediante la lectura que él hizo del mismo y la que yo hice de otro trabajo suyo sobre el mismo tema en el que vi citado el mío. En 1977, que es cuando nos conocimos personalmente, hacía ya años, por lo tanto, que sabíamos el uno del otro.

2. Los trabajos reunidos en el libro no se limitan a dar fe de los inicios de la carrera de su autor. La dan, de hecho, de toda su vida y de su trayectoria personal, al menos a grandes trazos. No podía ser de otro modo dada la longitud del periodo que abarca, 1964-2022. Y también de su país, años atrás una democracia próspera, ahora hundida por una tiránica dictadura.

Hay, en efecto, seis trabajos que se refieren a aquella Venezuela temporalmente perdida cuyo Derecho el autor se esforzó en darnos a conocer. Otros tres, en cambio, se refieren a la ilegítima mutación constitucional de la Constitución Federal de 1999 producida por obra y gracia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que se puso voluntariamente al servicio del autoritarismo y a episodios concretos que constituyen otras tantas pruebas de sus penosas consecuencias y de la repulsa general del mundo civilizado.

Es particularmente destacable en este sentido el texto del dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 18 de octubre de 2021, que hizo justicia al autor al obligar al Estado venezolano a reparar íntegramente su derecho a las garantías del debido proceso, a ser juzgado por jueces independientes, a un recurso efectivo y a la presunción de inocencia. Quienes hacemos la *Revista de Administración Pública* nos sentimos muy satisfechos por haber podido incorporar a la colección, que tiene ya setenta y tres años de vida y 220 números, este documento que reivindica la figura de uno de sus más fieles colaboradores, injustamente perseguido por quienes han liquidado (interrumpido, más bien, aunque la interrupción se esté haciendo demasiado larga) la democracia en la República hermana. Teniéndolo aquí, en el número 217 de nuestra colección, ya no se perderá nunca, como suelen perderse muchas veces los libros o, al menos, la noticia de ellos, y será, por lo tanto, un testimonio permanente de la conducta intachable de un profesor de Derecho Administrativo que ha sabido certificar las ideas que ha profesado y profesa con los hechos y que, sin dejar en ningún momento de ser un profesor, no ha dejado de luchar y sigue luchando contra la dictadura que ha arruinado su país con el arma más noble que un intelectual puede esgrimir, con su pluma incisiva e incansable.

MIS ESTUDIOS EN LA *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* (1964-2022)

Bienvenido sea este libro que habla sin habérselo propuesto, bajo la modesta apariencia de una reunión de trabajos dispersos, de la libertad y de la firmeza de las convicciones democráticas de un universitario cabal, que los administrativistas españoles tenemos por uno más de nuestra pequeña comunidad y del que estamos muy orgullosos.

Madrid, mayo 2023





## NOTA DEL AUTOR

A pesar de que en la biblioteca del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, donde trabajé como Auxiliar de investigación durante 1960 a 1962, buscando bibliografía sobre el tema de contratos administrativos y de concesiones mineras alguna vez me tope con algunos ejemplares de la *Revista de Administración Pública*,<sup>1</sup> la verdad es que comencé a conocerla y tener contacto estrecho con ella durante los años 1962-1963, cuando estuve redactando mi tesis de doctorado sobre *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, mientras seguía en París los cursos de derecho administrativo que dictaban los profesores Marcel Waline, René Charlier y Charles Eisenmann.

Tenía entre mis libros casi todos los cuarenta números iniciales de la *Revista*, que fue la fuente bibliográfica más importante que tuve a mi disposición sobre el moderno derecho administrativo español, que en sus páginas comenzaba a manifestarse y a afianzarse.

Para comienzos de 1963 ya yo tenía bastante adelantada la redacción de mi tesis, con abundantes referencias a esa doctrina española, por lo que puede decirse que no solo que me conocía la *Revista de Administración Pública* íntegramente, sino que, además, conocía a través de sus escritos, a materialmente todos los autores españoles que estaban creando esa doctrina moderna del derecho administrativo.<sup>2</sup>

Como había estudiado, trabajado y citado sus artículos, ello me motivó, al visitar Madrid por breves días durante las primeras semanas de abril de 1963, a hacer lo que usualmente no hace un joven estudiante de doctorado de 23 años que llega a una ciudad por primera vez, y fue buscar la guía o libreto telefónico, y ubicar y llamar a los profesores españoles que estaban en Madrid, y a quienes no conocía sino por sus trabajos.

---

<sup>1</sup> Recuerdo, por ejemplo, haber consultado en los primeros números de la *Revista*, artículos de Villar Palasí, García de Enterría, Flamme, Boquera Oliver y Entrena Cuesta.

<sup>2</sup> En las citas al pie de página de mi Tesis, ya estaban las referencias a los trabajos de: Legaz y Lacambra, Gascón Hernández, Gómez Acebo, Ortíz Días, Clavero Arévalo, Garrido Falla, S. Martín Retortillo, Rodríguez Moro, Villar Palasí, Serrano Guirado, González Pérez, Entrena Cuesta, García de Enterría, Boquera Oliver, López Rodó, Guaita, Royo Villanova, Tena Ibarra Moro Serrano y Pérez Olea.

Nada tenía que perder y, en cambio, mucho que ganar, siendo el riesgo simplemente que no me atendieran. Pero resultó todo lo contrario. Para mi complacencia, en los pocos días que estuve en la ciudad me recibieron los profesores Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez y Fernando Garrido Falla. Todos muy amables y atentos, me oyeron, les hablé de mi tesis sobre *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo* conforme a la jurisprudencia venezolana, les expliqué sobre mis planes de regresar a Caracas para presentarla en la Universidad Central de Venezuela, donde comenzaría mi carrera docente en el Instituto de Derecho Público.

Desde entonces, con todos ellos desarrollé una estrecha amistad que se fue acrecentando con los años.

Recuerdo, en particular, mi encuentro con Eduardo García de Enterría, quien sabía era el Secretario de redacción de la *Revista*. Me citó a su Despacho en la Avenida General Mola, como entonces se llamada la actual Avenida Príncipe de Vergara hasta cuando cambió de denominación en 1981. Me llamó la atención su extrema sencillez, por lo que hablamos mucho y entre tantas cosas, de la *Revista* que dirigía desde su inicio.

Le di mi opinión sobre lo que ella había significado para el conocimiento del moderno derecho administrativo español, expresado por un lector extranjero, como era mi caso, y sobre la riqueza de su contenido y orientación. Me habló de su experiencia en el proceso de materialmente haber “creado” una *Revista* científica jurídica en un “desierto,” como una gran empresa vital que bien calificó como una “maravillosa aventura” que, en su momento, cuando aún era letrado de Consejo de Estado, asumió con todo entusiasmo, a pesar de todo el trabajo que ello significó y seguía significando.

La *Revista*, bajo la dirección de Eduardo García de Enterría y sus compañeros en el Consejo de Redacción en aquellos tiempos iniciales, hasta cuando se comenzó a establecer el régimen democrático en España a partir de 1975, fue el gran y fundamental semillero de una doctrina que bien se podría calificar como democrática del derecho administrativo, fundada en unas líneas de pensamiento y de investigación que condujeron, progresivamente, a la regulación del procedimiento administrativo, al afianzamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, a la búsqueda de la interdicción de la arbitrariedad y en general, a la reducción de las inmunidades de poder, y al establecimiento de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, principios todos que se incorporaron en la Constitución de 1978.

Tales propósitos subyacieron en la conducción de la *Revista*, tarea que de por sí no es nada fácil, y para lo cual se requiere, por, sobre todo, un compromiso vital personal de sacarla a toda costa, a pesar de todo los inconvenientes, con visión de continuidad, como le imprimió García de Enterría y su equipo a la *Revista*.

Por ello, mucho aprendí, sin que Eduardo lo supiera, de sus enseñanzas en esa tarea, al asumir yo una similar en Venezuela, unos años después, en 1980 al fundar la *Revista de Derecho Público*, que hoy sigue saliendo. Una diferencia sustancial, en todo caso, hay entre las dos “maravillosas aventuras.” La *Revista de Administración Pública* contó siempre con el apoyo del Instituto de Estudios Políticos y ahora, del Centro de Estudios Constitucionales; en cambio, la *Revista de Derecho Público* solo ha contado con el apoyo personal de quienes han trabajado conmigo, en torno a la Fundación Editorial Jurídica Venezolana.

Una de las cosas que aprendí de Eduardo fue que es tarea del Director de una *Revista*, no solo se reduce a recibir propuestas de trabajos para considerar su publicación, lo que ocurre sobre todo cuando la *Revista* ya está madura y los autores buscan publicar en ella; sino buscar y solicitar de los especialistas que preparen estudios y trabajos para la *Revista*. Sin esa labor activa, difícilmente una *Revista* puede afianzarse, y así lo capté cuando me reuní en ese día de abril de 1963 con Eduardo García de Enterría, al requerirme, él mismo, que le enviara un artículo con parte de lo que ya tenía escrito para mi tesis. Había captado todo el trabajo que había estado haciendo en París, entendió el alcance del mismo y de entrada me pidió colaboración para la *Revista*, y ello originó el primer estudio mío publicado en la misma, sobre “**Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano,**” publicado, solo unos meses después de nuestra entrevista, en el No. 43, de enero-abril de 1964, que por otra parte resultó ser el primer estudio de un profesor latinoamericano que se publicó en la *Revista*.

Y así fue que llegué a la *Revista de Administración Pública*, de la mano de su Director, Eduardo García de Enterría, quien años después propondría mi incorporación en el Consejo Asesor.

Desde aquél encuentro de 1963 tuve el privilegio de haber regresado materialmente cada año a Madrid, en actividades académicas, lo que me permitió entrar en contacto progresivo con sus colaboradores inmediatos, con quienes desarrollé una estrecha amistad, entre quienes recuerdo, comenzando por los primeros, a Alejandro Nieto, José Ramón Parada Vázquez, Ramón Martín Mateo y Sebastián Martín Retortillo, y luego sucesivamente a Lorenzo Martín Retortillo, Fernando Sainz Moreno, Enrique Rivero Isern, José Bermejo Vera, Eduardo Roca Roca, Luis Cosculluela, Tomás Ramón Fernández, Francisco Sosa Wagner, Juan Santamaria Pastor, Luciano Parejo Alfonso, Enrique Gómez Reino, Luis Martín Rebollo, Joaquín Tornos, Germán Fernández Farreres, Santiago Muñoz Machado, Manuel Ballbé, Rafael Gómez Ferrer, Fernando López Ramón, Blanca Lozano, Ricardo Rivero Ortega, Carmen Chinchilla y Silvia del Saz; y más importante aún, me incorporaría a su Escuela, habiendo tenido yo el privilegio de haberlos acompañado a todos, junto con Beatriz, en las gratas reuniones anuales que a comienzos de junio siempre organizaban bajo la entusiasta atención de la muy querida Amparo.

Además de aquel trabajo inicial que salió publicado en la *Revista* en 1964, y del texto sobre **“La protección de los derechos frente al poder de la Administración**, que fueron las Palabras que di en el acto de presentación de la obra *La Protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,*” Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá - Caracas 2014, en el Consejo de Estado, Madrid, 20 de enero de 2015, publicado en el No. 196 de la *Revista* de 2015 que se incluye al inicio de este libro que se publica en homenaje a Eduardo García de Enterría, en el año de su centenario, han salido publicados en la *Revista* los siguientes otros estudios, que se incluyen en este libro: el estudio sobre **“La transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo: el caso de Venezuela**, que se publicó en el No. 58 de 1969, y que sirvió de pórtico de reflexión para mis trabajos posteriores en la presidencia de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la república de Venezuela; el texto de la **“Instrucción presidencial sobre la reforma administrativa en Venezuela,**” que elaboré en mi condición de Presidente de la antes mencionada Comisión y que emitió el Presidente de la república como guía para todo el proceso de reforma administrativa que se inicio entonces en el país, que se publicó en el No. 62 de 1970; el estudio sobre **“Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano,**” que fue uno de los primeros estudios referidos al tema de la justicia constitucional en Venezuela en el marco de la Constitución de 1961, publicado en el No. 76 de 1975; el estudio sobre **“Aspectos del control parlamentario sobre la Administración Pública Nacional en Venezuela,**” referido, de nuevo, al tema central del control del poder como garantía democrática en el marco de la separación de poderes, publicado en el N° 92, de 1980; el estudio sobre **“El concepto del derecho administrativo en Venezuela,**” que explicaba la doctrina moderna del derecho administrativo en un Estado democrático como el que existió en el país, hasta 1999, publicado en el N° 100-102, de 1983; el estudio sobre **“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),**” que fue el resultado de las notas que preparé para mi exposición en el Seminario del profesor Eduardo García de Enterría, Departamento de Público y Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1 de abril de 2009, ya cuando el autoritarismo se había apoderado del Estado y se había liquidado la democracia en Venezuela, publicado en el No. 180 de 2009. A esos estudios le siguieron otros trabajos escritos ya desde el exilio sobre tres sentencias emitidas por Tribunales Supremos en el Reino Unido, los Estados Unidos y Sudáfrica sobre **“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,**” publicado en el de 2017; sobre el **“Control de constitucionalidad y justicia cautelar en los Estados Unidos: el caso de la**

**Orden Ejecutiva sobre asuntos de inmigración de 27 de enero de 2017,** publicado en el No. 203 de, 2017; y sobre **“El juez constitucional de Sudáfrica declarando la inconstitucionalidad de la denuncia por el Poder Ejecutivo del Tratado de Roma sobre la Corte Penal Internacional, al haber sido adoptada sin la aprobación previa del parlamento,”** publicado en la *Revista* No. 205 de 2018. A esos trabajos le siguió el texto del **“Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 18 de octubre de 2021 (Caso Allan Brewer-Carías V. Venezuela),** condenando al Estado por la violación de mis derechos y garantías judiciales, publicado en *Revista* 217 de 2022; y el estudio sobre **“Comentarios sobre la sentencia de la High Court of Justice. Bussines And Property Courts of Enland and Wales. Commercial Court (Qbd), del día 29 de julio de 2022, en el Caso del Oro venezolano de Londres, mediante la cual negó el reconocimiento en el Reino Unido de sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”** por haber sido dictadas en violación a principios de justicia natural y al debido proceso, publicado en la *Revista* No. 219 de 2022.

Eduardo dirigió la *Revista* desde 1950 como Secretario de Redacción y luego, a partir de 1988, como Director, hasta su fallecimiento en 2013, período este último en el cual contó con la colaboración, como Secretarios de la *Revista*, de mis apreciados amigos Fernando Sainz Moreno hasta 1995 y de Carmen Chinchilla Marín. Desde 2013, Tomás Ramón Fernández, uno de sus más distinguidos discípulos y de mis mejores amigos en Madrid, asumió como Director la conducción de la *Revista*, contando igualmente con la colaboración como Secretaria de la misma de Carmen Chinchilla, quien luego, a partir de 2020, asumió la Dirección Ejecutiva de la *Revista* teniendo a Rafael Gómez-Ferrer Rincón desde 2019, como Secretario de la misma.

Todos le han dado la continuidad necesaria a esta magna empresa académica, la cual, sin duda, sigue siendo, para ellos, la misma “aventura maravillosa” que inició Eduardo García de Enterría, que trimestralmente llena de satisfacción a sus conductores al ver la *Revista* impresa, así sea “bajo demanda,” al ver sus esfuerzos recompensados. ¡¡Eso yo también lo siento cada vez que veo salir cada número de la *Revista de Derecho Público*!!

No puedo concluir esta Nota sin agradecer muy especialmente a mi querido amigo Tomás Ramón Fernández por el grande honor que me ha hecho de escribir la Presentación de este libro. El, no solo ha sido el sucesor de Eduardo García de Enterría en la dirección de la *Revista de Administración Pública*, lo que ha venido haciendo con maestría, sino que es el continuador de la obra del Maestro, al haber redactado, junto con él, en coautoría, el extraordinario *Curso de Derecho Administrativo* cuya primera edición apareció en 1974, y que tanto ha servido para solidificar la doctrina del derecho administrativo contemporáneo, no sólo en España sino en toda América Latina donde es estudiado y citado con mucha frecuencia, por autores y jueces.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Al poco tiempo de aparecer esa obra, como lo recuerda Tomás en su generosa y afectiva Presentación, tuvimos nuestro primer encuentro personal en Madrid en 1977, y desde entonces hemos conservado una estrecha amistad, que es lo que explica las palabras que ha plasmado en su Presentación.

Nueva York, mayo 2023

# 1.

## HOMENAJE A EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FRENTE AL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN

(Palabras en el acto de presentación de la obra  
*La Protección de los derechos frente al poder de la  
Administración. Libro Homenaje al Profesor Eduardo García  
de Enterría,*” Editorial Temis, Editorial Jurídica  
Venezolana, Bogotá - Caracas 2014, en el Consejo de  
Estado, Madrid, 20 de enero de 2015)

en *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, No. 196,  
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril 2015, pp. 367-  
377.\*

La semana pasada, justo antes de salir de Nueva York para venir a Madrid, recibí el No. 195 de la *Revista de Administración Pública* correspondiente al último trimestre del año pasado, 2014; *Revista* que como todos sabemos, Eduardo García de Enterría dirigió desde cuando la fundó junto con otros destacados profesores en 1950, en lo que fue, como el mismo lo dijo, una “magnífica aventura,”<sup>1</sup> sin duda, muy cuidada y querida por él, tanto como se puede querer a la propia niña de los ojos.

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-196-eneroabril-2015/la-proteccion-de-los-derechos-frente-al-poder-de-la-administracion-libro-homenaje-al-profesor-2>

<sup>1</sup> Véase las “Palabras del Profesor Eduardo García de Enterría sobre el Profesor Allan R. Brewer-Carías en el acto de presentación del libro *La Ciudad Ordenada*,” en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, en el cual se le confirió el título de *Miembro Honorario* de la Academia. Madrid 11 de junio de 2008.

Y ha sido precisamente en su memoria, y como reconocimiento a su obra y larga vida académica dedicada a la lucha por el derecho que hemos publicado esta obra colectiva sobre *La protección de los derechos frente al poder de la Administración* que hoy presentamos en España.

El lugar para este acto, en esta sede del Consejo de Estado, quizás no pudo ser mejor escogido por nuestro querido amigo Luciano Parejo Afonso, pues fue aquí dónde como Letrado, desde 1947 desde cuando sólo contaba con 25 años, que Eduardo García de Enterría comenzaría a tener contacto directo y sistemático con la Administración del Estado, que luego tanto estudió. Nuestro agradecimiento, de nuevo a la generosa hospitalidad del Consejo, de los consejeros y de su Presidente, José Manuel Romay Beccaría, por permitirnos estar aquí con todos ustedes, amigos de Eduardo y amigos nuestros desde hace ya uno buenos años.

No hay duda en afirmar que la mayoría de los administrativistas que estamos aquí, comenzamos a leer la *Revista* dirigida por Eduardo desde cuando comenzamos a inclinarnos por esta disciplina, incluso aun siendo estudiantes de derecho, tal como fue mi caso, al otro lado del Atlántico.

Y no podía ser de otra manera, pues para 1960, cuando por primera vez me topé con ella, y con el nombre de Enterría, sus páginas comenzaban a ser una verdadera mina bibliográfica sobre el derecho administrativo español con visión comparatista y contemporánea, que destacaba en medio de lo que entonces era un verdadero desierto, en el cual solo se encontraban los viejos libros que todos conocimos y estudiamos, cuyos autores, respetables por cierto, a muchos de los presentes sin embargo les parecerían nombres de autores arcaicos (Posada, Álvarez Gendín, Gascón y Marín. García Oviedo, Royo Villanova, Fernández de Velazco, entre otros). Fue en todo caso en esa llanura donde la *Revista* comenzó a ser, así, de la mano de su director, la voz que clamaba en el desierto por el sometimiento de la Administración a la Ley y por el control de su poder.

Todo esto tenemos que recordarlo, pues bien sabemos cómo progresivamente, sobre todo para las generaciones más recientes, los hechos se olvidan.

Tenemos que recordar, por ejemplo, que esa voz que clamaba en aquel desierto comenzó a expresarse precisamente en medio de un régimen autoritario, como el franquista. No olvidemos que la *Revista* fue fundada en 1950, apenas once años después de instalado Franco en el poder, de manera que desde sus páginas se fueron sentando las bases del derecho administrativo con el cual, 28 años después, se encontraría la democracia en 1978.

En esa forma, en España sucedió lo que se ha considerado como una de las características históricas distintivas de nuestra disciplina, que es el haberse paradójicamente formado, en general, en el seno de regímenes autoritarios.



Ello incluso nos lo recuerda el profesor Camille Mialot del Instituto de Estudios Políticos de París, precisamente en un trabajo publicado en el mencionado No. 195 de la *Revista*.<sup>2</sup> En dicho trabajo, dedicado a la obra de Eduardo García de Enterría, explica cómo ha sido una característica histórica de nuestra disciplina la de “nacer y desarrollarse bajo regímenes autoritarios,” basando su argumento en el hecho de que “a falta de Derecho constitucional que enmarque el poder político, se desarrolla un Derecho que delimita su brazo ejecutivo, y su cara jurídicamente perceptible: la Administración.”<sup>3</sup> Ni más ni menos como si en los regímenes autoritarios donde efectivamente el derecho administrativo se comenzó a desarrollar, el poder político le hubiera fijado a los ciudadanos un límite preciso, tal como si les hubiera dicho: conmigo, con el poder, no se metan; a mí no me pueden controlar ni me controlen; controlen si pueden y si hay un poder judicial medianamente confiable, a la Administración pública, pero no al parlamento, ni a las leyes, ni al gobierno. Y así entonces se fueron sentando las bases para el control del poder de la Administración, y con ello del derecho administrativo, pero sin control alguno sobre el poder político.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Véase Camille Mialot, “Un gigante del derecho público: Eduardo García de Enterría,” en *Revista de Administración Pública*, No. 195, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014, pp. 257-268.

<sup>3</sup> *Idem.*, p. 259.

<sup>4</sup> A este mismo tema me referí hace poco en una conferencia que dicté en la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, en septiembre de 2014, al referirme a la relación entre el modelo político y el derecho administrativo, particularmente entre la democracia y el derecho administrativo que hoy tendemos a considerar como indisoluble. Pero la verdad es que esa relación no siempre se ha dado, pues desde que la figura del Estado de derecho surgió en la historia, hace doscientos años, y con él, las primeras manifestaciones de nuestra disciplina, la ausencia de un régimen democrático no impidió el desarrollo del derecho administrativo. Y precisamente a ello me referí en Bogotá, al reafirmar mi apreciación, diciendo que bastaba mencionar “el ejemplo de desarrollo del derecho administrativo contemporáneo en España, que comenzó precisamente en ausencia de un régimen democrático, por el fenomenal impulso que le pudo dar el núcleo de profesores que se aglutinó en el viejo Instituto de Estudios Políticos que estaba inserto en la propia estructura del Estado autoritario, en torno a la *Revista de Administración Pública*, con Eduardo García de Enterría, Fernando Garrido Falla, José Luis Villar Palasí y Jesús González Pérez, entre otros. Y ello ocurrió en los años cincuenta del Siglo pasado, cuando España, lejos de la democracia, estaba en plena etapa del autoritarismo franquista, más de veinte años antes de la sanción de la Constitución de 1978. Fue incluso en aquella época cuando se dictaron las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y sobre Procedimientos Administrativos, que sin duda fueron, en el derecho positivo, la partida de nacimiento del derecho administrativo español contemporáneo para buscar garantizar el sometimiento de la Administración

En esa época no había democracia, pero sin duda, sí se comenzó a desarrollar un derecho administrativo, porque a pesar del autoritarismo, el régimen toleraba la existencia de un cierto equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos ciudadanos, y había permitido el desarrollo relativo de algunos tribunales que podían controlar algo a la Administración, que fue lo que permitió que comenzara la lenta pero aguerrida “lucha contra las inmunidades del poder” que fue la que originó el derecho administrativo contemporáneo en este país.

Y para conducir esa lucha, casi guerra intelectual y principista, España como tantas veces en su historia, también contó con su caballero andante, su Amadis de Gaula, que no fue otro que Eduardo García de Enterría, siendo aquella, su conferencia del 2 de marzo de 1962 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, su grito de guerra precisamente dedicado a “la lucha contra las inmunidades del poder.”<sup>5</sup> La misma, sin ser una crítica directa al régimen de la época, sin duda sentó las bases para lograr someter a la Administración al control judicial. Pero, aun así, en esa época, ciertamente, no dudo que más de uno habrá visto ese grito como un signo de “locura” frente al poder, tal como el que se achacaría al Quijote después de leer el libro sobre *Amadis de Gaula* que publicó García Rodríguez de Montalvo, en Zaragoza en 1508, y a quien decidió imitar.

De Eduardo García de Enterría, por tanto, podemos decir, lo que Miguel de Cervantes puso en boca del Quijote, en el Capítulo XXV “Que trata de las extrañas cosas que en Sierra Morena sucedieron al valiente Caballero de la Mancha” de su obra *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*, Allí el Quijote le dijo a Sancho:

“[...] quiero Sancho que sepas que el famoso Amadis de Gaula fue uno de los más perfectos caballeros andantes. No he dicho bien fue uno: fue el solo, el primero, el único, el señor de todos cuantos hubo en el tiempo en el mundo:

---

del Estado al derecho.” Véase Allan R. Brewer-Carías, “Modelo político y derecho administrativo.” Conferencia para las *XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo sobre La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Transformaciones del derecho administrativo. Desafíos y tareas pendientes en la constitucionalización*, organizado por Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3 septiembre 2014. Véase en <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201082.%20Brewer.%20Modelo%20pol%C3%ADtico%20y%20derecho%20administrativo.%20XV%20Jornadas%20Externado.%20Bogot%C3%A1%20sept.%202014.pdf>. El texto ha sido publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la Ley, La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y des democratización de Venezuela*, Caracas 2014, pp. 21-43

<sup>5</sup> Véase Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder,” en *Revista de Administración Pública*, No. 38.

Mal año, mal mes para todos aquellos que dijeren que se lo igualó en algo, porque se engañan, juro cierto.” [...]

Y terminaba el Quijote en su discurso a Sancho, diciéndole:

“[...] Amadis fue el norte, el lucero, el sol de los valientes y enamorados caballeros, a quienes debemos imitar todos aquellos que debajo de la bandera del amor y de la caballería militamos. Siendo pues, esto así, como lo es, hallo yo, amigo Sancho, el caballero andante que más le imitare, estará más cerca de alcanzar la perfección de la caballería.”.

Pues para todos nosotros y para los administrativistas del mundo hispánico, queridos amigos, Eduardo García de Enterría fue para el derecho público todo eso que el Quijote dijo de Amadis de Gaula, pero incluso con un agregado singular y es que Eduardo pudo desarrollar su guerra contra el poder con más suerte que la que tuvo Amadis, pues en lugar de Oriana, la enamorada que lo abandonó por un tiempo durante el cual se retiró en penitencia y hasta se cambió de nombre; en lugar de Oriana, Eduardo tuvo a su querida Amparo, aquí presente con nosotros, quien en cambio lo acompañó y protegió siempre en sus andanzas. Ello, como el mismo Quijote le dijo a Sancho en el mismo discurso en Sierra Morena, le permitió a Eduardo más fácilmente y con éxito “hender gigantes, descabezar serpientes, matar endriagos, desbaratar ejércitos, fracasar armadas y deshacer encantamientos,” como todos los administrativistas con ya algunas décadas a cuestas de lucha por el derecho, hemos tenido que hacer o intentado hacer con el poder.

Sin duda esa lucha contra las inmunidades del poder fue la forma como Eduardo García de Enterría encontró para rebelarse contra el régimen autoritario, usando todas las armas de inspiración liberal propias de la democracia, lo que llevó incluso a que desde Hispanoamérica aún durante el régimen franquista, se lo calificara como el jefe de la “escuela democrática” del derecho administrativo español (La expresión se la oí por primera vez a un viejo amigo de ambos, el recordado León Cortiñas Peláez).

Fue su actitud, sus principios y su constante trabajo, los que permitieron entonces la evolución de la disciplina, y el desarrollo del derecho administrativo a tal punto que cuando llegó la democracia a España, materialmente ya existía toda la superestructura legal necesaria para su consolidación.

En esa tarea, fue que él y sus jóvenes compañeros de 1958, y entre ellos, Jesús González Pérez, uno de los grandes latinoamericanistas españoles, se lanzaron en esa “magnífica aventura” de estructurar un instrumento que sirviera para minar el viejo derecho administrativo y poder transformarlo progresivamente, y eso fue precisamente lo que hicieron a través de la *Revista de Administración Pública*.

Se dice fácilmente, pero sepan bien que no es tarea fácil fundar y dirigir una Revista jurídica, y menos aún lograr que se publique regularmente, incluso dejando aparte de que se trataba de una publicación que estaba destinada a estudiar una institución de un Estado que funcionaba bajo un régimen no democrático.

Sacar una Revista es una tarea ciclópea, y se los digo por experiencia propia, con los 137 números que lleva la *Revista de Derecho Público* que fundé en Caracas en 1980, y que aún dirijo desde la distancia.

Sacar una *Revista*, y que perdure, sólo puede ser posible cuando se toma una decisión de compromiso vital, que el que la funda asume, ni más ni menos para siempre. Si no se funda así, y si no se establece esa relación indisoluble entre el fundador-director y la *Revista*, como tantas veces ha ocurrido y ocurre, la misma inexorablemente desaparece. Eduardo efectivamente asumió ese compromiso vital, incluso en tal forma que tuvo el tino de dejar unos herederos más que competentes para que asumieran su continuidad con el mismo compromiso vital, como sin duda es el caso de Tomás Ramón Fernández y Carmen Chinchilla, quienes como Director y Secretaria respectivamente, ahora la conducen.

Lo cierto, en todo caso, es que fue a través de esa obra y por su continuidad, que en las páginas de esa *Revista de Administración Pública* se fueron sentando las bases de lo que ha sido el derecho administrativo contemporáneo español, las cuales, a través de la comunidad de la lengua, tuvieron la enorme influencia que todos reconocemos en el mundo hispanoamericano, y que es mucho más importante que la que ustedes se imaginan.

Por ello, al haber llevado Eduardo García de Enterría la batuta en todo ese proceso de lucha contra las inmunidades de poder y de desarrollo del instrumento certero para esa lucha, que es el derecho administrativo, no es de extrañar que dos profesores hispanoamericanos Libardo Rodríguez y quien les habla, y el profesor Luciano Parejo Alfonso, discípulo y colaborador de Eduardo pero vinculado como ningún otro profesor español de derecho administrativo al mundo hispanoamericano, hubiésemos tomado la iniciativa de publicar esta obra en su homenaje, que ha sido editada por la Editorial Temis, en Bogotá, y por la Editorial Jurídica Venezolana en el mundo y en Caracas, con los auspicios de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

Por ello, y a pesar de que en sus páginas se recogen estudios de amigos de Eduardo del mundo europeo, yo personalmente considero que se trata, básicamente, de un homenaje hispanoamericano a su memoria.<sup>6</sup>

Pero volviendo al último número de la *Revista de Administración Pública*, que mencioné al inicio, en la misma me encontré con una referencia sobre algo que había escrito Guy Braibant, profesor y miembro destacado del Consejero de Estado francés, en una *laudatio* que hizo de Eduardo en 2001, en la cual le decía que no sólo era “un gran jurista, uno de los más grandes de nuestra vieja Europa,” sino que “ha sido el maestro de una escuela de prestigio, de las que se daban en la antigua Grecia” destacándole que “su influencia en esta disciplina se extiende mucho más allá de las fronteras de su país.”<sup>7</sup>

Ello, como bien sabemos, proviniendo de un jurista francés, es algo absolutamente remarcable, y entendible por la inclinación de Braibant hacia el derecho comparado, pues en general, para los académicos franceses, el derecho termina en sus propias fronteras. Por ello, con razón, el mismo autor de la reseña sobre Eduardo en la *Revista*, Camille Mialot se lamentó diciendo que “sin embargo, el nombre de este gran jurista sigue siendo desconocido para la mayoría de los juristas de derecho administrativo francés.”<sup>8</sup> Y me atrevería a decir que así es para el resto de los administrativistas europeos, excepto quizás los italianos.

En cambio, lo que sí es definitivamente cierto, en contraste, es que en América Latina, Eduardo García de Enterría, ha sido la autoridad académica que más impacto e influencia ha tenido en la historia del derecho administrativo de nuestros países, proceso que además fue de la mano con la progresiva democratización que se fue experimentando en nuestros países; y con ello, de las posibilidades reales de control del poder que se produjo en todo el Continente americano en las últimas décadas, cuando los diferentes países fueron saliendo de los regímenes autoritarios que tuvieron.

Pocos países escaparon de aquella tendencia autoritaria en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo pasado, entre ellos Colombia y Venezuela, de manera que podemos decir que en los mismos se afianzó tempranamente el derecho administrativo democrático que tanto enseño

---

<sup>6</sup> Asociamos también, en la edición, a la editorial Tirant lo Blanch, de Valencia, la cual como además tiene el nombre de otro de los caballeros andantes de la España medioeval, anterior por cierto a Amadis de Gaula, y cuyas historias recogió Joan Martorell, en el libro que publicó en Valencia en 1490. Esperamos que, con ese nombre, la editorial valenciana sea la punta de lanza en España para distribuir la obra; tarea que es casi imposible poder realizar desde nuestros países.

<sup>7</sup> Véase Guy Braibant, *Revue euroéenne de droit public*, Vol 13, printemps 2001, pp. 43 y ss.

<sup>8</sup> *Loc. cit.* p. 258.

García de Enterría. El autoritarismo precedente, en todo caso, al igual que en España no impidió que se fueran sentando las bases del derecho administrativo que luego se desarrolló.

El problema, en todo caso, se presenta ahora y sobre todo para el futuro, en un país como Venezuela, donde en sentido regresivo en relación con los demás países del Continente, se ha instalado un Estado que no es ya ni siquiera autoritario, sino que es un Estado Totalitario, cuyo comienzo, después de cuarenta años de régimen democrático, fue un proceso constituyente que se vendió en 1998, en plena crisis del bipartidismo que entonces no supo superar su decadencia; pero que no fue otra cosa que un mecanismo perverso para asaltar el poder basado en supuestos principios soberanistas o de expresión de soberanía popular por encima de la Constitución, pero que sirvió para destrozarla y establecer una dictadura supuestamente popular.

Frente a los mismos signos de entonces, que ahora – *mutatis mutandi* – se comienzan a ver en España, solo puedo decirle a mis amigos españoles: cuidense mucho de los cantos de sirena autoritarios y populistas que en nuestro caso, en Venezuela, por cierto con el asesoramiento clandestino y lamentable de algunos titulares de universidad españoles, nos llevó a nosotros a la situación en la cual estamos.

El resultado de todo ello, quince años después, pero dicho, escrito y advertido desde el inicio por muchos, entre ellos por quien les habla, ha sido la consolidación de un Estado totalitario, en el cual, como antes ocurrió en Cuba y como por supuesto, también antes ocurrió en la Unión Soviética y en la Alemania Nazi, incluso con sus jueces del horror, simplemente el derecho administrativo ha sido demolido junto con la destrucción del Estado de derecho, con el resultado de que en la actualidad, no hay posibilidad alguna de controlar al poder, ni político ni administrativo.

En Venezuela, es trágico decirlo, como en todos esos Estados totalitarios, el derecho administrativo simplemente desapareció, al desvanecerse toda esperanza de poder ver al derecho administrativo como el punto de equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los ciudadanos. En esos regímenes, el derecho administrativo quedó y ha quedado reducido a un amasijo de normas reguladoras del Estado, de sus poderes y prerrogativas, concebidas para el Estado y su burocracia, conforme a las cuales las personas lo único que pueden, es clamar por dádivas, pero nunca exigir derechos.

Esa es hoy la trágica situación de Venezuela, sometida a un totalitarismo que hace de la escritura un delito, y persigue al que pretenda en alguna forma luchar contra las inmunidades del poder. Ello incluso lo advirtió hace más de diez años el propio Eduardo García de Enterría, cuando como el mejor de los caballeros andantes se lanzó, lanza en ristre, ya en 2003, en el acto de presentación de una obra en la Universidad Carlos III, identificando al Chávez de Venezuela como un “caudillo,” que como a todos los de su estirpe – decía –

no tenía “reparos de conciencia sobre la legalidad;”<sup>9</sup> a lo cual siguió su solidaridad sin límites para conmigo, en 2005 y 2006, al unirse “a la protesta por la injusta persecución” de que yo estaba siendo objeto por parte de los poderes públicos de mi país;<sup>10</sup>

Luego en 2008, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, al presentar mi libro *La Ciudad Ordenada*, diría lo siguiente sobre la situación en Venezuela, que bien conocía:

“Me permito recordar que Venezuela es uno de los países hispano-americanos que acusa quizás el mayor tiempo histórico de gobiernos dictatoriales de su historia. La democracia verdadera no se instaló hasta la segunda mitad del siglo XX, y no había alcanzado, me parece 50 años cuando ha venido a romperla de nuevo en 1998 el tirano Chávez.”

Se refirió luego Eduardo en su discurso, al pacto político (“Pacto de Punto Fijo”) que en 1958 suscribieron los diversos partidos políticos “para establecer la democracia en Venezuela, con elecciones libres y la construcción de un Estado de Derecho” (similar *mutatis mutandi* al que 20 años después serían en este país los “pactos de la Moncloa,”) agregando sobre Venezuela, que:

“Ese pacto inauguró, en efecto, la mejor época democrática, lo cual dura hasta 1998, cuando es elegido Presidente el populista Hugo Chávez. Entonces se dicta una nueva Constitución, llamada bolivariana, pero que, menos retóricamente, lo que hace es instaurar un régimen autoritario de concentración del poder, centralizado (desmontando el federalismo tradicional) y militarista autoritario.”

---

<sup>9</sup> Véase “Discurso del profesor Eduardo García de Enterría,” el día, 2 de diciembre de 2003, en el Salón de Grados de la Universidad Carlos III de Madrid, en el acto de presentación del libro *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI, Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, 5 volúmenes coordinados por Alfredo Arismendi y Jesús Caballero Ortiz, Editorial Civitas, 3.553 páginas, Madrid, 2003.

<sup>10</sup> Correo electrónico, 17 de marzo de 2005. Véase la referencia en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la influencia de García de Enterría en Venezuela, la noción de acto administrativo y el abuso jurisprudencial en la cita de su obra,” en el libro: Allan R. Brewer-Carías, Luciano Parejo Alfonso y Libardo Rodríguez (Coords.), *La protección de los derechos frente al poder de la administración, Libro Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Caracas 2014, p.10. A ello se suma la muy apreciada manifestación de García de Enterría de adhesión, en 2006, al expresarme - decía -: “el gran aprecio y admiración que te tengo, también como amigo, como profesor y como político, y correlativamente, el rechazo rotundo a la increíble y arbitraria persecución de que estás siendo objeto en estos momentos por parte de las autoridades políticas de tu país, reiterándote mi estima y afecto, con la vieja amistad renovada.” Carta de 13 de diciembre de 2006, en *idem*

Terminaba recordando, finalmente, Eduardo, cómo y cuánto quien les habla había luchado – decía – “de forma resuelta contra estos proyectos chavistas, lo que le llevaría, finalmente, a la necesidad de exiliarse,” afirmando con razón que ello se había debido al “peculiar régimen de gobierno que ha instalado en su país el singular dictador Chávez.”<sup>11</sup>

Ese fue Eduardo García de Enterría, quien hablaba y escribía llamando las cosas con su nombre propio (caudillo, populista, tirano, dictador), sin temor, tal como lo hizo Amadis de Gaula. Es a ese Eduardo a quien hoy recordamos nuevamente, comprometido sin ambages con la democracia y el Estado de derecho, y quien, estoy seguro, hoy estaría advirtiendo sobre el peligro que se cuela en España.

Recordamos además a Eduardo, sobre todo, como el hombre generoso y solidario hasta el final para con los amigos, como éste que les habla, que sólo recibió afecto de su parte desde cuando nos conocimos hace más de cincuenta años, en 1963.

Y destaco personalmente entre las muestras de su generosidad académica, el haberme incorporado en ejercicio de su propio derecho, a su propia Escuela, como él mismo lo expresó, por haber estado yo directamente vinculado a la misma desde cuando comencé a estudiar derecho administrativo; como en efecto así fue, pocos años después, a través de sus discípulos iniciales de Valladolid: los recordados profesores Sebastián Martín Retortillo y Ramón Martín Mateo, con quienes me vinculé académicamente en Caracas, donde vivieron a mitades de los años sesenta, coincidiendo con otro amigo de siempre, miembro de este Consejo, el profesor Francisco Rubio Llorente; y José Ramón Parada Vásquez y Alejandro Nieto, con quienes también me vinculé académicamente en mis tantas visitas a Madrid; generosidad académica de Eduardo para conmigo, que también aprecié al haberme incorporado como el único miembro iberoamericano del Consejo Asesor de la *Revista*, en cuyo número 43, hace ya cincuenta años, él también incluyó el trabajo de un joven administrativista latinoamericano que entonces solo contaba con 25 años, que fue mi primer trabajo publicado en la misma.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Véase las “Palabras del Profesor Eduardo García de Enterría sobre el Profesor Allan R. Brewer-Carías en el acto de presentación del libro *La Ciudad Ordenada*,” en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, en el cual se le confirió el título de *Miembro Honorario* de la Academia. Madrid 11 de junio de 2008.

<sup>12</sup> Decía García de Enterría: “Brewer es bastante más joven que los administrativistas españoles que en 1950 nos lanzamos a la magnífica aventura que ha sido la “*Revista de Administración Pública*”, pero ha estado directamente vinculado a nuestro grupo desde que comenzó a estudiar Derecho Administrativo. Así resulta de los índices de la propia *Revista*, en la que comienza a publicar artículos hace ya más de 40 años, en el número 43, cuando tenía escasos 25 años, pasando a ser uno más entre los colaboradores habituales de la misma.” En *Idem*.



Por todas esas condiciones de Eduardo García de Enterría, como el “gigante del derecho público”<sup>13</sup> que es el título del artículo de Camille Mialot en el último número de la *Revista*, como en efecto lo fue, y además, como el hombre íntegro y amigo integral que fue en todas las circunstancias, es que hoy sumamos a tantos otros homenajes que ha recibido, éste de sus amigos hispanoamericanos.

Muchas gracias a todos por estar aquí presentes, y especialmente a Amparo, por acompañarnos, una vez más, esta tarde, reunidos en torno a la memoria de nuestro entrañable amigo y maestro, Eduardo García de Enterría.

---

<sup>13</sup> Es el título del artículo de Camille Mialot, *loc. cit.* p. 257.



## 2.

# 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.\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FORMAS DE LA ILEGALIDAD. 1. *La inconstitucionalidad*. A. La inconstitucionalidad de los actos administrativos. B. La usurpación de funciones: a) La usurpación de autoridad. b) La usurpación de funciones. c) Precisión terminológica. 2. *La ilegalidad*: A. Noción previa. B. La extralimitación de atribuciones. C. El abuso o exceso de poder. D. La desviación

---

\* Estas consideraciones forman parte uno de los cinco Títulos de nuestra Tesis de Grado *Las instituciones Fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia Venezolana*, que recientemente hemos presentado en la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, para su discusión. En esta tesis analizamos la teoría general del Derecho administrativo venezolano en los siguientes títulos: “El principio de la legalidad administrativa», 1.a Teoría de los actos administrativos», «La teoría de los contratos administrativos», «La teoría de los recursos administrativos» y «La jurisdicción contencioso administrativa». En las notas hemos utilizado las siguientes abreviaturas: AJ: *Actualité Juridique*; FI: *Il Foro Italiano*; JP: *Jurisclasseur Périodique*; Proyecto LPA 1963: Proyecto de la Ley de Procedimientos Administrativos, elaborado en 1963 por la Comisión de Administración Pública, Caracas, Venezuela; RAP: *Revista de Administración Pública*; RIDC: *Revue Interationale de Droit Comparé*; RISA: *Revue Internationale des Sciences Administratives*, y RDP: *Revue de Droit Public et de la Science Politique*. Para la cita de la jurisprudencia administrativa de la antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena y en Sala Federal; de la antigua Corte Federal, y de la actual Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, hemos utilizado principalmente las siglas del Instituto de Codificación y Jurisprudencia, respectivamente: CTC-CP, CFC. SF, CF, CSJ-PA. Donde no ha sido posible esto, hemos indicado la fuente de la respectiva *Memoria o Gaceta Forense*.

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-43-eneroabril-1964/consideraciones-sobre-la-ilegalidad-de-los-actos-administrativos-en-el-derecho-venezolano-2>

de poder. E. El vicio de forma: a) El vicio de forma en relación con la manifestación de voluntad de la Administración. b) El vicio de forma en relación con la motivación del acto administrativo. c) El vicio de forma en relación a la notificación del acto administrativo. d) Otros vicios de forma. F. Los actos administrativos contrarios a Derecho. III. EL CONTROL DE LA ILEGALIDAD: 1. *Noción previa*. 2. *Los recursos administrativos*: A. Noción previa. B. Los principales recursos administrativos: a) El recurso de reconsideración. b) El recurso jerárquico. C. Motivo que pueden invocarse en los recursos administrativos. D. La decisión de los recursos administrativos. 3. *Los recursos jurisdiccionales*: A. Noción previa. B. Los tipos de recursos jurisdiccionales: a) El recurso de inconstitucionalidad de los actos administrativos generales. b) El recurso contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos. c). Motivos que pueden invocarse en los recursos jurisdiccionales. d) La decisión de los recursos jurisdiccionales. e) Imposibilidad de acumulación de los recursos jurisdiccionales. 4. *La excepción de ilegalidad*. IV. CONSECUENCIAS DE LA ILEGALIDAD: 1. *Los efectos de la ilegalidad respecto al acto administrativo*: A. Noción previa. B. La nulidad del acto administrativo. C. La anulabilidad del acto administrativo. 2. *La constatación de la ilegalidad*.

## I. INTRODUCCIÓN

1. La violación del Principio de la Legalidad Administrativa por una autoridad administrativa vicia el acto administrativo de ella emanado de ilegalidad.

En este sentido entendemos por ilegalidad como la violación, por parte de la Administración, del conjunto de normas o reglas preestablecidas que forman el conjunto de las fuentes del Principio de la Legalidad Administrativa y que han sido dictadas por la autoridad competente para guiar su acción.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> El principio de la legalidad administrativa es aquél según el cual todos los actos de la Administración han de ser cumplidos dentro de las reglas o normas preestablecidas. El enunciado de este principio, además de desprenderse del artículo 117 de la Constitución, que establece que: “La Constitución y las Leyes definen las atribuciones del Poder público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio”, se desprende de la jurisprudencia administrativa venezolana. En efecto, la antigua Corte Federal, en sentencia de 17 de julio de 1953 (*Gaceta Forense*, 2a etapa, No 1, abril-agosto de 1953. p. 151) (CF-33-2, 17-7-1953), señaló: “En este orden, todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual estos carecen de vida jurídica no solo cuando les falta como Fuente primaria un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la Ley. Desbordar este cerco constituye grave infracción que apareja la consiguiente enmienda por parte del o de los órganos jurisdiccionales competentes”.

Ahora bien, es necesario señalar que no toda ilegalidad vicia un acto administrativo con la misma intensidad. Nos limitaremos a estudiar los vicios de ilegalidad susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente y, en este sentido, veremos las formas de la ilegalidad, su control y las consecuencias que produce.

## II. FORMAS DE LA ILEGALIDAD

### 1. *La inconstitucionalidad*

2. Nuestra jurisprudencia ha distinguido fundamentalmente dos formas de la inconstitucionalidad de los actos administrativos: la inconstitucionalidad propiamente dicha y la usurpación de funciones como vicio de los mismos. Estudiemos separadamente estas dos formas de presentación de la inconstitucionalidad de los actos administrativos.

#### A. *La inconstitucionalidad de los actos administrativos*

3. Los actos administrativos están viciados de inconstitucionalidad cuando la autoridad administrativa que los dictó ha infringido algún precepto, principio o garantía constitucional. La inconstitucionalidad, entonces, debe

---

En sentencia de 23 de octubre de 1953 (*Gaceta Forense*, 2a etapa, num. 2, septiembre-diciembre 1953, p. 64) (CF-75-1, 23-10-1953), la misma Corte indicó que “la Administración pública, como órgano de la actividad estatal, no puede ejercitar sus funciones sino dentro de los precisos límites del derecho positivo, pues la demarcación de éstos constituye garantía eslabada en beneficio de los particulares o administrados contra las posibles arbitrariedades de la autoridad Ejecutiva, máxime cuando se trata de la Administración reglada, cuyos actos están sujetos a las disposiciones de la Ley, Reglamento o cualquiera otra norma administrativa”. En otra decisión de 8 de septiembre de 1954 (*Gaceta Forense*, 2a etapa, No. 5, julio-septiembre de 1954, p. 218) (CF-102-1, 28-9-1954) la misma Corte Federal dispuso que “la actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la Ley a la obtención de determinados resultados, y por ello no puede la Administración Pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador”. Por otra parte, la misma antigua Corte Federal, en sentencia de 9 de agosto de 1957 (*Gaceta Forense*, 2a etapa, num. 17, julio-septiembre 1957, p. 132) (CF-182-1, 9-8-1957), indicó que “el Estado de Derecho en los regímenes democráticos no pueden funcionar cabalmente con mengua del principio de la legalidad, según el cual todos los actos de la Administración Pública han de ser cumplidos o realizados dentro de las normas legales preestablecidas por la autoridad competente”. Por último, en sentencia de 9 de abril de 1959 (*Gaceta Forense*, 2a etapa, No. 24, abril-junio 1959, p. 63) (CF-30-1, 9-4-1959), la misma Corte Federal señaló que “es de doctrina que todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas (principio de legalidad de los actos administrativos) y que carecen de eficacia jurídica aquellos que no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la Ley.”

resultar siempre sin necesidad de alegar ni probar hechos, del antagonismo directo entre el acto administrativo que se impugna y el precepto, principio o garantía constitucional infringida<sup>2</sup>.

De ahí la necesidad de que en el respectivo libelo se exprese, como fundamento, la norma constitucional violada<sup>3</sup>.

B. *La usurpación de funciones*

4. La Constitución de 1961 señala que la Constitución y las Leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio. Cada una de las ramas de ese Poder Público, por otra parte, tiene sus propias funciones pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí para la realización de los fines del Estado. Y agrega después que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos<sup>4</sup>.

De estos preceptos constitucionales, que con variaciones de redacción se encuentran en nuestra Teoría Constitucional desde la Carta Fundamental de 1858<sup>5</sup>, se desprende que hay dos tipos de usurpación de funciones: la usurpación de autoridad y la usurpación de funciones propiamente dicha.

a) *La usurpación de autoridad*

5. El usurpador de autoridad es aquel que la ejerce y realiza sin ningún tipo de investidura, ni regular ni prescrita. El concepto de usurpación, en este caso, emerge cuando una persona que no tiene *auctoritas* actúa como autoridad. De ahí que la autoridad usurpada sea ineficaz y sus actos sean nulos por inconstitucionalidad<sup>6</sup>. Este no es el caso de la actuación del funcionario de hecho.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Artículo 46 de la Constitución. CFC—CP—5—1, 23—2—1953.

<sup>3</sup> CFC—CP—42—1, 26-11-1952.

<sup>4</sup> Artículos 117 al 119 de la Constitución.

<sup>5</sup> CFC—CP—14—1, 12-6-1951.

<sup>6</sup> Artículo 119 de la Constitución.

<sup>7</sup> La diferencia esencial entre el usurpador de autoridad y el funcionario de hecho es que este actúa de buena fe y con miras a urgentes intereses colectivos; en cambio, aquél aparece como una figura no plausible.

El usurpador viene a ser entonces el que dolosa o violentamente desaloja de su cargo al titular legítimo para ocuparlo él, o el que, sin título alguno, y en ausencia de toda necesidad y aprobación colectivas, asume su cargo, o se mantiene en el que tenía después de haber expirado la vigencia de su auténtica investidura. Véase al efecto, César A. Quintero, *Los Decretos con valor de Ley*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, p. 85 y ss.

Por otra parte, es necesario observar que la usurpación de autoridad implica la usurpación de funciones, por eso la calificamos como una forma de esta última.

b) *La usurpación de funciones*

6. Existe, por otra parte, usurpación de funciones cuando una autoridad, al dictar un acto, incurre en una incompetencia constitucional; y sólo puede considerarse incompetencia constitucional, propiamente hablando, aquella que resulta cuando una de las ramas del Poder Público usurpa funciones correspondientes a otra rama del mismo Poder Público<sup>8</sup>, es decir, cuando un órgano del Poder Legislativo, por ejemplo, realiza funciones propias del Poder Judicial. La misma incompetencia constitucional se presenta cuando, por ejemplo, un órgano del Poder Municipal o Estatal usurpa funciones del Poder Nacional en cualquiera de sus ramas. En ambos casos se violan disposiciones “atributivas de competencia constitucional”<sup>9</sup>.

Esta usurpación de funciones es lo que la antigua Corte Federal denominó en algunos fallos “exceso de poder jurisdiccional”<sup>10</sup>, como vicio de los actos administrativos. Y siguiendo el criterio de la Corte, el exceso de poder jurisdiccional, por contraposición al “exceso de poder administrativo”, se confunde con la usurpación de funciones y se relaciona con la inconstitucionalidad de los actos administrativos y, en general, con los actos del Poder Público, por violación de preceptos estampados en la Carta Fundamental, debido a inversiones o interferencias de un Poder a otro.

Esta usurpación de funciones es lo que nuestras Constituciones anteriores llamaban, a nuestro juicio impropriamente, “extralimitación de atribuciones y facultades” o “usurpación de atribuciones”<sup>11</sup>.

---

Sobre los funcionarios de hecho en la doctrina vease Constantineau, Tratado de la doctrina de facto, ed. española, Buenos Aires, 1945; Fueyo Álvarez, La doctrina de la Administración de facto, núm. 2 de esta Revista, 1950, p. 35 y ss.; Gastón Jéze, *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949, tomo II, p. 317 y ss.

<sup>8</sup> Artículo 118 de la Constitución. Cuando un órgano ejecutivo, por ejemplo, realiza un acto atribuido a un órgano legislativo o jurisdiccional.

<sup>9</sup> Artículos 17, 18, 29, 31 y 136 y Títulos V, VI y VII de la Constitución.

<sup>10</sup> CF—94—1, 14-11-1953; CF—32—2, 2-6-1958.

<sup>11</sup> Artículo 41 de la Constitución de 1953; artículo 84 de la Constitución de 1947; artículo 42 de la Constitución de 1936. Una cosa es la Función y otra la Atribución; la Función es el género, la Atribución la especie. Cuando se usurpa la Función se usurpa, como consecuencia, la Atribución; pero cuando se usurpa la Atribución no necesariamente se usurpa la Función, ya que la usurpación de la Atribución puede ser realizada por una autoridad con atribuciones propias dentro de la misma Función.

Es necesario insistir en este concepto de usurpación de funciones, que sólo vicia a los actos administrativos, cuando la autoridad que los dicta actúa con inversiones o interferencias de un Poder a otro. Es decir, se está en presencia de la forma más burda, grosera y radical de incompetencia. La usurpación de funciones es, así, el grado mayor de incompetencia.

Pero debemos dejar muy claro que no constituye usurpación de funciones la incompetencia en menor grado que vicia el acto administrativo, cuando la autoridad administrativa que lo dicta asume atribuciones o facultades que le están encomendadas a otra autoridad administrativa. En este caso hay extralimitación de atribuciones o, si se quiere, usurpación de atribuciones, pero nunca habrá una usurpación de funciones, pues ambas autoridades ejercen la misma función administrativa. Por ello, en este caso sólo hay un vicio de ilegalidad, de incompetencia legal, que examinaremos más adelante bajo el nombre de “extralimitación de atribuciones”, pero no hay un vicio de inconstitucionalidad que, en materia de incompetencia, sólo existe cuando se usurpa una “función” del Estado que no se tiene poder para ejercer.

c) *Precisión terminológica*

7. Creemos imprescindible aclarar, una vez más, los términos que hemos empleado y que, según la terminología de la Constitución vigente de 1961, estimamos los correctos. Insistimos tanto en ello, pues, sí bien es cierto que la Corte en algunos fallos ha sido lo relativamente clara y precisa para deducir el significado exacto de los términos, en algunos otros numerosos fallos ha reinado, en nuestro concepto, una lamentable confusión de términos<sup>12</sup>.

La usurpación de funciones es siempre un vicio de inconstitucionalidad, pues las funciones del Estado están definidas fundamentalmente por la Constitución. En cambio, la usurpación de atribuciones puede ser vicio de inconstitucionalidad o de ilegalidad, pues las atribuciones no sólo están señaladas en la Constitución sino también en las leyes (artículo 118 de la Constitución). Así, hay usurpación de atribuciones cuando una autoridad usurpa una atribución de otra autoridad, ambas en ejercicio de la misma función estatal y, por tanto, generalmente, pertenecientes al mismo Poder; pero también hay usurpación de atribuciones cuando una autoridad en ejercicio de una función estatal dada usurpa atribuciones de otra autoridad perteneciente a otro Poder estatal, en cuyo caso también usurpa la función.

Por tanto, si queremos evitar los términos confusos y equívocos, tenemos que desechar el de usurpación de atribuciones cuando queremos calificar el vicio de incompetencia constitucional que hemos denominado usurpación de funciones. Y ello porque el término usurpación de funciones sólo nos puede indicar *ese vicio* de incompetencia constitucional; en cambio el término

---

<sup>12</sup> CF—32—1, 2-6-1958; CF—33—1, 17-7-1953; CFC—CP—14—1, 12-6-1951.



usurpación de atribuciones nos puede indicar tanto un vicio de inconstitucionalidad como un vicio de ilegalidad, como hemos visto. La usurpación de funciones implica, claro está, que también se usurpa la atribución y es siempre un vicio de inconstitucionalidad; en cambio la usurpación de atribuciones no conlleva necesariamente la usurpación de la función y, por tanto, no siempre es un vicio de inconstitucionalidad.

Por tanto, no es correcto decir, como lo ha hecho la Procuraduría General de la República, que la usurpación de funciones es sinónima de la usurpación de atribuciones<sup>13</sup>.

En definitiva, adoptamos la siguiente terminología, que nos parece la más adecuada y que no da lugar a confusión:

a”. La usurpación de autoridad, tal como se desprende de la Constitución en su artículo 119, es el vicio que acompaña a todo acto dictado por una persona desprovista totalmente de autoridad. No es el caso de la actuación del “funcionario de hecho” y, por tanto, siempre es un vicio de inconstitucionalidad.<sup>14</sup>

b”. La usurpación de funciones es el vicio que acompaña a todo acto dictado por una autoridad que, para dictarlo, se ha arrogado funciones que corresponden a otra autoridad perteneciente a otra rama del Poder Público distinta de la que ella pertenece. Se trata siempre de un vicio de inconstitucionalidad<sup>15</sup>. Este vicio de usurpación de funciones se ha calificado también como extralimitación de funciones pues, ciertamente, toda autoridad que se extralimite en su función sea legislativa, jurisdiccional, administrativa o de gobierno, e invada la función de otra distinta, comete una usurpación de funciones.

c”. La extralimitación de atribuciones es, como veremos, la incompetencia de orden legal que vicia al acto administrativo: la autoridad que se extralimita de su atribución e invade atribuciones de otra autoridad, siempre dentro del mismo Poder y en ejercicio de la misma función estatal, comete una extralimitación de atribuciones. Se trata siempre de un vicio de orden legal.

Muchos de los fallos confusos de nuestra Corte<sup>16</sup> tienen una explicación parcial: el hecho de que las Constituciones anteriores emplearan indistin-

---

<sup>13</sup> Escrito dirigido a la Corte Federal en 17 de noviembre de 1960, *Informe de la Fiscalía General de la República al Congreso en 1960*, Caracas, 1961 p. 531.

<sup>14</sup> Véase nota núm. 7.

<sup>15</sup> Artículo 118 de la Constitución. CF—94—1, 24-11-1953.

<sup>16</sup> CF—101—1, 25-9-1954; CF—33—1, 17-7-1953.

tamente los términos extralimitación de facultades y atribuciones o usurpación de atribuciones para calificar la usurpación de funciones<sup>17</sup>

En la Constitución actual, por otra parte, no hay posibilidad de confundir la “extralimitación de atribuciones” con la “usurpación de funciones”. Ambos son vicios distintos: el primero, cuando se refiere a la actividad administrativa, como veremos, es una incompetencia de orden legal; el segundo, como hemos visto, es una incompetencia de orden constitucional y, por tanto, mucho más grave que la primera.

## 2. *La ilegalidad*

### A. *La extralimitación de atribuciones*

8. Vistos ya los vicios de inconstitucionalidad administrativa, nos corresponde examinar ahora los vicios de ilegalidad administrativa o ilegalidad de los actos administrativos propiamente dicha. Veremos sucesivamente la incompetencia legal o extralimitación de atribuciones, el abuso o exceso de poder, la desviación de poder, los vicios de forma y la contrariedad al Derecho en general que pueden viciar a los actos administrativos<sup>18</sup>.

### B. *La extralimitación de atribuciones*

38. La extralimitación de atribuciones en materia administrativa y, en su concepto propio, supone, según la terminología constitucional<sup>19</sup>, la invasión o

---

<sup>17</sup> Artículo 41 de la Constitución de 1953; artículo 84 de la Constitución de 1947; artículo 42 de la Constitución de 1936.

<sup>18</sup> Artículo 206 de la Constitución. Sobre un completo estudio doctrinal respecto a los vicios del acto administrativo, véase: F. Garrido Falla, “Los Motivos de impugnación del acto administrativo”, *RAP*, N° 17, 1955, p. 11 y ss.; también véase el libro del mismo autor: *Régimen de impugnación de los Actos Administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1956. Véase, asimismo, De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Tesis. París, 1942.

<sup>19</sup> Artículo 159 de la Constitución. En efecto, este es el único artículo de la Constitución que habla de la “extralimitación de atribuciones”, cuando establece: “Los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas no estarán sometidos al veto, examen o control de los otros poderes, salvo lo que esta Constitución establece sobre extralimitación de atribuciones”.

El artículo, aunque en su fondo no nos interesa para lo que ahora aclaramos, en su forma y por la terminología empleada, nos es de gran utilidad. En efecto, se señala que hay atribuciones privativas de los cuerpos legislativos, es decir, del Senado y de la Cámara de Diputados; y que en el ejercicio de esas atribuciones no están dichos cuerpos sometidos al control de otro Poder del Estado, salvo lo que se establezca sobre la extralimitación de atribuciones. Ahora bien, en el sentido del artículo, extralimitación de atribuciones no puede ser otra cosa que la interferencia de un

interferencia de un funcionario administrativo en atribuciones que no le corresponden y que están atribuidas específicamente a otra autoridad administrativa. En nuestra Constitución vigente la extralimitación de atribuciones no es más que esto, es decir, la incompetencia legal que vicia al acto administrativo cuando su autor se extralimita de sus propias atribuciones e invade las de otra autoridad dentro del mismo Poder Administrativo.

Por otra parte, es necesario volver a insistir en lo ya dicho: no debe confundirse lo administrativo con lo constitucional. La extralimitación de atribuciones es una incompetencia de orden administrativo, de orden legal; la usurpación de funciones es una incompetencia de orden constitucional. La extralimitación de atribuciones es una incompetencia que proviene de la actividad administrativa dentro de la función administrativa y puede ser, en razón de la materia, del territorio, del tiempo, del grado jerárquico o de los poderes legales conferidos. La usurpación de funciones, en cambio, es una incompetencia de orden constitucional que deriva de la propia Constitución y que es, en nuestro régimen constitucional, una incompetencia político-social. La finalidad de su regulación ha sido, históricamente, amparar la Constitución contra la acción violenta y arbitraria. Nuestra Constitución sanciona los actos viciados de usurpación de funciones o, como alguien la ha llamado, “usurpación de poder”<sup>20</sup>, con la ineficacia o nulidad radical, como proveniente de autoridad usurpada, de una autoridad ilegítima, de una autoridad fundada en la arbitrariedad o en la violencia o en cualquier otro hecho desprovisto de respaldo legal.

En cambio, en la extralimitación de atribuciones no hay en juego un interés social, ni conviene declarar tampoco los actos con ese vicio como desprovistos de toda existencia jurídica. En estas situaciones los actos sólo son anulables.

---

cuerpo legislativo en las atribuciones privativas de otro, y esto nunca puede ser igual a la usurpación de funciones.

Un comentario completamente al margen, pero útil como observación jurídica: la Constitución no establece nada, en ninguno de sus artículos, sobre la extralimitación de atribuciones...

Sobre la incompetencia como vicio de los actos administrativos en la doctrina, véase: Auby, “L'incompétence ratione temporis”, *RDP*, 1953, p. 5; M. S. Giannini, “In tema di vizio di incompetenza dell'atto amministrativo”; *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1946, II, p. 570; Sandulli, “Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi”. *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, I, p. 25.

<sup>20</sup> Voto salvado del Magistrado Rafael Ángel Camejo a la sentencia CFC-CP-64-1, 8-8-51

En todo caso debemos expresar que estamos hablando de vicios de los actos administrativos, y éstos son ejecutados en cumplimiento de la Ley. Por ello la extralimitación de atribuciones como vicio de los actos administrativos siempre es un vicio de ilegalidad. No sucede lo mismo, por supuesto, respecto a la extralimitación de atribuciones, por ejemplo, de los cuerpos legislativos. Sólo en la Constitución se establecen las atribuciones privativas de cada Cámara; ninguna ley lo hace, pues la actividad legislativa se realiza en ejecución directa de la Constitución. Por ello la extralimitación de atribuciones, en este caso, corresponde propiamente a problemas de Derecho Constitucional y es un vicio de inconstitucionalidad.

Aquí sólo hablamos de extralimitación de atribuciones de la autoridad administrativa y como vicios de los actos administrativos.

### C. *El abuso o exceso de poder*

10. En Francia, el Recurso por Exceso de Poder nació y es empleado para impugnar a los actos administrativos viciados de ilegalidad<sup>21</sup>. No se emplea el término “exceso de poder” para calificar un vicio de ilegalidad de los actos administrativos sino para indicar el principal recurso contencioso-administrativo de anulación. En este sentido el recurso por exceso de poder es la acción por la cual toda persona que tenga interés en provocar la anulación de un acto administrativo ejecutorio puede ocurrir al juez de lo contencioso-administrativo en razón de la ilegalidad de ese acto<sup>22</sup>.

Nuestra jurisprudencia no utiliza el término “exceso de Poder” para calificar el recurso contencioso-administrativo de anulación. En múltiples fallos, la antigua Corte Federal<sup>23</sup> ha utilizado dicho término para indicar un vicio de ilegalidad del acto administrativo. Y, en este sentido, lo asimila al

---

<sup>21</sup> Sobre la evolución histórica del Recurso por Exceso de Poder en Francia, véase: P. Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1934*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, París, 1962; P. Lampue, “Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au debut de XXe. siècle”, *RISA*, 1954, N° 2; Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Dalloz, París, 1952.

<sup>22</sup> Sobre el recurso por exceso de poder en la doctrina, véase: J. Fournies y G. Braibant, “Recours pour excès de pouvoir”. *Répertoire de Droit Public et Administratif*, Dalloz, París; Arias De Velascó, “El Recurso por exceso de poder”. *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1934.

<sup>23</sup> CF—182—1, 9-8-1957; CF—2—1, 24-2-1956. Sobre el exceso de poder como vicio del acto administrativo, véase: S. Martín-Retortillo, “Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *RAP*, N° 23, 1957, p. 83 y sS.; RESTA, “La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi”. *Studi per P. Cammeo*, Padua, vol. II, 1933, p. 383; Forti, “In tema di eccesso di potere”, p. I., 1937, III, p. 122.

abuso de poder<sup>24</sup>. También en otros fallos, erradamente en el sentido general de nuestra jurisprudencia, la Corte Federal calificó la extralimitación de funciones como exceso de poder<sup>25</sup> y la desviación de poder también como exceso de poder<sup>26</sup>.

Trataremos de sacar en claro cuál es el sentido correcto que domina en la jurisprudencia administrativa de la Corte, cuando se ha atendido a la competencia que le da la Ley Orgánica de la Corte Federal para declarar la nulidad de los actos administrativos por abuso de poder<sup>27</sup>.

En sentencia de 9 de agosto de 1957, la antigua Corte Federal ha señalado<sup>28</sup> que “un acto administrativo puede haber sido dictado por el órgano competente aun dando cumplimiento a los preceptos de la ley positiva –y en tal caso no podría tildárselo propiamente de 'ilegal' en el sentido estricto de la palabra–; pero, dentro de esa apariencia de legalidad, el acto puede adolecer de otros vicios, como el de exceso o abuso de poder, contemplado por el ordenamiento jurídico venezolano”.

Claramente observamos que, en Venezuela, el exceso de poder o abuso de poder no es un recurso jurisdiccional, sino que es un vicio de ilegalidad de los actos administrativos. Y, en este sentido, continúa la Corte señalando<sup>29</sup> que cuando la ley venezolana habla de “abuso de poder para sancionar con la nulidad los actos administrativos que lo contengan, no se contrae exclusivamente a la transgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que mira también otros vicios que pueden infirmar los actos de la administración.

Por eso distingue netamente entre ilegalidad o abuso de poder, y este abuso de poder puede cometerlo cualquier funcionario aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, ley positiva o precepto legal expreso, porque en la aplicación de ese precepto legal bien puede haber tergiversado los presupuestos de hecho que autorizaban la actuación del funcionario”.

Y agrega la Corte en el mismo fallo<sup>30</sup> “que no debe confundirse el abuso de poder con la desviación de poder, pues el primero consiste únicamente en hacer uso indebido del poder que es atribuido al funcionario, indepen-

---

<sup>24</sup> CF—182—I, 9-8-1957; CF—2—1, 24-2-1956.

<sup>25</sup> CF—182—1, 9-8-1957; CF—2—1, 24-2-1956.

<sup>26</sup> CF—94—1, 24-11-1953; CF—182—1, 9-8-1957.

<sup>27</sup> Ley Orgánica de la Corte Federal, artículo 7, ordinal 9.

<sup>28</sup> CF—182—I, 9-8-1957.

<sup>29</sup> CF—182—1, 9-8-1957.

<sup>30</sup> CF—182—1, 9-8-1957.

dientemente del fin<sup>31</sup> logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos o bien por cualquier otra causa”. El abuso de poder sostuvo la Corte “se caracteriza más que en ningún otro aspecto en el llamado *travisamento dei facti* del Derecho italiano, o sea, lo que la doctrina procesal denomina ‘tergiversamiento’, reglamentado en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil así: “Cuando los jueces hayan dado por probado un hecho con pruebas que por la ley sea improcedentes para demostrarlo; cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la Ley le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye como si estuviera debidamente hecha; cuando basen sus apreciaciones en falso supuesto, atribuyendo la existencia en un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un hecho con pruebas que no aparezcan en autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo no mencionados en la sentencia”.

Pues bien, esto mismo es lo que se presenta en el Derecho administrativo cuando la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste; no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución y las leyes, pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder<sup>32</sup>. Y ello porque la potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede atravesar y traspasar los lindes de la verdad y de la equidad.

De lo expuesto, claramente se deduce qué entiende la jurisprudencia por vicio de exceso o abuso de poder de los actos administrativos. Observamos que no se trata de un recurso contencioso-administrativo sino de un vicio del acto administrativo. Observamos, asimismo, que se trata de un vicio totalmente distinto del vicio de incompetencia por extralimitación de atribuciones, sobre la que ya hemos hablado. Veremos también, seguidamente, que este vicio del acto administrativo es completamente distinto de la desviación de poder.

El vicio de abuso o exceso de poder es, en definitiva, el vicio que acompaña al acto administrativo cuando el agente que lo cumplió hizo uso indebido del poder legal que le fue atribuido para su actuación por la ley, y en este sentido el más característico es aquel que acompaña a los actos

---

<sup>31</sup> Característica de la Desviación de Poder. Véase N° 40.

<sup>32</sup> CF—182—, 9-8-1957.

administrativos cuando el funcionario que los ha dictado modificó los presupuestos de hecho que autorizaban su actuación, alterando, como consecuencia, la verdad de esos presupuestos de hecho del acto administrativo. Estos presupuestos de hecho son los que configuran la causa del acto administrativo<sup>33</sup>.

#### D. *La desviación de poder*

11. Ha señalado la antigua Corte Federal que están afectados con vicio de desviación de poder aquellos actos que, a pesar de conservarse siempre formal y aparentemente dentro de los límites de las facultades discrecionales, “éstas son usadas para fines distintos de aquellos para los cuales fueron atribuidas al funcionario” esas facultades<sup>34</sup>.

Esta clara noción de la Corte nos indica que no puede confundirse la desviación de poder, creación del Consejo de Estado francés (*détournement de pouvoir*)<sup>35</sup> con el exceso o abuso de poder antes estudiado. Con el primero se obtiene una finalidad distinta de la buscada por el legislador, en el segundo se hace uso indebido del poder que le es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa.

---

<sup>33</sup> Sobre la causa del acto administrativo como uno de los requisitos de fondo, véase: G. Vedel, *Essay sur la notion de cause dans le Droit Administratif*. París, 1934; Forti, “Il motivi e la causa negli atti amministrativi”, *Studi di Diritto Pubblico*, 1937, vol. 3, p. 477; Bodda, “Opinioni sulla causa nell'atto amministrativo”, *Studi in onore di Santi Romano*, vol. II, p. 59; Gasparri, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942; R. Núñez Lagos, “La causa del acto administrativo”, *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, vol. I, Madrid, 1961, p. 65 y ss.; R. E. CHARLIER, “La cause dans la jurisprudence administrative récente”, *JP*, 1950, 871. Véase el N° 94.

<sup>34</sup> CF—182—1, 9-8-1957. Sobre la desviación de poder como vicio del acto administrativo en la doctrina, véase: S. Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder en el Derecho Español”, *RAP*, N° 22, 1957, p. 129 y ss.; A. Serra Piñar, “El recurso por desviación de poder”. *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1942, número en homenaje a Gascon Y Marin, p. 181 y ss.; Martínez Useros, “Desviación de Poder”, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1955-1956; Ferrerò, “Lo sviamento di potere della Pubblica Amministrazione”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1929, p. 294; Rovelli, “Lo sviamento di potere”, *Scritti per G. Vacchelli*, Milán, 1936, p. 447; M. F. Calvero Arevalo, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del tribunal Supremo”, *RAP*, N° 50, 1959, p. 105 y ss.; M. Lagrange, “Le détournement de pouvoir en droit comparé”, *RDP*, 1955, p. 581; Lemasurier, “Le preuve dans le détournement de pouvoir”, *RDP*, 1959, p. 36; R. Vidal, “L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative”, *RDP*, 1952, p. 275 y ss.

<sup>35</sup> M. Long, P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, París, 1962, p. 19 y ss.

Las autoridades administrativas no pueden obrar ad libitum cuando están de por medio los derechos de los administrados. Los actos administrativos pueden adolecer de vicios que acarrean su nulidad, aun cuando tales actos no violen los preceptos constitucionales o legales y con ellos no se usurpe atribuciones el funcionario que los profiere. Estamos entonces, ha señalado la antigua Corte Federal<sup>36</sup>, en presencia de un acto administrativo viciado de desviación de poder, pues, aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, “en su espíritu o en el fondo es realmente contrario a la finalidad del servicio público” o de los principios que informan la función administrativa. No es que el agente público carezca de competencia para ejecutar el acto; ni que éste choque con una disposición legal o norma obligatoria; ni que se omitan determinadas formalidades exigidas por la ley; sino que, no obstante emanar el acto de la autoridad competente y encuadrarse objetivamente dentro de la ley, repugne a los principios de la equidad y, de consiguiente, amenace el funcionamiento regular y seguro de los servicios públicos que, “en un Estado de Derecho como el que garantiza nuestro ordenamiento jurídico, ha de constituir meta invariable, como genuina expresión de democracia orgánica”.

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la Ley a la obtención de determinados resultados; por ello no puede la Administración Pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, aun cuando aquéllos respondan a la más estricta licitud y moralidad, pues lo que se busca es el logro de determinado fin, que no puede ser desviado por ningún motivo, así éste sea plausible.

La Ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta y determinada facultad, pero se la atribuye para obtener un determinado fin o para alcanzar determinado objetivo; si la autoridad administrativa se sirve de tal poder que, efectivamente, le ha sido conferido, para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que los actos que así dicte están viciados de “desviación de poder”.

De esta noción jurisprudencial de la desviación de poder podemos concluir que hay dos tipos característicos de este vicio: uno general y otro particular. Se comete desviación de poder general cuando la autoridad administrativa al actuar no persigue el fin general que caracteriza la función administrativa: *la finalidad de servicio público*. Se comete, por otra parte, desviación de poder particular cuando la autoridad administrativa al actuar no persigue el fin determinado, concreto y específico para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción.

---

<sup>36</sup> CF—102—1, 28-9-1954; CF—94—1, 24-11-53.



En la Constitución vigente de 1961<sup>37</sup>, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico positivo se ha empleado el término “desviación de poder” para indicar un vicio del acto administrativo. Sin embargo, ya había aceptado la jurisprudencia administrativa de la Corte este vicio, tal como se desprende en los fallos anteriormente señalados.

Por otra parte, antes de la aparición de la Constitución vigente, el vicio de desviación de poder se desprendía indirectamente de la facultad reglamentaria que se le atribuía al Presidente de la República en todas nuestras Constituciones anteriores<sup>38</sup>. En efecto, se facultaba al Presidente de la República para reglamentar total o parcialmente las leyes “sin alterar su espíritu, propósito y razón”. De ahí se desprendía que un acto reglamentario contrario a esas finalidades señaladas por la ley estaba viciado de desviación de poder<sup>39</sup>. Eso mismo lo aceptaba la antigua Corte Federal y de Casación<sup>40</sup> cuando expresaba que “se altera el espíritu de la ley cuando el acto reglamentario contiene excepciones o sanciones no previstas en la ley o disposiciones contrarias a los fines perseguidos por el legislador”.

Nuestra Constitución actual (1961), en su artículo 206, señala que 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”. La fórmula “contrarios a derecho” es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar afuera algunos actos administrativos. La Exposición de Motivos de la Constitución señala que “a título simplemente aclaratorio se agregaron las palabras 'incluso por desviación de poder' “. En realidad, esto último no era necesario, porque el acto producido con desviación de poder es también contrario a derecho, pero pareció conveniente ponerlas en el texto constitucional para evitar las dudas que se han producido en otros países.

#### E. *El vicio de forma*

12. La antigua Corte Federal y de Casación en 1937 ya señalaba que, “cuando la Ley crea formas especiales para el cumplimiento del acto administrativo, quiere decir que el acto debe estar rodeado de todas aquellas garantías necesarias para que pueda producir su efecto”. Mas es necesario que la misma Ley establezca, de manera categórica, las formas en que ha de cumplirse el acto, y sólo así es cuando el acto cumplido fuera de esas formalidades legales llega a estar viciado de nulidad.

---

<sup>37</sup> Artículo 206 de la Constitución

<sup>38</sup> Artículo 108, ordinal 2º de la Constitución de 1953; artículo 198, ordinal 10 de la Constitución de 1917; artículo 104, ordinal 10 de la Constitución de 1936.

<sup>39</sup> Véase al respecto Antonio Moles Caubet, “Le contentieux de la légalité des actes administratifs”, en *Bulletin de la Société de Legislation Comparée, RIDC*, año 4, N° 3, 1952, p. 611 y ss.

<sup>40</sup> CFC—CP—19-1, 4-6-1952.

Pero agregaba la Corte, “cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la Administración Pública puede hacerse en las condiciones que juzgue más conveniente y racional el funcionario público, siempre que esa forma de expresión demuestre claramente la voluntad de la Administración”<sup>41</sup>.

La ausencia de una legislación sobre procedimientos administrativos en Venezuela dificulta la construcción sistemática del procedimiento constitutivo del acto administrativo. De ahí la libertad absoluta que daba la Corte al funcionario público para la construcción de la forma de su actividad. Sin embargo, la práctica administrativa y la misma jurisprudencia administrativa de la Corte, fundamentalmente, han elaborado de manera parcial el formalismo del acto administrativo. Formalismo que algunas leyes especiales han acogido.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Resumen CFC-SPA, 1936-1939, p. H sentencia de 7-12-37 (*Memoria* de 1938, tomo I, p. 374). Sobre el vicio de forma de los actos administrativos en la doctrina, véase: G. Belia. “Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs, *RDP*, 1941, p. 397 y ss.

<sup>42</sup> El proyecto LPA 1963 trae una regulación total del procedimiento administrativo, y ha tenido como modelo, fundamentalmente, la Ley de Procedimiento Administrativo española. La Exposición de Motivos, cuando comenta el título sobre “Procedimiento, no contencioso, establece: “Este título esta destinado a regular, se repite, en forma supletoria, todo el sistema de procedimientos constitutivos del acto administrativo en general y correctivos del mismo, todo dentro de los propios órganos de la Administración. Se ha tratado de sistematizar un conjunto de principios que normalmente se aplican en el funcionamiento de la Administración, pero que requerían, además de disposiciones legales que los regulen, un todo orgánico que permita una lógica adecuación entre las exigencias de la técnica y la realidad de nuestra Administración pública. Así, por ejemplo: se han determinado normas sobre la noción de “competencia” fijando el órgano al cual corresponde una determinada facultad cuando ella está atribuida al Ejecutivo nacional (art. 3) o a un Ministerio (art. 4). Se regula el mecanismo de la delegación de competencia (art. 8) y la avocación (art. 7). Por primera vez se incluye en un texto legislativo la posibilidad de que los funcionarios administrativos puedan excusarse de conocer de un asunto, absteniéndose de hacerlo cuando existieren causales similares a las de la inhibición de los jueces (art. 9), y se permite a los interesados recusar a los funcionarios (art. 11), pero bajo la advertencia de que la recusación improcedente acarrea multa para el recusante. Es muy importante el conjunto de normas destinadas a regular la condición de “interesado” que permita actuar frente a la Administración (arts. 12-14), se prohíbe la gestión por terceros a quien no sea abogarlo o representante legal (art. 15), y se prevé la posibilidad de expulsar de un procedimiento a quien pretenda ser intererndo sin tener condición de tal (art. 17). Las actuaciones administrativas, ordena el proyecto, deben ser realizadas con “Economía, celeridad y eficiencia” (art. 19); el

Examinaremos separadamente los principios fundamentales establecidos por la Corte sobre la forma del acto administrativo, con especial referencia a sus vicios.

a) *El vicio de forma en relación con la manifestación de voluntad de la Administración*

13. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “mediando en un asunto la intervención del Estado, su declaración de voluntad. . . se expresa dentro de un proceso formativo que se desarrolla de acuerdo con la ley y con fundamento en la observancia de ciertas formalidades por parte de quien pueda cumplirlas en ejercicio de la función pública, porque tenga capacidad para obrar e intervenir. . . como sujeto de derecho”. Según este principio, no podrá haber manifestación legítima de voluntad cuando se dejan de cumplir las formas requeridas o cuando se han cumplido de manera irregular o distinta, porque la manifestación así emanada “no responde a la verdadera voluntad de la Administración”<sup>43</sup>.

Por tanto, los vicios de error y dolo del derecho común se aplican a la manifestación de voluntad de la Administración, en tanto en cuanto conlleven un vicio de ilegalidad. Respecto al vicio de violencia, la Constitución vigente ha establecido<sup>44</sup> que es nula toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de la fuerza o por reunión de individuos en actitud subversiva.

En todo caso, cuando la manifestación de la Administración no responde a su verdadera voluntad, el acto de ella emanado contiene un vicio de forma susceptible de producir la anulación del acto administrativo.

b) *El vicio de forma en relación con la motivación del acto administrativo*

14. El motivo o la causa del acto administrativo es el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando existe

---

trabajo administrativo puede ser normalizado, automatizado y mecanizado cuando así lo exija la conveniencia de la administración para una mayor eficiencia y economía en los gastos (art. 20). Asimismo, se han establecido normas sobre la necesidad de la formación de expediente para todo asunto administrativo (art. 21), expedientes que deben estar a la orden de los interesados, pero con la salvedad de que se respete la buena marcha de la oficina y el secreto inherente a ciertas cuestiones de Estado (art. 22). Se fijan además normas sobre el propio acto administrativo; debe ser en principio por escrito (an. 24). y cuando se dan determinadas circunstancias como resolución de algún derecho o nuevos criterios de aplicación de la Ley, deben ser razonados (art. 26).

<sup>43</sup> CSJ—PA—97—1, 14-12-1961.

<sup>44</sup> Artículo 120 de la Constitución. Al respecto, véase: Cammeo, “I vizi di errore e di violenza negli atti amministrativi, *G. I.*, 1913, III, p. 114.

previa y realmente una situación legal y de hecho y cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De ahí que, vinculado o discrecional el poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo ha de ser motivado, o mejor dicho, fundamentado con los razonamientos en que se apoya. En este orden de ideas ha señalado la antigua Corte Federal<sup>45</sup> que “la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo ha llegado a considerarse sustancial, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario. En efecto, en tal situación jamás podrían los administrados saber por qué se les priva de su derecho o se les sanciona”.

Por canto, según nuestra jurisprudencia, la ausencia de motivación o de razonada fundamentación vicia al acto administrativo.

Sin embargo, ante la ausencia de legislación procedimental administrativa no puede pretenderse que los actos administrativos cumplan con todos los requisitos y formalidades que para las sentencias establece la legislación procesal civil. No es posible equiparar, en su aspecto formal, la decisión gubernamental con la sentencia como acto típico que es de conclusión normal del proceso civil<sup>46</sup>.

c) *El vicio de forma en relación a la notificación del acto administrativo*

15. En relación a la necesidad de notificación de los actos administrativos, la antigua Corte Federal ha señalado que en el juicio ordinario, cuando llega la oportunidad de sentencia, las partes están a derecho y, si por cualquier circunstancia extraordinaria, no ocurriere así, deberán ser citadas previamente al acto de decisión, con indicación del día y hora en que ella habrá de pronunciarse. “Es lógico, pues, que el lapso de apelación comience a correr desde la audiencia siguiente, ya que los interesados están en cuenta o deben estarlo, de la automática apertura de ese lapso. En la tramitación administrativa no ocurre igual cosa”. Como sucede en muchos casos, las actuaciones de los funcionarios no están sometidas a plazos previamente determinados; esas actuaciones, por lo general, no son públicas en el sentido de que el interesado no tiene acceso fácil al expediente administrativo y, por lo tanto, el procedimiento se desarrolla prácticamente a sus espaldas. Por ello, en el orden administrativo es unánimemente aceptada la práctica sancionada hoy por todas las leyes sobre esta materia, que la notificación de las resoluciones se haga, de ordinario, por su publicación en el órgano oficial cuando el acto es general.

---

<sup>45</sup> CF—182—1, 9-8-1957.

<sup>46</sup> CSJ—PA—17—3, 19-2-1962. Véase, asimismo, sentencia de la CFC en SPA de 29-3-1938 (*Memoria* 1939, tomo I, p. 199) y sentencia de la CFC en SPA de 15-12-1936 (*Memoria* 1937, tomo I, p. 237).

Pero, si el acto es individual, es preciso su notificación especial al interesado por medio de oficio, dejándose constancia también escrita del día y la hora en que se entrega al propio interesado. Sin embargo, algunas leyes especiales establecen la notificación de actos administrativos individuales por su publicación en un órgano oficial determinado. En todo caso, y cuando es requerida la notificación especial y no se logra localizar al interesado, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, así como también un elemental principio de justicia, requieren que el interesado sea notificado por cartel, que se publicará en el órgano oficial destinado a este efecto, con fijación de un lapso prudencial, vencido el cual, sin que se presente el interesado a notificarse, se considerará iniciado el lapso de apelación.

Ha indicado la Corte en la misma decisión que “esta solución, a más de estar enmarcada dentro de claros principios de procedimiento, es justa. La Administración Pública no puede tener interés en cercenar o desconocer el derecho de los particulares de defender sus derechos subjetivos o su interés legítimo contra la posible equivocación, descuido o negligencia de funcionarios de categoría inferior; por el contrario, su deber y conveniencia estriba, como se ha dicho, en que el orden jurídico prevalezca incólume, que el imperio de la ley no se menoscabe ni desvirtúe; y, por ello, el particular que reclama contra una violación de ésta es en realidad un coadyuvador de la Administración en el cumplimiento de ese deber, no su opositor o contrario”<sup>47</sup>.

En definitiva, por cuanto los lapsos para recurrir contra los actos administrativos comienzan según lo expuesto, una vez que el interesado tenga conocimiento formal de ellos, su firmeza<sup>48</sup> está condicionada por la notificación al interesado<sup>49</sup>, y se produce después de vencidos los lapsos para impugnarlos. La notificación del acto, por tanto, es un requisito de forma esencial para la eficacia del mismo.

---

<sup>47</sup> CF—54—1, 5-8-1958. Sobre el vicio en la notificación del acto administrativo, véase; N. Rodríguez Moro, “las Notificaciones defectuosas”. *RAP*, N° 31, 1960, p. 153 y ss.

<sup>48</sup> CF—94—3, 24-11-1953.

<sup>49</sup> “Es opinión generalmente sustentada en Venezuela que la notificación al interesado o solicitante condiciona la firmeza del acto administrativo”. Así se expresa JOSÉ Guillermo Andueza, *El control en Venezuela de los actos ilegales de la Administración Pública*, trabajo preparado en colaboración con T. Polanco, L. E. Farías Mata y E. Pérez Olivares para el Seminario de las Naciones Unidas sobre “Recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo”, celebrado en Buenos Aires del 31 de agosto al 11 de septiembre de 1959, Publicaciones del Ministerio de Justicia de la República de Venezuela, Caracas, p. 14.

d) *Otros vicios de forma*

16. Fundamentalmente, nuestra jurisprudencia sólo se ha pronunciado sobre los tres vicios de forma antes determinados. Sin embargo, numerosas leyes dispersas establecen formalidades especiales para determinados actos. Tal es el caso, por ejemplo, de la consulta previa a órganos de la Administración Consultiva en forma obligatoria. En estos casos la ausencia de consulta vicia al acto.

En todo caso debe tenerse en cuenta que las formalidades del procedimiento constitutivo del acto administrativo han sido señaladas por la Ley en beneficio de los administrados; por tanto, su observancia por parte de la Administración es obligatoria. Sin embargo, para que el vicio de forma constituya una ilegalidad susceptible de producir la nulidad del acto, debe tratarse de una forma esencial a la validez del mismo.

F. *Los actos administrativos contrarios a derecho*

17. Según la expresión utilizada por nuestra vigente Constitución, en su artículo 206, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos “contrarios a derecho”. Es decir que, además de los vicios de ilegalidad específicamente señalados, que representan también una contrariedad al derecho, caen bajo este control de la ilegalidad que ejerce la Corte todos los actos administrativos que no se acomoden en una u otra forma al Principio de la Legalidad Administrativa. Así, todos los actos administrativos que no se encuentren en acuerdo “con el conjunto de reglas o normas preestablecidas” que constituyen las señaladas fuentes de la Legalidad Administrativa, y que, por tanto, sean contrarios a derecho, son anulables por estar viciados de ilegalidad. Aquí entran, por ejemplo, los llamados actos negativos de la Administración, es decir, la inacción de la autoridad administrativa cuando estaba obligada a actuar.

Pero es quizás la ilegalidad relativa al objeto del acto administrativo la que aquí nos interesa destacar específicamente. En este sentido también son ilegales, por contrarios al derecho, los actos administrativos cuyo objeto o contenido esté viciado. Esto sucede cuando el objeto del acto es imposible, ilícito, indeterminado o indeterminable, pues, como veremos, el objeto del acto administrativo, como de cualquier acto jurídico debe ser, según la expresión del artículo 1.155 del Código Civil, “posible, lícito, determinado o determinable”.

### III. EL CONTROL DE LA ILEGALIDAD

1. *Noción previa*

18. La consecuencia fundamental del principio de la legalidad administrativa, como plataforma donde se apoya el Estado de Derecho, es la existencia de controles para frenar las posibles actuaciones ilegales de la

Administración. En Venezuela hay dos tipos fundamentales de Control de la Ilegalidad de los actos administrativos, uno administrativo y otro jurisdiccional. Los medios de que disponen los administrados para poner en movimiento esos controles son los recursos que constituyen las vías de derecho que permiten obtener de una autoridad pública una decisión conforme al derecho y a la equidad.

Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de recursos según el control de la ilegalidad de los actos administrativos que se quiera utilizar. Así distinguimos entre los Recursos Administrativos y los Recursos Jurisdiccionales.

El criterio fundamental de distinción radica en el hecho de que los Recursos Administrativos se proponen ante una autoridad administrativa, quien decide por un acto administrativo, en tanto que los Recursos Jurisdiccionales se proponen ante una autoridad judicial, quien decide por un acto jurisdiccional o sentencia.

En el primer caso, el acto administrativo es revisado por la propia Administración; en el segundo caso, es revisado por una autoridad funcional, orgánica y radicalmente distinta o independiente de la Administración Pública,

## 2. *Los recursos administrativos*

### A. *Noción previa*

19. Es deber y conveniencia de la Administración Pública en que el orden jurídico prevalezca incólume y que el imperio de la ley no se menoscabe ni desvirtúe<sup>50</sup>. Y, por tanto, correlativamente, es derecho de todos los administrados en solicitar de la Administración el cumplimiento de ese deber. De ahí los Recursos Administrativos.

### B. *Los principales recursos administrativos*

20. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y algunas leyes especiales y dispersas han distinguido tradicionalmente dos tipos principales de Recursos Administrativos: el Recurso de Reconsideración y el Recurso Jerárquico.

#### a) *El Recurso de Reconsideración*

21. Este Recurso de Reconsideración se intenta ante la misma autoridad administrativa que dictó el acto administrativo recurrido, para que lo revise desde el punto de vista de la justicia y equidad, y si es el caso, reconsidere su oportunidad y conveniencia.

---

<sup>50</sup> CF—54—1, 5-8-1958

Ha sostenido la antigua Corte Federal<sup>51</sup> que “es de principio que los actos administrativos, aun cuando sean de la categoría de los discrecionales, pueden ser revisados por el propio órgano que los expide, sobre todo cuando no lesionan derechos legítimamente adquiridos”. En ello está comprometido el buen nombre de la Administración, pues una de las peculiaridades del acto administrativo debe ser, precisamente, su subordinación a la equidad y a la oportunidad.

Advertido el funcionario público de que su determinación no corresponde a las exigencias de la equidad, bien por haberse cometido un error de derecho, bien porque no se apreciaron cabalmente las circunstancias de hecho que constituyen el presupuesto del acto administrativo, la sana lógica y el buen sentido han de inducirlo a la consiguiente rectificación, tanto más si no se ha lastimado ningún derecho adquirido. Ahora bien, el medio jurídico puesto a disposición de los particulares lastimados por un acto administrativo para provocar esa rectificación es el Recurso de Reconsideración.

Este recurso ha sido establecido por algunas leyes especiales.<sup>52</sup>

b) *El Recurso Jerárquico*

22. El Recurso Jerárquico es el medio jurídico de que disponen los administrados para obtener, de una autoridad jerárquicamente superior de aquella que dictó el acto administrativo que los lesiona, la revisión del mismo. Normalmente en nuestro sistema jurídico-positivo se lo denomina como Apelación Administrativa.

Los principios fundamentales de este recurso han sido elaborados, en su casi totalidad, por la jurisprudencia administrativa de la Corte. Actualmente, después de una larga evolución, la jurisprudencia admite su procedencia en todo caso, salvo disposición legal expresa en contrario<sup>53</sup>.

En efecto, la antigua Corte Federal ha señalado que “es de principio que en el Estado de Derecho la apelación es concedida a todo aquel que se sienta lesionado por una decisión administrativa, siendo taxativos los casos en que no procede el recurso. Cuando este recurso es negado expresamente por la ley, tal negación ha de entenderse limitada al caso específicamente contemplado por el legislador, sin que pueda extenderse a otras situaciones por

---

<sup>51</sup> CF—33—2, 17-7-1953

<sup>52</sup> El artículo 34 del Reglamento de la Ley de Regulación de Alquileres establece al efecto que “cuando el director de inquilinato negare la autorización, el interesado tendrá derecho de solicitar en escrito motivado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, reconsideración de su caso...”

<sup>53</sup> CF—75—2, 20-10-1960; CF—116—2, 15-10-1954; CF—127—1, 16-11-1954. En sentido contrario, véase la sentencia de 23-4-42 en Resumen CFC-SPA 1940-1951, p. 30 (*Memoria 1943*, tomo I, p. 295).



interpretación analógica”. Por ello, como la negativa de este recurso, que es un derecho del administrado, constituye una derogatoria de los principios –ya que la apelación es la regla–, el intérprete debe ceñirse estrictamente a los precisos términos de la ley cuando es negado.

La apelación ha sostenido la Corte en la misma decisión “es un derecho de carácter general y de incuestionable interés social por cuanto con ello se busca el equilibrio y el imperio de la justicia y la verdad”<sup>54</sup>, y, por ende, la negativa de procedencia del Recurso Jerárquico, repítase, no puede extenderse más allá de los límites que la ley establece.

c) *Motivos que pueden invocarse en los Recursos Administrativos*

23. Los Recursos Administrativos, internos o gubernativos, como también se los llama, pueden intentarse, además de por motivos de ilegalidad, por motivos que podríamos calificar de extrajurídicos. En este sentido, por ejemplo, en los Recursos Administrativos se puede solicitar la reconsideración o revisión del acto en cuanto a su oportunidad o conveniencia cuando éste ha sido dictado en base a una facultad discrecional de la Administración. En definitiva, en estos recursos puede alegarse todo motivo jurídicamente útil, y por eso es que se ha llamado al Recurso Jerárquico como Apelación Administrativa, pues sólo se exige al interesado su inconformidad con el acto. En los Recursos Jurisdiccionales, al contrario, no pueden alegarse sino motivos de ilegalidad<sup>55</sup>.

d) *La decisión de los Recursos Administrativos*

24. La decisión de los Recursos Administrativos se manifiesta indudablemente como un acto administrativo. No estamos en presencia, ni mucho menos, de actos jurisdiccionales como inadecuada e inelegantemente ha sostenido algún autor nacional<sup>56</sup>. Los órganos administrativos, y en esto ha sido categórica la jurisprudencia, “no revisten en ningún caso el carácter de jueces, ni aun cuando resuelven autorizar o no el ejercicio de un derecho subjetivo”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> CF—127—I, 6-12-1955.

<sup>55</sup> CF—85—I, 6-11-1958.

<sup>56</sup> 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”. Tesis de Grado. *Anales de la Facultad de Derecho*, U.C.V., Caracas, 1951, p. 474 y 492.

<sup>57</sup> Sentencia de 7-12-37 en Resumen CFC-SPA, 1936-1939, p. 173 (*Memoria* 1938, tomo I, p. 373).

Por tanto, las decisiones emanadas de la autoridad administrativa, cuando resuelve un recurso administrativo o gubernativo, son actos administrativos. Hay que tener en cuenta que “los actos de carácter administrativo... lo son por su naturaleza, por la cuestión que en ellos se ventila, y no cambia ese carácter ni suspende ni restringe la facultad del funcionario a quien la ley da competencia para conocer y decidir, la circunstancia de que otra autoridad conozca de asunto semejante y aun conexo con aquél”<sup>58</sup>, ni la circunstancia de que otra autoridad realice en un momento dado una actividad semejante.

### 3. *Los Recursos Jurisdiccionales*

#### A. *Noción previa*

25. El control jurisdiccional de los actos administrativos contrarios al Principio de la Legalidad Administrativa, se ejerce actualmente por la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena y en Sala Político-Administrativa<sup>59</sup>.

Debemos distinguir dos tipos fundamentales de Recursos Jurisdiccionales que pueden intentarse contra los actos administrativos: el Recurso de Inconstitucionalidad de los actos administrativos reglamentarios y el Recurso Contencioso-Administrativo de anulación de los actos administrativos generales o individuales.

Estudiemos separadamente ambos recursos.

#### B. *Los tipos de recursos jurisdiccionales*

##### a) *El Recurso de Inconstitucionalidad de los actos administrativos generales*

26. La Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena virtualmente, y en Sala Político-Administrativa transitoriamente<sup>60</sup>, tiene competencia para “declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de la Constitución”. Esta disposición de la Constitución da atribución a la Corte para controlar la constitucionalidad de los reglamentos o actos administrativos reglamentarios o generales y de los llamados actos de gobierno<sup>61</sup>.

El Recurso de Inconstitucionalidad de los actos administrativos de carácter general es imprescriptible y, por tanto, no está sujeto a término alguno de caducidad. En su procedimiento no hay partes propiamente dichas, por lo

---

<sup>58</sup> CFC—CP—40—1, 30-10-1952

<sup>59</sup> Artículos 206, 215, 216 y Disposición Transitoria decimoquinta de la Constitución.

<sup>60</sup> Artículo 215, ordinal 6º y artículo 216 de la Constitución. Asimismo, la Disposición Transitoria decimoquinta.

<sup>61</sup> Debemos aclarar que, en Venezuela, los actos de gobierno no son actos administrativos.

que no es contencioso, y la ley respectiva prevé simplemente una notificación al Procurador General de la República<sup>62</sup>. Por ello ha señalado la antigua Corte Federal y de Casación que la inconstitucionalidad, a diferencia de la ilegalidad, “debe resultar siempre sin necesidad de alegar ni probar hechos, del antagonismo directo entre el acto administrativo que se impugna y algún principio o garantía constitucional infringida”<sup>63</sup>, o de que aparezca realizado dicho acto por una autoridad usurpada o por un funcionario que ejerza funciones que, según la Constitución, no le correspondan.

El Recurso de Inconstitucionalidad puede ser ejercido por vía de acción popular, que corresponde a todos y cada uno de los individuos que componen el conglomerado social, cuando se impugna la validez de un acto administrativo, que, por tener un carácter general y normativo, obra *erga omnes* y, por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual<sup>64</sup>. En cambio, ha señalado la actual Corte Suprema de Justicia, “la situación particular y concreta que se deriva del acto administrativo inconstitucional con efectos individuales no puede ser impugnada por vía de acción popular, propia de los actos generales del Poder Público”<sup>65</sup>. En estos casos de actos administrativos individuales con vicio de inconstitucionalidad sólo se pueden impugnar por la vía contencioso-administrativa de anulación, en base a un interés legítimo, y no podría alegarse un simple interés propio de la acción popular<sup>66</sup>.

b) *El Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación de los actos administrativos.*

27. La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa 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<sup>67</sup>.

El medio jurídico de que disponen los particulares para producir esa nulidad jurisdiccional de los actos administrativos es el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación. Este recurso es un medio de impugnación de los actos administrativos y por eso es que se intenta contra el acto y no contra la Administración. Por ello es inexacta la afirmación de la antigua Corte Federal

---

<sup>62</sup> CF—172—1. 30-7-1957.

<sup>63</sup> CFC—CP—5—1, 23-2-1953.

<sup>64</sup> CF—23—1, 14-3-1960.

<sup>65</sup> CSJ—PA—26—1, 15-3-1962.

<sup>66</sup> CF—23—1, 14-3-1960.

<sup>67</sup> Artículos 206, 215 ordinal 7º, 216 y Disposición Transitoria decimoquinta de la Constitución. Respecto a los Actos Reglamentarios, la atribución es en principio de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, artículo 215, ordinal 6º.

cuando dice que en este recurso se propone “formal demanda contra la Nación en la persona del Procurador de la misma, a quien necesariamente se le cita y se le emplaza, como a cualquier demandado, para que comparezca en la oportunidad que se le señale a contestar la demanda”<sup>68</sup>.

El Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación en principio es prescriptible y, por tanto, está sujeto a lapso de caducidad<sup>69</sup>.

En este recurso la función contralora de la Corte Suprema de Justicia no se limita a una simple comparación del acto administrativo con la regla o norma legal violada. La Corte tiene amplios poderes de investigación<sup>70</sup> y las partes deben probar los extremos de sus imputaciones.

Los ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, admiten el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación de los actos administrativos exigen, como uno de los requisitos procesales, que el recurrente ostente un interés que, en todo caso, ha de ser personal, directo y legítimo, aunque, como lo dispone el artículo 14 de nuestro Código de Procedimiento Civil, puede ser eventual o futuro, salvo el caso en que la ley lo exija actual<sup>71</sup>. Sin embargo, cuando se solicita por vía de ilegalidad la nulidad de actos administrativos generales, cualquier persona con capacidad legal e interés simple podrá solicitarla<sup>72</sup>.

La propia Administración puede ocurrir, por conducto del Procurador General de la República, solicitando la nulidad ante la Oírte Suprema de Justicia de un acto administrativo contrario a derecho, siempre que ella misma no lo pueda revocar<sup>73</sup>. Su interés legítimo, al efecto, es presumido.

### *C. Motivos que pueden invocarse en los recursos jurisdiccionales*

28. Respecto al Recurso de Inconstitucionalidad, éste debe fundamentarse en la denuncia del principio o garantía constitucional infringido por el acto administrativo general que se ataca. Por ello debe señalarse obligatoriamente

---

<sup>68</sup> CF—172—1, 30-7-1957.

<sup>69</sup> Artículo 7, ordinal 9 de la Ley Orgánica de la Corte Federal. CSJ—PA—76—1, 20-6-1962.

<sup>70</sup> CF—23—1, 14-3-1960; CF—94—2, 24-11-1953.

<sup>71</sup> CF—23—1, 14-3-1960.

<sup>72</sup> COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL, Ponencia preparada con la colaboración de José Gabriel Sarmiento Núñez y Eloy Lares Martínez sobre *La Revisión de decisiones administrativas*, y presentada a la Ilustre Conferencia Interamericana de Derecho Procesal reunida en San Juan de Puerto Rico, del 21 al 23 de julio de 1962, edición multigrafiada, p. 5.

<sup>73</sup> CF—115—1, 11-11-1955; CFC—CP—18—1, 19-10-1951.

el precepto constitucional infringido o violado. Tal violación no puede colegirse por vía de deducciones, sino que ha de descansar en razones amplias y suficientemente explícitas para poner en claro la cuestión de inconstitucionalidad<sup>74</sup>.

En relación con el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación, el recurrente debe señalar la decisión administrativa recurrida, expresando las razones legales y de otra índole en que apoya el recurso<sup>75</sup>, y por las que considera que el acto administrativo impugnado es contrario a derecho. Sólo pueden alegarse motivos de ilegalidad, es decir, de contrariedad al Derecho, sea por usurpación de funciones, extralimitación de atribuciones, abuso o exceso de poder, desviación de poder, vicio de forma u otro cualquiera de ilegalidad. En este sentido podría demandarse, por ser contraria a derecho, la inacción de la Administración que es cosa distinta del llamado “silencio administrativo”, ya que en la primera lo que se impugna, por ser ilegal, es la falta de acción de la Administración cuando ha debido actuar; en cambio, en el silencio administrativo la doctrina admite el recurso, pero contra la decisión administrativa implícita que se considera emanada del órgano administrativo. La doctrina del silencio administrativo no está admitida con carácter general en Venezuela<sup>76</sup>.

#### D. *La decisión de los recursos jurisdiccionales*

29. La decisión de los recursos jurisdiccionales de Inconstitucionalidad o de Anulación de los actos administrativos por contrariedad al Derecho se manifiesta como un acto jurisdiccional, ya que emana de la Corte Suprema de Justicia ejerciendo el Poder Judicial<sup>77</sup> y actuando en función jurisdiccional.

#### E. *Imposibilidad de acumulación de los recursos jurisdiccionales*

30. Ha sostenido la actual Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, que no es posible intentar conjuntamente el Recurso de Inconstitucionalidad de los actos administrativos generales con el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación, ya que “ambos recursos son esencialmente diferentes y distintos los procedimientos para tramitarlos”<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> CFC—CP—42—1, 26-11-1952.

<sup>75</sup> CF—30—1, 9-4-1959; CSJ—PA—102—1, 19-12-1961; CSJ—PA—103—1, 20-12-1961.

<sup>76</sup> En Venezuela el silencio administrativo como productor de actos administrativo, negativos solo está admitido en el Reglamento de la Ley de Regulación de Alquileres, artículo 33, y en la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público en el procedimiento administrativo previo en las demandas contra la Nación.

<sup>77</sup> Artículo 204 de la Constitución.

<sup>78</sup> CSJ—PA—26—1, 15-3-1962.

#### 4. *La excepción de ilegalidad*

31. Establece la Ley Orgánica de la Corte Federal que las acciones y recursos contencioso-administrativos caducarán en todo caso a los seis meses, contados a partir de la fecha de la publicación del acto administrativo en el órgano oficial respectivo, o de la fecha de notificación del acto al interesado, cuando ésta fuere procedente y si aquélla no se efectuare. La ilegalidad del mismo acto –termina la ley– puede oponerse siempre como excepción, salvo que la ley disponga lo contrario<sup>79</sup>.

Esta disposición legal responde al aforismo *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, es decir, los argumentos jurídicos que no pueden ser invocados en justicia en un tiempo determinado, pueden ser invocados siempre como excepción.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el hecho de que transcurra el lapso fijado para el recurso sin que se haya intentado éste para anular el acto, no significa que el mismo deja de ser ilegal. De ahí la existencia de la excepción de ilegalidad.

### IV. CONSECUENCIAS DE LA ILEGALIDAD

#### 1. *Los efectos de la ilegalidad respecto al acto administrativo*

##### A. *Noción previa*

32. La violación del acto administrativo de alguna de las fuentes que constituyen el Principio de la Legalidad Administrativa lo hace ilegal, sea por inconstitucionalidad, usurpación de funciones, extralimitación de atribuciones, abuso o exceso de poder, desviación de poder, vicio de forma o, en general, por contrariedad al Derecho.

Sin embargo, estas ilegalidades no vician al acto administrativo con la misma intensidad y, por tanto, no tienen el mismo efecto respecto al acto que las contiene. En este sentido hay que distinguir, entre los vicios de ilegalidad de los actos administrativos, aquellos que producen la nulidad de ellos, de los que producen su anulabilidad.

Estudiaremos entonces, por una parte, la nulidad del acto administrativo donde se incluyen algunos casos que la jurisprudencia ha calificado de inexistencia; y por otra parte, la anulabilidad de los actos administrativos.

##### B. *La nulidad del acto administrativo*

33. La nulidad del acto administrativo puede tener su origen en un vicio de inconstitucionalidad o en un vicio de ilegalidad propiamente dicha. En el primer caso nuestra jurisprudencia ha calificado el acto administrativo nulo

---

<sup>79</sup> Artículo 7, ordinal 9 de la Ley Orgánica de la Corte Federal.

por violación de la Constitución como “inexistente”. Sin embargo, para nosotros dicho acto es tan nulo, de nulidad absoluta, como el acto administrativo nulo por ilegalidad propiamente dicha. Por tanto, cuando hablemos de inexistencia del acto administrativo, nos referiremos, acogiendo la denominación jurisprudencial, al acto administrativo nulo por violación de la Constitución, y en ningún caso nos estaremos refiriendo a un tipo de nulidad distinto de la nulidad absoluta.

Respecto a la nulidad del acto administrativo por violación de la Constitución, la antigua Corte Federal y de Casación ha sostenido<sup>80</sup> que “el acto nulo por violación de la Constitución virtualmente no existe; sobre él nada útil puede levantarse. Ni este Alto Tribunal, con toda la extraordinaria facultad que le reconoce la Constitución, puede dar validez alguna al acto ejecutado con violación de algún precepto constitucional”.

Es decir, el acto administrativo inconstitucional es inexistente: no produce ninguno de los efectos jurídicos perseguidos ni puede jamás ser convalidado, y, cuando se trata de actos administrativos reglamentarios, el recurso para constatar su inexistencia sea el Recurso de Inconstitucionalidad, como el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación, es imprescriptible, como hemos visto. La categoría de los vicios de inconstitucionalidad, y entre ellos la usurpación de autoridad y la usurpación de funciones<sup>81</sup>, justifican una sanción jurídica tan rigurosa.

La misma Constitución, en sus artículos 46 y 119, declara nulos, de nulidad absoluta, los actos administrativos viciados de inconstitucionalidad.

Pero, por otra parte, fuera de los actos viciados de inconstitucionalidad, también puede haber actos administrativos nulos, de nulidad absoluta, por estar viciados de ilegalidad propiamente dicha. Tal es el caso, por ejemplo, de los actos administrativos dictados por un funcionario público manifiestamente incompetente. No se trata aquí de una usurpación de funciones sino de una extralimitación de atribuciones burda y manifiesta, que no pueda hacer pensar nunca que el acto fue dictado por la autoridad que era competente y, por tanto, que no pueda ser jamás considerado como una manifestación normal de voluntad de la Administración.

---

<sup>80</sup> CFC—CP—14—1, 12-6-1951.

<sup>81</sup> Véanse Nos. 3 y ss. “Sobre la inexistencia de los actos administrativos”, véase: J. M. AUBY, *La Théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Tesis. Paris, 1946, Pedone Paris, 1951; P. Weil, “Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif”, *Crónicas Dalloz*, 1958, p. 47; F. P. Mastropasqua, “Inconvertibilità degli atti amministrativi inesistenti”, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Bari*, 1936; F. Gazier y M. Long, “La notion d'acte administratif inesistente”, *AJ*, N° 8-9, 1954, p. 5.

También debe considerarse como acto administrativo nulo, por mandato constitucional, el acto dictado “por requisición directa o indirecta de la fuerza o por reunión de individuos en actitud subversiva”<sup>82</sup>. En la misma forma debe considerarse como acto administrativo nulo, aquellos cuyo objeto sea de realización imposible, o cuyo objeto sea ilícito, constituyendo un delito. Por último, deben también considerarse actos administrativos nulos aquellos dictados con ausencia total y absoluta de procedimiento administrativo, cuando éste estaba determinado para guiar y garantizar la correcta formación y manifestación de la voluntad administrativa. No se trata de una violación de formas prescritas sino una ausencia total de esas formas<sup>83</sup>.

Los efectos que produce la nulidad de un acto administrativo respecto a este son de una gravedad absoluta, correlativa a la gravedad del vicio. Veamos algunas:

En primer lugar, el acto nulo no puede crear ningún derecho ni puede convertirse, por tanto, en definitivo. Nadie puede alegar derechos adquiridos de un acto nulo. Por ello nuestra Corte, refiriéndose al acto nulo por violación de la Constitución, señalaba que “sobre él nada útil puede levantarse”<sup>84</sup>.

En segundo lugar, en materia de recursos jurisdiccionales, solamente respecto a los actos administrativos nulos de carácter general, esos recursos son imprescriptibles y, por tanto, su inconstitucionalidad o ilegalidad puede ser señalada e impugnada en cualquier momento<sup>85</sup>. Sin embargo, respecto a los actos administrativos individuales, en contra de los cuales sólo puede intentarse el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación, éste tiene lapso determinado de caducidad y, por tanto, es prescriptible, por lo cual no podrán impugnarse por vía de acción después de vencido el lapso correspondiente. Pero el acto administrativo nulo de efectos individuales podrá, sin embargo, ser impugnado siempre por vía de excepción. De ahí la gran importancia de la excepción de ilegalidad. Esta posibilidad de excepción hará, en todo caso, inaplicable el acto. La razón de ser de este distinto

---

<sup>82</sup> Artículo 120 de la Constitución.

<sup>83</sup> El Proyecto LPA 1963 distingue claramente entre la nulidad de los actos administrativos y su anulabilidad, acogiendo la doctrina más moderna al respecto. En este sentido, el artículo 31 declara que “Los actos administrativos son nulos en los casos siguientes: 1) Los dictados por un órgano administrativo manifiestamente incompetente; 2) Aquellos cuyo contenido sea de ejecución imposible o que constituyan en sí mismos delito; 3) Los que fueren dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal o reglamentario establecido para ello”. Por otra parte, agrega el artículo 82 del Proyecto que “la Administración podrá, en cualquier momento, de *oficio* o a solicitud del interesado... anular los actos a que se refiere el artículo 31 de esta Ley”.

<sup>84</sup> CFC—CP—14—1, 12-6-1951.

<sup>85</sup> Véase N° 26.



tratamiento, en materia de recursos jurisdiccionales, radica en el interés de los administrados en dichos actos: en los actos administrativos de carácter general el interés es colectivo; en cambio, en los actos administrativos individuales el interés es particular, por lo cual el interesado debe estar pendiente de ejercer los recursos puestos a su disposición. Si no los ejerce en su oportunidad tendrá, sin embargo, la posibilidad de oponer la excepción de ilegalidad cuando se intente aplicar el acto nulo.

En materia de recursos administrativos la situación es distinta. La Administración, como los actos administrativos nulos son incapaces de producir derechos a favor de los administrados, puede declarar su nulidad en cualquier momento, sea de oficio o a solicitud de parte por medio de un recurso administrativo, revocándolos.

En tercer lugar, el acto administrativo nulo no puede ser jamás convalidado, ni siquiera por la Corte Suprema<sup>86</sup>.

Por último, los funcionarios y empleados públicos que ordenen o ejecuten un acto administrativo nulo, “incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes”<sup>87</sup> y en todo caso incurren en “responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley”<sup>88</sup>.

### C. *La anulabilidad del acto administrativo*

34. La anulabilidad del acto administrativo, contrariamente a lo visto en los casos de nulidad, no produce consecuencias tan graves. Y ello se deriva de la calidad de vicios de ilegalidad que la producen. Tales son los casos de los actos administrativos ilegales por abuso o exceso de poder o por desviación de poder. También produce la anulabilidad del acto la incompetencia del funcionario que lo dictó, cuando esa incompetencia no es manifiesta y haga presumir en el público la normalidad en la manifestación de la voluntad administrativa.

---

<sup>86</sup> CFC—CP—14—I, 12-6-1951.

<sup>87</sup> Artículo 46 de la Constitución.

<sup>88</sup> Artículo 121 de la Constitución. En general, en materia de nulidad de los actos administrativos, véase: Tomas Gibbs, “Nulidad de los actos administrativos por ilegalidad o abuso de poder. El problema en la Constitución Nacional”, *Revista de Derecho y Legislación*, tomo XXIX, 1940, p. 187 a 194; J. De Soto, *Contribution a la Théorie des Nullités des actes administratifs unilatéraux*, Tesis. París, 1942; Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milán, 1939; Cadacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milán, 1939; F. Garrido Falla, “Los Motivos de impugnación del Acto Administrativo”, *RAP*, N° 17, 1955, p. 11 y ss.

En el mismo caso de anulabilidad se encuentran los actos administrativos en cuya formación se omitió una formalidad o se incurrió en un vicio de forma esencial capaz de producir la anulabilidad y el posible control jurisdiccional. Veamos las características de esta anulabilidad por contraposición a la nulidad anteriormente estudiada:

En primer lugar, el acto administrativo anulable, mientras no sea declarado anulado, produce todos sus efectos jurídicos y, por tanto, es susceptible de crear derechos en favor de los particulares.

En segundo lugar, pueden ser impugnados en vía jurisdiccional por el Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación, dentro de un determinado lapso de caducidad<sup>89</sup>, fuera del cual no se lo podrá impugnar por vía principal, y sólo se podrá invocar su vicio por vía de excepción<sup>90</sup>.

En materia de recursos administrativos, si se trata de un Recurso Jerárquico, la autoridad superior puede modificar o revocar el acto impugnado dentro de los términos correspondientes, así como reponer el procedimiento administrativo al estado de subsanar el vicio de forma que hacía al acto anulable. Si se trata de un Recurso de Reconsideración, la autoridad administrativa que decide el recurso, y que es la misma que dictó el acto impugnado, puede modificarlo corrigiendo los vicios de que adolecía o revocarlo, siempre que con dicho acto no se hayan creado derechos a favor de particulares<sup>91</sup>. En todo caso, cuando el acto administrativo es creador de derechos a favor de particulares, la Administración no puede revocar de oficio dichos actos.

En tercer lugar, el acto administrativo anulable en principio puede ser convalidado por la Administración subsanando los vicios de que adolecía<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Hay una evidente contradicción entre el artículo 7, ordinal 9º y el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal, al señalar lapsos distintos para la impugnación por ilegalidad del acto administrativo. En la primera disposición se señala un lapso de seis meses, y en la segunda otro de tres meses. Esta contradicción ha sido aclarada por la jurisprudencia administrativa de la Corte, aceptando siempre el lapso mayor de seis meses.

<sup>90</sup> Artículo 7, ordinal 9 de la Ley Orgánica de la Corte Federal. Véase al respecto el N° 31.

<sup>91</sup> CF—33—2, 17-7-1953.

<sup>92</sup> Sobre la convalidación de los actos administrativos anulables, es interesante destacar el artículo 35 del Proyecto LPA 1963. En efecto, dicha disposición expresa: “La Administración Nacional podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan. Si el vicio consistiere en la incompetencia, la convalidación podrá realizarse por el superior jerárquico de aquel funcionario u organismo que dictó el acto convalidado. El acto convalidado surtirá todos sus efectos desde la fecha de la convalidación. Cuando la anulabilidad dependa de la falta de alguna autorización

Por último, y por cuanto el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o violación de la ley<sup>93</sup>, los funcionarios que dicten el acto administrativo anulable deben responder por los daños y perjuicios que causen.

## 2. *La constatación de la ilegalidad*

35. La constatación de la ilegalidad del acto administrativo produce la declaración de nulidad del mismo, sea porque se lo *anula por la autoridad jurisdiccional*, sea porque se lo *revoca por la autoridad administrativa*. Cuando la autoridad judicial competente en materia contencioso-administrativa declara a un acto administrativo como nulo, de nulidad absoluta, su decisión tiene efectos hacia el futuro y hacia el pasado. Se considera que el acto no ha producido jamás sus efectos pretendidos<sup>94</sup>. En cambio, cuando sólo declara un acto administrativo anulado, los efectos de su decisión se extienden sólo hacia el futuro.

Cuando se trata de una revocación hecha por la autoridad administrativa, los efectos de la decisión serán los mismos antes señalados, según se trate también de la revocación de un acto administrativo nulo o de un acto administrativo anulable.

ALLAN-RANDOLPH BREWER C.

*Profesor de Derecho Administrativo de la  
Universidad Central de Venezuela  
Adscrito al Instituto de Derecho Público*

---

podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente. Esta norma no se aplicará en el caso de que la omisión fuere de informes o de propuestas exigidas con carácter obligatorio”.

<sup>93</sup> Artículo 121 de la Constitución.

<sup>94</sup> Al respecto, véase FORTI, “Limiti alla retroattività dell’annullamento”, *FI*, 1931, III, p. 6.



### 3.

## LAS TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO: EL CASO DE VENEZUELA\*

en *Revista de Administración Pública*, N° 58, Madrid 1969, pp. 387-420.\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II LA PROBLEMÁTICA DE LOS PAÍSES SUBDESARROLLADOS. III. LAS TRANSFORMACIONES EN LAS ESTRUCTURAS. IV. EL PAPEL DEL ESTADO EN LAS TRANSFORMACIONES DE LAS ESTRUCTURAS. V. LA REFORMA DE LA ESTRUCTURA ESTATAL .VI. LA REFORMA ADMINISTRATIVA. VII. CONCLUSIÓN.

#### I. INTRODUCCIÓN

1. En la actualidad, y desde hace algunos años, en todos los países del mundo se observa la existencia de un anhelo o una aspiración política que busca una reforma o una renovación de las estructuras de la sociedad.

Esta situación no sólo es propia de los países subdesarrollados o del tercer mundo, en los cuales se vienen operando transformaciones en todos los órdenes, principalmente originadas por el contraste que surge entre sus estructuras e instituciones y el desarrollo económico<sup>1</sup>; sino que se observa

---

\* Este trabajo es el texto de la Conferencia dictada por el autor en Caracas, el día 29 de mayo de 1968, en el Palacio de las Academias, en el ciclo “La Contribución de los Juristas al Desarrollo Nacional”, organizada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Para su publicación no se han introducido más que pequeñas modificaciones y adicionado las notas respectivas.

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-58-eneroabril-1969/las-transformaciones-de-la-administracion-publica-para-el-desarrollo-el-caso-de-venezuela-2>

<sup>1</sup> Véase algunos aspectos de ello en los campos jurídicos y económico, en *Les Aspects Juridiques du Développement économique*, Association Internationale des Sciences

también, quizás con rasgos más alarmantes, en las sociedades desarrolladas o industriales de nuestro tiempo. Recientemente, por ejemplo, hemos visto al General De Gaulle, después de diez años de ejercicio del poder personal en Francia, y frente a la crisis social y política de ese país, apelar a los franceses, mediante un referéndum, para emprender, con los poderes públicos, –ha dicho–, “el cambio, en todos los lugares donde haga falta, de las estructuras estrechas y anticuadas para abrir más ampliamente la ruta a la nueva sangre de Francia”.

En todo caso, especialmente después de la segunda guerra mundial, una serie sucesiva de reformas se vienen operando, las cuales han tenido reflejos peculiares en el campo del derecho.<sup>2</sup> De ahí que se hable con tanta insistencia de la reforma agraria, de la reforma de la empresa y de los mecanismos de producción, de la reforma de la educación, y hasta de la reforma administrativa.

2. Todas esas reformas, todas esas transformaciones deseadas en las estructuras e instituciones políticas, sociales y económicas, tienen evidentemente su origen, en la necesidad de adaptarlas a los cambios operados en las realidades socio-económicas en los últimos años.

Puede decirse que estas transformaciones son de tal naturaleza, que jamás se habían operado en la historia de la humanidad, en un lapso tan corto. La revolución francesa y la revolución industrial requirieron de muchos años para su consolidación y para hacer sentir sus efectos. La revolución tecnológica de nuestros días en cambio ha sido tan rápida, que hace perder las perspectivas mismas de lo que será el mundo en los próximos treinta años.

3. Sin embargo, en la actualidad, y a pesar de todos esos violentos cambios de la realidad socio-económica, la mayoría de los países siguen manipulándola a través de instituciones, estructuras, sistemas y mecanismos decimonómicos.

Piénsese sólo por vía de ejemplo, en el Municipio y en la autonomía municipal –instituciones que por inservibles frente a la revolución urbana de nuestros días, es preciso arrinconarlas– y todos los defensores a muerte que aún tiene, y que no se dan cuenta que, quizás, los desaciertos y fracasos de la gestión de los intereses locales en la actualidad, sólo tienen su origen en la defensa a ultranza de un pretendido Municipalismo ya caduco.

---

Juridiques, París 1966; Nguyen Huu Chau, *Structures, institutions et développement économique dans les pays sous-développés*, Paris 1964.

<sup>2</sup> Un magnífico análisis de las transformaciones del derecho en la sociedad cambiante puede verse en Wolfgang Friedmann. *El Derecho en una sociedad en transformación*, México 1966.

4. Todas esas contradicciones entre la realidad social y económica y las estructuras e instituciones políticas y sociales, se han reflejado con especiales características en la función del Estado. En la actualidad, en todos los países del mundo, inclusive los más capitalistas, el Estado puede considerarse como un Estado intervencionista, en diversos grados de intervención por supuesto.

En este sentido es necesario señalar que ya han pasado los días en que era necesario razonar y justificar la actitud intervencionista del Estado. La intervención estatal es una realidad, y en efecto, en la actualidad, pocos campos o sectores de nuestra vida económica y social escapan de una ingerencia del Estado, o al menos, de la presencia del Estado.

Pero lo característico de esta realidad es que es irreversible, por lo que de nada valen –salvo para sembrar confusión– los últimos alaridos que todavía se dan en defensa de un liberalismo tradicional, que no existe, como sistema, en ninguna parte del mundo.

Sin embargo, ante esa realidad del Estado intervencionista, en los hechos, éste pretende seguir gestionando o conformando la realidad económica o la realidad social con los esquemas del Estado liberal-burgués, es decir, sustancialmente, con los esquemas del Estado abstencionista. De ahí las nuevas tendencias –como la de la reciente doctrina alemana– de considerar en la actualidad al Estado no ya como Estado liberal-burgués de derecho sino como Estado social de derecho, y como la de la doctrina anglosajona que ha venido propugnando la noción sustitutiva del Welfare State, Estado de bienestar, o Estado benefactor.

## II. LA PROBLEMÁTICA EN LOS PAÍSES SUBDESARROLLADOS

5. Pero esas contradicciones entre las instituciones políticas y las realidades socio-económicas que dan origen a la necesidad de una transformación de la función del Estado aún en los sistemas más capitalistas, surgen más patentes y dramáticas en los denominados países subdesarrollados. Todos los efectos de la revolución urbana o de la revolución tecnológica de nuestros días colocan a los países del tercer mundo en una situación aún más angustiosa.

Para darse cuenta de ello, quizás baste comparar nuestra situación con la de los países europeos. Estos temen con cierta base<sup>3</sup> que se ahonde cada vez más, en perjuicio de su futuro desarrollo, si abismo o foso que ya los separa del avance tecnológico y organizativo de los países que en pocos años formarán parte de la llamada sociedad post-industrial y que estará materialmente en manos de las computadoras o de los ordenadores.

---

<sup>3</sup> *Vid.* en tal sentido uno de los libros de más reciente actualidad, Jean-Jacques Servan-Schreiber, *El Desafío Americano*, Barcelona 1968.

Ante esa actitud, realmente que la angustia es total respecto al destino de nuestros países del tercer mundo frente a éstos que formarán la sociedad post-industrial, cuando sólo es ahora, pero con muchos altibajos y muy tímidamente, que nos estamos acercando a la etapa de la sociedad industrial. Ese abismo, amenaza ahondarse en tal forma que no será posible nunca eliminarlo. De ahí el reto del desarrollo, pues este desarrollo nacional es la única vía que nos queda, no para eliminar esas diferencias ya imposibles de borrar, sino para disminuirlas en beneficio de nuestros pueblos.

6. Pero al hablar de nuestro subdesarrollo tenemos que preguntarnos, realmente sobre qué es el desarrollo, palabra que ya entra casi en el campo de los mitos políticos y económicos.

Ciertamente que con esta palabra nos han invadido los economistas, y por ello, se trataba hasta hace muy poco de una palabra tabú para los juristas. Sin embargo, me parece indispensable hacer alguna incursión en dichos predios, e intentar penetrar ese tabú inexplicable.

Una cosa es cierta y definitiva en este campo: el desarrollo no puede definirse in abstracto, no puede definirse genéricamente, sino sólo por comparación. Se trata por tanto de una meta, con variantes, que surge por módulos de comparación con las sociedades industriales o desarrolladas de la actualidad.

Desarrollo en este sentido es sinónimo de progreso, pero de progreso comparado con metas ya logradas por otros países. El desarrollo entonces, no es un fin en sí mismo, sino un medio de satisfacer aspiraciones humanas, por lo que en nuestros países, es un medio para la reforma social y no otra cosa precisa la Constitución de Venezuela, en su Preámbulo, al indicar que se ha dictado entre otros propósitos, con el de promover el bienestar general y la seguridad social; de lograr una participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social; y de fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre. Por ello, el mismo texto constitucional establece la obligación para el Estado de promover el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Vemos en dichas declaraciones el reconocimiento claro de nuestro subdesarrollo y la definición de ciertas metas a lograr y que constituyen el desarrollo.

Ahora bien, de acuerdo a ello, y no pudiendo definirse in abstracto nuestra condición de país subdesarrollado, destaquemos los índices que nos clasifican en dicha categoría, como país que hasta ahora no había participado en la revolución industrial.



Nuestra situación de subdesarrollo en líneas generales, entonces, puede caracterizarse por tres aspectos distintos: un aspecto económico, un aspecto social y un aspecto político.<sup>4</sup> Bajo el aspecto económico se caracteriza, en primer lugar, porque tenemos una gran proporción de la población dedicada a las actividades primarias, es decir, agrícolas y de extracción minera, pero con la peculiaridad, de que la producción nacional en esos campos se traduce o en una producción de subsistencia o en una producción de exportación. Ello implica asimismo una situación de escasa industrialización, y algunas veces, una hipertrofia del sector terciario o de servicios, en relación a los otros. En segundo lugar, se caracteriza por la dependencia económica de nuestros países frente al capital extranjero con todas sus consecuencias, inclusive de orden político, lo que ha conducido a François Perroux a calificar a estos países subdesarrollados simplemente como “naciones aparentes” o que ha conducido con frecuencia a que se les de el calificativo de “países sucursales”.<sup>5</sup> El tercer aspecto económico radica en la condición de desempleo o subempleo cada vez más generalizada, debido a la explosión demográfica que no ha sido acompañada por una adecuada expansión económica.

Por otra parte, los aspectos sociales o más bien socio-económicos de nuestro subdesarrollo son, en primer lugar, la enorme desigualdad de ingreso por habitante y por tanto, del nivel de vida de los mismos, que es bajo. De ahí que sea absolutamente exacta la apreciación generalizada de que un país es más pobre cuanto mayor es la diferencia entre ricos y pobres. En segundo lugar, el crecimiento demográfico desmesurado, la subalimentación de una parte importante de la población y la difusión de las enfermedades en masa. En tercer lugar, se caracteriza por el bajo nivel de instrucción y por la ausencia o insuficiencia de cuadros científicos y técnicos, lo que produce una explotación más fácil de los débiles por los más fuertes.

Pero también hay una serie de aspectos políticos que caracterizan nuestro subdesarrollo, entre los cuales se destaca la inestabilidad política y administrativa originada por la lucha partidista por el poder en sí mismo y por la irregular dependencia exterior.

7. Ahora bien, frente a esa situación angustiosa, que se agudiza y empeora cada vez más, el problema del desarrollo no puede plantearse como un posible medio entre muchos, para superar la etapa preindustrial en que se encuentran la mayoría de los países latinoamericanos. El desarrollo, como instrumento para eliminar la pobreza y elevar el nivel de vida de la población, no puede dejar de realizarse.

---

<sup>4</sup> Vid. L. J. Le Bret, *Dinámica concreta del desarrollo*, Barcelona 1966, p. 54 ss.; J. Chi-Yi Chen, *Desarrollo y Planificación*, Caracas 1964, pp. 11 ss.

<sup>5</sup> Vid. François Perroux, *L'économie du XX<sup>ème</sup> Siècle*, París 1961; Oswaldo Sunkel, “Política Nacional de Desarrollo y dependencia extranjera (primera parte),” en *Comercio Exterior*, Tomo XVIII, N° 3, México, marzo 1968, p. 232.

Sin embargo, frente a esta necesidad, surge una pregunta ineludible: ¿Cómo lograr ese desarrollo?

En los países occidentales hoy adelantados o desarrollados, el proceso de desarrollo se llevó a cabo durante un largo o larguísimo período fundamentalmente por empresarios individuales. La actuación del Estado en dichos países tuvo un ámbito restringido, limitándose sus medidas, a veces, a proporcionar solamente facilidades de transporte, pues las decisiones que se adoptaron sólo fueron en base a ideas vagas acerca del progreso general, con frecuencia sin mayor confianza en su éxito. Por ello, en general, el proceso no tuvo ni siguió un ritmo regular, sino que se interrumpió por trastornos y crisis. En muchos aspectos el proceso se hizo a costa de bastante energía desperdiciada, por lo que dicho proceso de desarrollo se ha calificado por Jan Tinbergen, como un proceso de prueba y error.<sup>6</sup>

En base a la forma cómo se llevó a cabo ese proceso, es que W. W. Rostow<sup>7</sup> precisa su secuencia del desarrollo económico, en tres fases: un largo período, de casi un siglo, el que tienen lugar las condiciones previas a lo que él llama el “take-off” es decir el despegue; en segundo lugar, el “despegue” mismo que se produce en dos o tres décadas, y por último, un prolongado período final, en el que el desarrollo es normal y realmente automático.

Sin embargo, el proceso de desarrollo al cual necesariamente deben incorporarse los países latinoamericanos no puede, en ningún caso, ser un proceso lento, por lo que la secuencia de Rostow por lo lenta, quizás nos es inaplicable. Al contrario, si nuestra alternativa es sólo el desarrollo, es decir, prosperar, pero “prosperar en un mundo en el que aumentan la miseria y el hambre” y “en el que ruge cada día más la rebelión”<sup>8</sup> ese objetivo sólo puede lograrse a corto plazo.

Para ello es necesario que ese desarrollo se promueva, pues implica un esfuerzo razonado y consciente del hombre que señala unos objetivos a alcanzar en un determinado lapso. El desarrollo por tanto no es ni puede ser en nuestros países, un proceso espontáneo, sino muy por el contrario, un proceso provocado y dirigido, un proceso planificado.

En este sentido, en todos los países en vías de desarrollo se ha tomado clara conciencia de que en ellos no se repetirá el modelo histórico basado en el libre juego de las fuerzas del mercado que permitió a las naciones hoy

---

<sup>6</sup> Vid. J. Tinbergen, *La Planeación del Desarrollo*, México 1966, p. 7.

<sup>7</sup> Vid. W. W. Rostow, *The Process of Economic Growth*. Oxford 1953; W. W. Rostow, *The Stage of Economic Growth*, Cambridge 1960; y en particular, W. W. Rostow, “The Take-Off into Self-Sustained Growth,” en *Economic Journal* LXVI, 1356, pp. 25 y 48.

<sup>8</sup> Vid. Josué de Castro, “Un Plan para el Tercer Mundo,” en *Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación*, N° 44, Caracas, agosto 1967, p. 1.

industrializadas, en su oportunidad, avanzar lentamente por el camino del desarrollo y bienestar. Por ello, se ha buscado la solución de los problemas a través de un intervencionismo estatal, que lamentablemente hasta ahora ha sido, con frecuencia, esporádico, tímido, débil e inorgánico. Sin embargo, esa muchas veces cara experiencia, ha creado conciencia de la necesidad ineludible de tomar esas decisiones políticas en forma coherente y simultánea, es decir, a través de un plan.<sup>9</sup>

En la actualidad, entonces, están indisolublemente unidos el desarrollo y la planificación, y en el campo económico, el desarrollo económico y la planificación económica. Por supuesto que no es éste el lugar para plantearnos las discusiones de orden filosófico y político que han surgido frente a la posibilidad y a la compatibilidad de la dicotomía de una planificación económica y de la libertad humana. Ello, por lo demás sería completamente inútil y bizantino. Actualmente, la discusión no estriba ya en la necesidad o no de la planificación, sino en su alcance y formas.

En el proceso de desarrollo al que deben incorporarse todos los países latinoamericanos, el papel del Estado por tanto, tiene que ser un papel preponderante. El debe comenzar por precisar una “política de desarrollo” definida, coherente y nacional, a través de la cual<sup>10</sup>: se creen las condiciones favorables al proceso; se familiarice al gobierno mismo y a la comunidad con las potencialidades y ventajas del mismo; se realicen una serie de inversiones básicas; y se tomen las medidas destinadas a facilitar y estimular la actividad y las inversiones privadas orientadas al proceso.

De ello resulta por otra parte que el desarrollo no se producirá en países donde la élite del poder político se oponga a ello, o en otras palabras, en países regidos más o menos por una aristocracia económica o terrateniente, con actitudes feudales hondamente enclavadas, opuestas fuertemente a la real industrialización, a la educación popular y al cambio tecnológico.<sup>11</sup> En esos países evidentemente que hay un prerequisite para un desarrollo económico exitoso: sustituir a los que detentan el poder y por esa vía, promover los cambios estructurales que el desarrollo implica.

---

<sup>9</sup> Cfr. Sergio Molina y Edgardo Boeninger, “Necesidad y Contenido de la Planificación,” en *Mensaje*, N° 123, Santiago de Chile, octubre 1963, p. 601.

<sup>10</sup> Vid. J. Tinbergen, *La Planeación del Desarrollo*, México 1966, p. 7.

<sup>11</sup> Cfr. Benjamín Higgins, “Existen factores no económicos en el desarrollo económico?,” en *Desarrollo Económico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1965, p. 112.

### III. LAS TRANSFORMACIONES EN LAS ESTRUCTURAS

8. La incorporación de nuestros países al desarrollo, tiene grandes repercusiones respecto a la situación estructural existente, pues necesariamente implica una transformación de las estructuras e instituciones políticas, económicas, sociales y culturales.

En este sentido, –y sobre esto no han pensado mucho los que generalmente hablan de desarrollo desde posiciones político- partidistas o netamente empresariales– las consecuencias del proceso de desarrollo no pueden ser calificadas de otra forma que como las de una revolución, y por lo que implica en relación a la dependencia externa actual, de una revolución de independencia.

Es bueno recordar que todavía la revolución, o conforme a la famosa frase, “el fantasma que recorre América Latina”<sup>12</sup>, la sigue recorriendo. De ahí el imperativo de nuestra generación de darle cuerpo y alma al mismo, a través del desarrollo nacional.

He señalado que las consecuencias de la superación del sub-desarrollo o en otras palabras, el paso de un nivel de vida menos humano a un nivel de vida más humano, al costo menos caro posible y al ritmo más rápido posible, implican una revolución que podríamos calificar de revolución del desarrollo.

Que quede claro, en todo caso, que el término no lo utilizo para espantar burgueses, o para transigir con la moda o para conquistar simpatías marxistas.<sup>13</sup>

Simplemente, lo utilizo porque es el más apropiado para calificar los cambios que se tienen que producir en nuestros países en un futuro cercano, si simplemente observamos las características de las realidades del hombre actual<sup>14</sup>: en primer lugar, una realidad demográfica que se traduce sobre todo en América Latina en que los pobres son y serán cada día más numerosos que los privilegiados, pero no ya en las proporciones del pasado más o menos inmediato; sino en proporciones que sólo una inteligencia y una imaginación enteramente volcadas hacia el futuro serán capaces de concebir. Se trata de una realidad demográfica que dará origen a una nueva faz en América Latina; la faz del pueblo, pobre y abrumadoramente mayoritario.

En segundo lugar, una realidad científico-tecnológica, que ha conducido a que el futuro del mundo en los próximos treinta años sea materialmente impredecible desde el punto de vista de las comunicaciones y del imperio de

---

<sup>12</sup> Vid. Alejandro Magnel, “Génesis de “una situación prerrevolucionaria,” en *Mensaje*, N° 123, Santiago de Chile, octubre 1963, p. 496.

<sup>13</sup> Cfr. “Reformas revolucionarias en América Latina,” en *Mensaje* N° 123, Santiago de Chile, octubre 1963, p. 481.

<sup>14</sup> Vid. Roger Vekemans S. J., “La Reforma Social, o la reforma de las reformas,” en *Mensaje*. N° 123, Santiago de Chile, octubre 1963, p. 506.

los ordenadores; y en tercer lugar, una realidad estratificada, por el creciente desnivel y desigualdad entre países desarrollados y países subdesarrollados, y en estos, entre las clases dominantes y las clases inferiores; desigualdades sobre las cuales van tomando conciencia todos los medios sociales, a través de los cada día más avanzados mecanismos de difusión y comunicación.

Este panorama, que originará necesariamente esta revolución del desarrollo, se traduce en el lenguaje corriente, en esos otros términos, ya tan manoseados y de uso tan abusivo, y a los cuales hasta ahora en nuestro país aparentemente no se le ha dado o no se le ha querido dar un real contenido, y que son el “cambio”, simplemente, o el “cambio de estructuras” o la “reforma de las estructuras”.

A este reformismo, reflejo de una aspiración política generalizada en América Latina, es necesario comenzar por precisarle un real y serio contenido para que no se traduzca simplemente en un método de falsificar la realidad y falsificarnos a nosotros mismos a fin de producir una pura apariencia.

En las líneas que siguen pretendo, en términos muy generales, tratar de precisar un poco, algunos de los contenidos de ese cambio tan anhelado y principalmente, de las consecuencias que un cambio de estructuras origina.

9. Para ello, debo partir de una premisa fundamental: no puede en nuestros países pretenderse lograr el desarrollo a través de las estructuras tradicionales. La incorporación del país al desarrollo necesariamente implica, un cambio, una transformación, una reforma de las estructuras sociales, económicas y políticas tradicionales, para que se constituyan en la palanca del desarrollo y no en su freno. Y la posición de nuestros países ante ese imperativo, es encarar definitivamente esas transformaciones o simplemente perecer.

En América Latina, la primera y la más importante estructura a reformar es la estructura social. La reforma social se convierte entonces, en la reforma de las reformas, y tiende a lograr la participación real y efectiva del pueblo en la vida social y política, como protagonista del cambio y del desarrollo. La reforma social implica entonces directamente esa tan repetida frase de la elevación del nivel de vida de la población. Para ello en América Latina es necesario comenzar por la abolición de las actuales clases sociales, de clara raigambre económica. Quizás esta reforma se haga más patente en otros países latinoamericanos. En Venezuela afortunadamente en los últimos años se han venido produciendo cambios sociales de gran significación, pues hemos vivido en una sociedad abierta con vocación pluralista, y que ha dado origen al surgimiento de una todavía incoherente pero amplia clase media.

Sin embargo, la estructura social requiere de muchos ajustes, fundamentalmente, por ejemplo, en el campo educacional, pues una de las características de nuestro subdesarrollo es que un grandísimo porcentaje de nuestra población no tiene acceso ni siquiera a la enseñanza primaria y fundamental. La educación, en la comparación entre países desarrollados y

subdesarrollados, se convierte entonces no sólo en el primer factor del desarrollo, sino también de expansión económica. Ello lo destaca con cifras impresionantes Jean-Jacques Serban-Schreiber en su ya famoso libro “El Desafío Americano”, y que resume con una cita de un poema de hace veintitrés siglos: “Sí das un pescado a un hombre, se alimentará una vez. Si le enseñas a pescar, se alimentará toda la vida”.<sup>15</sup>

De ahí que no sea exagerado afirmar que la base primordial de la adquisición de un alto nivel de vida radica en el nivel educacional de la población, y este nivel educacional sólo puede lograrse a través de la reforma de la estructura del sistema de la educación, para eliminar el analfabetismo, el ausentismo escolar y la enseñanza muchas veces clasista.

Por otra parte, dentro del mismo campo de la estructura social, debe ampliarse la acción del Estado para la protección y cuidado de diversos sectores de la población que lo necesitan y particularmente de los menores que carecen, permanente o temporalmente, del cuidado de padres y guardianes. El Estado debe entonces asumir la educación, inclusive familiar de los cada vez más numerosos niños y menores que viven —si es que eso puede llamarse vida— en nuestros barrios. Frente al panorama de los menores de los miserables suburbios de las grandes ciudades, es una falacia imperdonable hablar del derecho y deber a la educación y de la libertad de escoger la educación de los hijos. Allí ni hay derecho ni hay libertad, lo que hay es miseria e indigencia.

10. Por parte, la estructura económica, requiere asimismo de grandes y audaces reformas, para incorporar nuestros países al desarrollo.

Veamos algunos aspectos de la misma: En primer lugar, respecto al estatuto de la propiedad, tal como ahora existe. A pesar de todas las transformaciones que ha sufrido por la incorporación a su esencia de la función social que debe cumplir y por los efectos del desarrollo urbano, por ejemplo, varias reformas se imponen en este terreno: nacionalización y control por el Estado de algunas grandes empresas indispensables al desarrollo, superación de la empresa individualista y participación de los trabajadores en su gestión, planificación del uso de la tierra, etc.

En segundo lugar, la incorporación al desarrollo exige la formación de capitales y su canalización racional y nacional. En este sentido algunas medidas importantes se han tomado en los últimos años y principalmente en materia de seguros, al exigirse que la mayoría absoluta del capital de las empresas sea necesariamente capital venezolano.

El problema debe plantearse también respecto de otras actividades económicas y quizás en materia bancaria, y debe procederse además, a regularse las inversiones extranjeras, para canalizarlas racionalmente en sectores útiles al desarrollo.

---

<sup>15</sup> Vid. Jean-Jacques Serban-Schreiber, *El Desafío Americano*, Barcelona 1988, p. 94.

Dentro de la reforma de la estructura económica se destaca particularmente además, la reforma de la estructura agraria. Basta en este sentido recordar que la mayor parte de las áreas rurales latinoamericanas, donde se concentra alrededor del 50% de la población del continente, viven todavía al margen de la vida ciudadana, imperando en ellas un paternalismo y un caudillismo local, íntimamente ligados al latifundismo inculto y ocioso. El desarrollo económico de nuestros países, ello es evidente, no debe situarse sólo en la industrialización sino en la actividad agrícola hecha más productiva.

Ciertamente que el concepto de reforma agraria ha sido de los más polémicos en América Latina y en Venezuela en los últimos años, hasta el punto de que muchas veces su ausencia se ha desfigurado, para recubrir, con las mismas palabras, realidades inocuas sin ningún significado de cambio real. Sin embargo, y a pesar de todas sus malas realizaciones, el progreso en ese campo ha sido considerable

Por último, dentro de la reforma de la estructura económica se destaca la necesidad de atenuar la dependencia y la dominación extranjeras, originadas entre otros factores, por la explotación de materias primas, por la importación de bienes de capital y la poca capacidad de compra derivada de la necesaria importación de productos elaborados y aún de bienes de consumo. De ahí la política de industrialización a través de la sustitución de importaciones. Sin embargo, la manipulación de dicha política a través de un esquema proteccionista no planificado, ha producido que en realidad antes de sustituirse las importaciones considerando el valor total de las mismas, lo que se ha realizado en nuestros países es una modificación en la composición de las mismas: ya no se importan bienes de consumo, pero sí productos intermedios, necesarios ahora debido al tímido proceso de industrialización y que se utilizan para producir aquellos bienes de consumo.<sup>16</sup>

Por otra parte, el proceso se hizo a costos tan elevados derivados del alto proteccionismo arancelario, que no es posible exportar lo que se produce, y en todo caso, el límite de crecimiento está en la dimensión del mercado, que es estrecho e insuficiente en nuestros países. La dependencia económica entonces continúa y posiblemente continuará creciendo, mientras nuestros límites de expansión estén en las fronteras nacionales.

De ahí el camino de la integración económica como fundamento de nuevos moldes para el desarrollo, y que se basa en la formación de un gran mercado que haga posible la producción en gran escala y la especialización económica, actualmente segmentado por compartimientos estancos. Sin embargo, ciertamente, el proceso de integración económica, si no se sabe dirigir,

---

<sup>16</sup> Cfr. Braulio Jattar Dotti, *La integración Latinoamericana en el presente*, Caracas 1966, p. 42 ss.; Leopoldo Díaz Bruzual, "Introducción a la Realidad Económica en Venezuela 68," en *La Realidad Nacional*, Caracas 1968, p. 144.

puede contribuir aún más a la “sucursalización” acelerada de la región, a través de la formación de empresas multinacionales extralatino-americanas, en lugar de contribuir al logro de nuestra real independencia exterior.

En todo caso el proceso de integración económica latinoamericana traerá y está trayendo consecuencias y modificaciones en las estructuras económicas tradicionales de producción. Entre otras cosas, la integración económica producirá por ejemplo la contracción de una serie de actividades económicas en diversos países, al mismo tiempo que la expansión en otros, por la especialización económica que originará la economía de escala. Pero no sólo producirá reformas en las estructuras productivas, sino que la integración económica desde el punto de vista político y jurídico, traerá a América Latina transformaciones aún no evaluadas en su totalidad y que incidirán no sólo sobre el mismo concepto de soberanía y Estados nacionales, sino sobre el propio régimen de los extranjeros; y la incidencia será de tal naturaleza que, materialmente, considero que no será viable el proceso de integración en América Latina, sin pensar paralelamente en una reforma de nuestros sistemas constitucionales, que ciertamente, no tienen vocación integracionista.<sup>17</sup>

#### **IV. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS**

11. Pero de este ligero e incompleto análisis de algunas de las reformas de estructuras que exigirá el proceso de desarrollo económico en América Latina, surge con absoluta evidencia algo que vislumbramos anteriormente: es absolutamente inimaginable la incorporación al desarrollo y la realización consecuente de una serie de cambios en las estructuras tradicionales, como los señalados, sin una neta, oportuna y enérgica intervención del Estado. Todas esas reformas, hieren en lo vivo a quienes usufructúan del actual estado de cosas, y por ello es lo cierto que utilizarán y utilizan todos los medios a su alcance para rechazarlas o para hacerlas inoperantes. De ahí que sea necesaria la intervención del Estado a fin de que, mediante el poder público, las reformas lleguen a hacerse realidad. Ello, sin embargo, no será tarea fácil, pues en América Latina, lo normal es que quienes detentan el poder económico detentan también el poder político.

En todo caso, es conveniente recalcar que en nuestros países, para el enfoque del papel del Estado en el desarrollo, es necesario superar, por anticuados y engañosos, los enfoques tradicionales y dogmáticos del Estado que generalmente se nos quieren imponer y que son los enfoques burgués o

---

<sup>17</sup> Véase. Allan R. Brewer Carías, *Los problemas constitucionales de la integración Económica Latinoamericana*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 1968.



marxista, de país-sucursal o de sistema totalitario.<sup>18</sup> “Al primero porque hace del Estado un cuerpo político desligado de lo social y le atribuye una función meramente pasiva; el segundo porque hace del Estado un organismo de opresión, aún cuando teóricamente considere que por ser de opresión, debe suprimirse.

La problemática del Estado debe enfocarse entonces, a la luz de nuevos conceptos adecuados a la realidad actual latinoamericana frente al desarrollo nacional: el Estado en este sentido debe convertirse en el agente de las reformas sociales, económicas y políticas exigidas por el desarrollo. Su función debe ser entonces, absolutamente activa, a través de la planificación, pero con un profundo respeto de la dignidad humana. Desarrollo, Reforma de Estructuras, Estado y Planificación son entonces los cuatro elementos fundamentales en el planteamiento político de América Latina.

Esto es por otra parte lo que observan los expertos. Raúl Prebisch en este sentido ha señalado claramente que “si se quiere transformar fundamentalmente la estructura económica y social, la planificación es indispensable... Todo esto implica y requiere una clara intervención del Estado... El Estado tiene que intervenir”.<sup>19</sup>

El Estado en nuestros países debe ser pues, el agente del desarrollo; y no un agente secundario o de menor cuantía, sino todo lo contrario. Para ello ciertamente que debe comenzar por formular políticas, es decir, por planificar el desarrollo, y debe fortalecerse de manera que pueda llevar a cabo las reformas que ese desarrollo implica. La reforma de estructuras que el desarrollo conlleva por tanto, abarca también las estructuras políticas y administrativas, ya que con las actuales no puede impulsarse aquél definitivamente.

12. Ciertamente, y ello no debe ocultarse, nuestros países han intentado llevar adelante, desde hace algunos años, una política de desarrollo, la cual, sin embargo, ha carecido de objetivos bien establecidos y quizás, se ha iniciado por fuerza e influencia de presiones mundiales extrañas a ellos, y por la posesión de una serie de recursos básicos y estratégicos. En todo caso, al parecer, el desarrollo de esa política ha sido la intención de algunos dirigentes latinoamericanos y la preocupación constante de algunas oficinas técnicas que operan en la zona. Esa intención y preocupación han tenido sus reflejos, los cuales han contribuido en parte a la realización de las transformaciones operadas en nuestras naciones en los últimos años.

---

<sup>18</sup> Cfr. Ismael Bustos, “El Estado y las Reformas Revolucionarias,” en *Mensaje*, N° 123, Santiago de Chile, octubre 1963, p. 619; Oswaldo Sunkel, “Política Nacional de Desarrollo y Dependencia Externa, (Segunda Parte),” en *Comercio Exterior*, Tomo XVIII, N° 4, México abril, 1968, p. 333.

<sup>19</sup> Vid. Raúl Prebisch, “Planificación y Democracia,” en *Mensaje*, N° 115, Santiago de Chile, 1963, pp. 683, 685 y 689.

La política de industrialización a través de la sustitución de importaciones ya señalada, es el más claro ejemplo de ello.

Sin embargo, y ello es lo que se nos muestra ahora como evidente, la realización y desenvolvimiento de una verdadera política de desarrollo económico, con objetivos bien claramente establecidos, no ha sido posible debido a su manipulación mediante instrumentos, esquemas e instituciones políticas y administrativas, que pertenecen casi completamente al siglo pasado, cuando la economía de nuestros países giraba en torno a la “hacienda” como unidad básica, inclusive socio-política.

Sin entrar a considerar si esos instrumentos, en lugar de contribuir al desenvolvimiento armónico político-económico de nuestros países a partir del siglo pasado, no hicieron otra cosa que arraigar fuertemente lo feudal en América Latina, lo que sí resulta ahora como notorio es que no son apropiados para permitir la realización de los imperativos del desarrollo y de la tecnología moderna.

En todo caso, lamentablemente, gran parte de los dirigentes latino-americanos fueron formados en esos esquemas, y mediante esas instituciones, ya superadas por las nuevas problemáticas de nuestros países, y ello ha contribuido aún más radicalmente a las fallas políticas actuales.

Si mi generación ha podido apreciar por sí sola el cambio de orden económico y social que se ha producido en nuestros países en los últimos quince años, y ha comprendido que los problemas sociales de hoy no pueden ser resueltos ni suficiente ni adecuadamente ni siquiera con los instrumentos e instituciones de la década del cincuenta, resulta verdaderamente incomprensible que muchos de los dirigentes de estos países latinoamericanos todavía sigan pretendiendo dirigirlos con métodos, mecanismos e instituciones decimonónicas, que fueron los que ellos conocieron y a través de los cuales se formaron, y en algunos casos, por fuerza de aspectos políticos internos, añoraron.

En Venezuela, en la hora actual, la conducción del país a través de esas instituciones políticas y administrativas, ha producido un resultado evidente: el descrédito de esos mecanismos e instituciones como consecuencia de una ausencia de decisión política y de mando; es decir, como consecuencia de una vida política vegetativa –exigencia del Estado y nada más–, sin precisión clara de políticas económicas, sociales y administrativas, es decir, de una política de desarrollo nacional; o lo que es peor –como en el caso del reto del desarrollo–, si alguna vez se definió o se pretendió definir políticas, esas nunca fueron realizadas por ausencia de mecanismos reales y efectivos de decisión.

En este sentido, puede decirse que una de las características resaltantes del Estado venezolano en los últimos años ha sido precisamente esa: la ausencia de decisiones políticas, y por tanto, de mando; y como ha dicho Philip Selznich

“si falta el mando cuando es necesario, la institución comienza a ir a la deriva, expuesta a las presiones que encuentra en su camino e influida por tendencias oportunistas de poco aliento”.<sup>20</sup>

Ahora bien, esa ausencia de decisión política tiene su origen, ciertamente, en diversos factores que se entrecruzan y complementan y que surgen de la contradicción de las realidades actuales con las estructuras e instituciones políticas superadas, que por complicadas y muchas veces inútiles, no sólo carecen de funcionalidad, sino que estorban. Esta apreciación por otra parte tiene validez universal frente a la estructura de la administración, aún cuando surge con mayor evidencia en los países subdesarrollados. Basta recordar aquí las palabras de Edouard Bonnefous, Ministro de la Reforma Administrativa en la IV República Francesa cuando constataba que “en la era del átomo, los servicios públicos han mantenido las grandes líneas de la organización napoleónica y utilizan aún procedimientos de los tiempos de la diligencia”, y concluía afirmando que con esa estructura, realmente “es un milagro que la administración continúe asegurando la marcha de los servicios públicos”.<sup>21</sup>

Por ello, al pretenderse conducir un Estado contemporáneo subdesarrollado, donde se exigen como señalamos, decisiones políticas ágiles, definidas y muchas veces audaces, mediante mecanismos institucionales que no se corresponden con la realidad económica y social, se produce entonces esa ausencia de decisión.

La estructura del Estado y de la administración entonces, es tan apropiada para los problemas del liberalismo o para la época de la escritura a mano y de los cálculos a tinta, que cuando se pretende tomar una decisión, el proceso de su formación está tan diluido y es tan complicado, que al final del mismo, no resulta decisión alguna, y es que, en esa forma, no puede haberla.

Pero la crisis institucional de Estado en estos países subdesarrollados además de producir como consecuencia una ausencia de decisión política y de mando, produce una enorme debilidad del poder público frente a las inevitables y muchas veces necesarias presiones de los grupos de intereses de la comunidad. Ciertamente que esas presiones son muchas veces un efectivo mecanismo de control colectivo frente a posibles abusos del Estado. Sin embargo, se tornan nocivas cuando surgen indiscriminadamente ante cualquier actuación estatal, que, por ellas, en definitiva, se detiene.

En este sentido puede decirse que una política de desarrollo económico con todas las reformas estructurales que implica cuenta y contará con innumerables enemigos que la analizarán, no bajo el ángulo del beneficio

---

<sup>20</sup> Vid. Philip Selznick, *El Mando en la Administración (Una Interpretación Sociológica)*, Madrid 1962, p. 38.

<sup>21</sup> Vid. Edouard Bonnefous, *La Reforma Administrativa*, Madrid 1960, p. 12.

colectivo que puede aportar a la comunidad, sino bajo el ángulo del beneficio que puede o no aportarle a sus intereses particulares. Baste citar aquí un solo ejemplo, relativo a la integración económica latinoamericana entendida ésta como factor de desarrollo. Sobre ella, Bela Balassa, uno de los teóricos de la integración económica, ha señalado con precisión que “en países con costos de producción relativamente altos –es el caso de Venezuela–, los usuarios verán con agrado la integración, pensando en el efecto de reducción de precios; en cambio –y es lo que ha sucedido en nuestro país– lo objetarán los productores que operan con altos costos”. Concluye Balassa su apreciación al señalar que “la experiencia sugiere que los intereses de los productores tienen mayor influencia sobre las decisiones gubernamentales; de aquí que esas presiones probablemente tengan un efecto restrictivo en la integración”.<sup>22</sup>

Esto, dicho en un libro intitulado “Teoría de la Integración Económica” ha tenido su más reciente aplicación práctica en la actuación venezolana frente al acuerdo de integración subregional del grupo andino. Pero lo grave en esa actuación, ciertamente no fue el que las presiones de los sectores económicos detuvieran la firma del Acuerdo, sino que aparentemente pusieron en evidencia el hecho de que la Administración no había estudiado y tabulado todas las consecuencias que el referido Acuerdo traía para nuestra economía, que artificial y todo, es la economía del país. Y sin haber estudiado esas repercusiones, se aprestaba a firmar el referido Acuerdo. De lo contrario, si todas esas repercusiones estaban analizadas y computadas, no ha debido detenerse la firma del Acuerdo.

Este ejemplo nos muestra claramente la debilidad del sistema: o hay una ausencia de tecnología en los cuadros administrativos, o las estructuras políticas son tan débiles que no resisten la más mínima presión, cuando, al contrario, deben estar hechas para resistir presiones que siempre surgirán cuando se busca un interés colectivo, lo cual por esencia implica el sacrificio de intereses privados. En este sentido, entonces, no puede seguirse admitiendo una Administración que lo único que hace, materialmente, es no hacer nada, por no quererle hacer nada a nadie.

## V. LA REFORMA DE LA ESTRUCTURA ESTATAL

13. Al contrario, ya hemos destacado cómo es impensable el desarrollo en nuestros países sin una serie de reformas estructurales que debe acometer y dirigir el Estado. Para ello, es evidente, se impone inicialmente una reforma de las estructuras políticas del Estado mismo y de su instrumento inmediato, la Administración, para convertirlos en agentes del desarrollo y no en su obstáculo. Los nuevos cometidos que se imponen al Estado exigen por tanto que éste comience por reestructurarse para hacerles frente. De lo contrario, vendrá el desplome de la estructura tradicional.

---

<sup>22</sup> Vid. Bela Balassa, *Teoría de la Integración Económica*, México 1964, p. 18.

El Estado entonces, insistimos, no debe esperar al cambio total de la realidad socio-económica para transformarse, sino que debe adelantarse a esos cambios y transformándose, motorizarlos. Los políticos por su parte, ya que el Estado está en manos de hombres políticos, deben en esa forma asumir el desarrollo.

Antes de analizar las reformas que exige nuestro régimen administrativo, quiero referirme, aunque sea someramente a algunos de los reajustes que requiere nuestro régimen político, para viabilizar el desarrollo. En efecto, la primera de las transformaciones del régimen político está motivada por la necesidad de fortalecimiento del poder. La estructura de la democracia meramente formal como la nuestra, se ideó para contrarrestar las manifestaciones de poder incontrolado del Estado absoluto. En más de siglo y medio el mundo y sus realidades han cambiado en una forma pasmosa, y sin embargo la estructura de los Estados contemporáneos pretende seguir los esquemas de la democracia revolucionaria de 1789.

En la actualidad, superadas y desde hace muchos años las facetas del Estado absolutista, se impone un reajuste de esos mecanismos de democracia meramente formal. Esos reajustes deben incidir por ejemplo en la necesidad de concentrar el poder cuando está fuertemente atomizado, como en nuestro país. Piénsese por ejemplo en el sistema venezolano de representación de las minorías ante el Parlamento y su contradicción con la elección presidencial. Mientras puede elegirse un Presidente con la mayoría relativa de votos, un treinta por ciento por ejemplo, con ese treinta por ciento nunca se podrá controlar políticamente el Parlamento y por tanto, nunca se podrá gobernar seriamente. La crisis parlamentaria quizás hay que situarla entonces en la composición misma del Parlamento, donde los grupos de presión e intereses, debido a ese mecanismo legal nuestro de representación de las minorías, se encuentran enquistados. Una modificación de la regulación del derecho de representación de las minorías y del porcentaje para la elección presidencial traería también, estoy seguro, una modificación del actual régimen de partidos políticos.

En la actualidad cualquiera puede promover la formación de un partido político porque sabe que con un poco, muy poco de inteligencia, y algo de recursos económicos que le permitan tener acceso a los medios de comunicación de masas, por lo menos, debido a ese sistema de representación de las minorías, obtiene una representación en el Congreso. Un cuerpo deliberante así conformado, así de heterogéneo, ni con la mayor y mejor buena voluntad puede actuar. Y un Poder Ejecutivo que tiene en su frente un ente de esa naturaleza, con las manos atadas, se aburre de la inacción.

En definitiva, el mantenimiento en América Latina de los sistemas políticos actuales que permitan el control más o menos hegemónico de grupos minoritarios cuyo interés es contrapuesto al de la mayoría, significa

simplemente un freno concreto y total al cambio social, y aún para que prosperen reformas parciales inclusive de tipo legislativo<sup>23</sup>. El quietismo parlamentario en el campo legislativo de los últimos años lo confirma.

Esta concentración de los mecanismos de poder en el Parlamento debe ir acompañada de otras medidas paralelas, para hacer del sistema algo más real: el establecimiento de consultas populares o referéndums, que se hacen más expeditos por la reducción paralela del número de partidos. En la actualidad, entre el Gobierno y el ciudadano existe un abismo que ni siquiera los partidos logran llenar.

Los gobiernos latinoamericanos, formalmente populares y representativos, terminan, debido al sistema, no representando ni sirviendo al pueblo. Se hace indispensable entonces, integrar al poder a ese alto porcentaje de la población que se mantiene alejado del poder político porque lo confunden con el viciado juego de partidos.

Por otra parte, e insistiendo en la reforma del régimen político, no sólo se requiere un fortalecimiento del poder, aniquilando su actual atomización, sino que se impone su racionalización. La clásica división de poderes de Montesquieu también requiere una puesta al día, y fundamentalmente en lo que se refiere a la ampliación de las facultades de legislación delegada del Poder Ejecutivo frente al Parlamento. Este tiene que comprender, para seguir existiendo y para dejar de ser esa asamblea anárquica e inútil, que su labor es sólo deliberativa y de control, y que en ello debe tecnificarse. En la actualidad, no es exagerado afirmar que la institución parlamentaria, como ha dicho Alberto Lleras, “está llegando a la decrepitud, envuelto en sus solemnes ropajes, enajenado y encarnecido, porque ya sólo él cree en sus poderes y en sus gestos rituales”.<sup>24</sup>

## VI. LA REFORMA ADMINISTRATIVA

14. Pero en este campo, de nada serviría modificar nuestras instituciones políticas si la acción de un gobierno estable, popular y fuerte fuese debilitada por una administración insuficiente. La reforma de nuestros servicios administrativos por tanto debe ser llevada a efecto, al mismo tiempo que la de nuestras instituciones.

En efecto, la administración pública es por esencia, un instrumento de la acción política. Administración y política en este sentido no son conceptos que se contrapongan, sino íntimamente unidos en la acción del Estado, Nada se lograría con reformar el régimen político y fortalecer el poder, si el ejercicio del mismo se viera entrabado por una estructura administrativa de muy dudosa

---

<sup>23</sup> Cfr. Francisco A. Pinto, “La Reforma del Régimen Político,” en *Mensaje*, N° 123 Santiago de Chile, octubre 1963, p. 516.

<sup>24</sup> Vid. Alberto Lleras, El Cetro de Caña, *Revista Visión*, 6/20 de enero de 1967, p. 19.

actualidad. Por tanto, el desarrollo y sus consecuentes reformas estructurales, conlleva una reforma instrumental de primera importancia, y esta es la reforma administrativa. Sin reforma administrativa no hay ni puede haber desarrollo, y la reforma administrativa no es otra cosa que “la acción permanente y sistemática de revisión, sustitución o mejoramiento de los órganos administrativos, de su actividad y de los métodos que utilizan”<sup>25</sup>, en virtud de una nueva concepción política del Estado y de su función.

En este sentido es la planificación del desarrollo, la que exige mayores reajustes en las estructuras administrativas, pues éstas deben amoldarse al plan, es decir, es el Plan de Desarrollo el que debe determinar la estructura administrativa adecuada para su ejecución y no viceversa. La reforma administrativa adquiere por tanto en su conexión con el desarrollo, una nueva perspectiva y motivación<sup>26</sup> e inclusive una nueva ética<sup>27</sup>. No se trata simplemente de reducir o estabilizar la burocracia –únicos aspectos que frecuentemente se tratan al hablar de reforma administrativa–, sino de transformar las estructuras de la Administración Pública a través de un proceso complejo y permanente<sup>28</sup>, para hacer posible el desarrollo a través de la planificación, es decir, a través de la formulación y ejecución de las directrices políticas del gobierno en el ámbito económico-social, durante un cierto período de tiempo.

15. Esta reforma administrativa para el desarrollo o en otras palabras, esas transformaciones de la administración pública para el desarrollo, en mi criterio deben llevarse a cabo bajo dos ángulos netamente diferenciados: un ángulo estructural y un ángulo funcional. La reforma administrativa abarca entonces dos subclases: una reforma estructural y una reforma funcional.

La reforma estructural debe acometer la revisión y adaptación de la estructura administrativa del Estado desde el punto de vista orgánico y burocrático. Debe proyectarse entonces, no sólo sobre la racional distribución de las funciones públicas entre los distintos entes y órganos administrativos, sino también, sobre los diversos problemas que en la actualidad tiene planteados la administración del personal público o de los servidores del Estado.

---

<sup>25</sup> Vid. *La Reforma Administrativa en España*, Memoria de Siete Años de Realizaciones, Madrid 1964, p. 18.

<sup>26</sup> Cfr. José Luis Meilán, “Influencia de la Planificación del Desarrollo en la Administración Pública. Un Programa de Reformas,” en *Documentación Administrativa*, N° 100, Madrid 1966, pp. 345 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Evangelos John Rizos, “Country Development: The New Ethic of Public Administration,” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XXXI, N° 4, Bruselas 1965, pp. 279 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. Georges Langrod, “Le rôle nouveau de l'administration publique dans le développement,” en *Développement et Civilisations*, N° 29, Paris, marzo 1967, p. 10.

La reforma funcional en cambio debe proveer a la racionalización de los sistemas, métodos y procedimientos de la actividad administrativa; en otras palabras, a la adaptación de los métodos y procedimientos actuales de trabajo de la administración pública a las nuevas técnicas, para lograr una adecuada eficacia y productividad.

Voy a destacar los aspectos más importantes que deben abarcar dichas reformas.

16. En primer lugar, la reforma estructural. En efecto, la estructura actual de la administración venezolana es el resultado del crecimiento inorgánico de sus instituciones a medida que ellas han asumido nuevas funciones y cometidos. El crecimiento de nuestra administración pública por tanto se ha realizado por un proceso de agregación, lo que ha dado origen con mucha frecuencia, a una duplicidad de funciones. Frente a ese crecimiento inorgánico, se impone como primera medida de reforma, establecer una organización estructural para la administración pública en su conjunto, que evite la duplicidad y dispersión de funciones, y permita, racionalmente, cumplir con los objetivos y cometidos estatales. Por ello, la reforma estructural orgánica debe englobar no sólo al Consejo de Ministros sino a los niveles superiores de la Administración, a las estructuras ministeriales, a la administración institucional o autónoma y a la administración regional o local.

17. El desarrollo desmesurado de las necesidades a cubrir por los altos niveles de la administración, ha dado origen a la creación de diversos organismos superiores de la misma, en el campo económico y en el meramente administrativo. Por una parte, la creciente y desordenada intervención del Estado en el campo económico que se observa en los últimos años ha dado origen a que se provean medios para coordinar las diversas empresas y actividades. Por la otra, la proliferación de órganos administrativos ha dado origen a que surja la preocupación por la reestructuración de la administración y por su tecnificación. Como consecuencia de ello, paralelamente al surgimiento de CORDIPLAN y a la Comisión de Administración Pública, se ha reforzado la posición de la Secretaría de la Presidencia de la República, hasta cierto punto, como organismo coordinador de las actividades administrativas.

Ante todos esos fenómenos, en el análisis de la estructura del Poder Ejecutivo, surge como primer imperativo la reestructuración de sus niveles superiores, para adaptarlos a las necesidades del desarrollo.

En efecto los niveles superiores de la administración que actualmente existen han surgido más como remedios a situaciones urgentes, que como resultado de un plan estructural global. Coinciden en esta forma, un Consejo de Ministros cuyas funciones nunca se han precisado con exactitud, con organismos como CORDIPLAN o la Comisión de Administración Pública, que pretenden ser reflejo de la realidad actual.



La reestructuración de estos niveles superiores de la administración pretende fundamentalmente, la reafirmación de la primacía del Ejecutivo frente a las otras instituciones políticas, mediante la atribución de poderes y mecanismos que aquél requiere para ejercer eficazmente su tarea en el gobierno y administración modernamente concebidos. Tiende asimismo dicha reestructuración, a precisar los mecanismos de control del Parlamento. En todo caso, la reafirmación del fortalecimiento del Ejecutivo, en esta forma, es condición indispensable para llevar adelante una política de desarrollo, que requiere decisiones firmes, ágiles, definidas, y muchas veces audaces.

18. En líneas generales, el mecanismo de reestructuración de los niveles superiores de la Administración debe concretizarse entonces, a través de la creación de diversos organismos adscritos directamente al Presidente de la República, y que serían el organismo para la Planificación, el organismo para la reforma administrativa, y la Secretaría de la Presidencia de la República. Si los lineamientos generales para la conducción de los intereses del Estado deben estar en manos del Presidente de la República, para ello debe contar con la asesoría de organismos claves, que a la vez sean mecanismos de ejecución de las políticas nacionales.

El primero de dichos organismos es el de la planificación, el cual deberá tener a su cargo la elaboración y control de la ejecución de los planes de desarrollo económico y la elaboración y coordinación de los planes de desarrollo físicos y urbanos. Asimismo, le debe corresponder particularmente, la planificación y coordinación de las actividades económicas del Estado.

Este Organismo debe estar dirigido por un ministro sin cartera o un funcionario de categoría similar, y debe tener un nivel inmediatamente interior al Consejo de Ministros y superior a los Ministros, y por supuesto, debe absorber, fortalecidas, las funciones actuales de CORDIPLAN.

Además del Organismo del Plan, debe estar también a su mismo nivel, el organismo para la reforma administrativa –sobre el cual insistiré más adelante– dirigido también por un ministro sin cartera, o un funcionario de categoría similar, a quien debe corresponder llevar adelante la reestructuración de las instituciones administrativas, y la tecnificación y perfeccionamiento de los sistemas y procedimientos y del personal público. Este organismo en todo caso debe absorber también, las funciones de la Comisión de Administración Pública.

La Secretaría de la Presidencia de la República debe estar también a cargo de un ministro sin cartera o funcionario de categoría similar, y debe tener por objeto fundamental, además de canalizar los asuntos oficiales del Presidente, servir de canal de información y comunicación con la opinión pública, llevar la Secretaría del Consejo de Ministros y de las Comisiones Interministeriales. Las funciones de coordinación que actualmente ejerce de hecho serían precisadas y concretadas a los solos efectos administrativos, conforme a los

lineamientos determinados por los organismos indicados anteriormente. La Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República pasaría a la Procuraduría General de la República.

La reestructuración de los niveles superiores de la administración debe abarcar además al Consejo de Ministros, con el objeto de convertirlo en el organismo de primera importancia en la conducción de los intereses nacionales. La reforma fundamental debe incidir en la creación de las Comisiones Interministeriales Permanentes, que funcionen como un Consejo de Ministros reducido, pero con los mismos niveles de decisión que aquél, abarcando sectores fundamentales: desarrollo económico; desarrollo humano y social; transporte y comunicaciones; política y defensa nacional.

Por supuesto que una reestructuración como la señalada contará con varias dificultades. En efecto, entre otros objetivos ella tiende al fortalecimiento del Ejecutivo, pues es la única forma de llevar adelante un sistema de planificación. De ahí que P. M. Gaudemet, al referirse al sistema francés haya señalado “que la continuidad que exige la ejecución de un plan de larga duración explica la declinación del Parlamento, expuesto a las fluctuaciones electorales y a la versatilidad de los partidos, y el fortalecimiento correlativo del Ejecutivo del cual las reglas constitucionales nuevas tienden a asegurar la estabilidad”<sup>29</sup>. Las primeras dificultades se encontrarán entonces en el Parlamento; pero éste tiene que acostumbrarse a ejercer los mecanismos de control que tiene y que se le pueden atribuir, y aceptar que esa es la forma moderna de ejercer sus poderes específicos. Además, surgirán dificultades a nivel ministerial, ya que los ministros se encontrarán bajo el nivel del ministro del plan y del ministro para la reforma administrativa, en caso de que a estos se otorgue dicha jerarquía.

En todo caso, la actual estructura de la Constitución venezolana permite implementar la reestructuración de los niveles superiores de la administración en la forma prevista.

Se precisaría, sin embargo, para lograr la reforma totalmente, de una Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional que vendría a sustituir al Estatuto Orgánico de Ministros, aún cuando en definitiva, sería de desear una reforma constitucional que ampliara los poderes de legislación delegada al Ejecutivo Nacional, pues hasta cierto punto, ello es indispensable para el cumplimiento cabal de sus fines en el desarrollo del país.

19. Dentro de la reforma de los niveles superiores de la Administración quiero referirme brevemente a la que incide sobre la reforma administrativa misma, por la creación del organismo encargado de motorizarla. En efecto, la ejecución de todas las actividades de la reforma administrativa, sobre todo las

---

<sup>29</sup> *Vid.* Paul Marie Gaudemet, “Planificación Económica e Instituciones Políticas Francesas,” en *Boletín del Centro de Investigaciones de Derecho Económico*, Universidad Católica de Chile, N° 1, Diciembre 1967, p. 14.

de orden burocrático y funcional, deben quedar bajo la responsabilidad de un organismo del más alto nivel, que cuente con el apoyo de la autoridad de más amplia competencia. De ahí que deba estructurarse dicho organismo para la reforma administrativa, con adscripción directa al Presidente de la República.

El objetivo fundamental de una reforma administrativa incide sobre los servicios y métodos de los ministerios e institutos autónomos, y por tanto, sobre los poderes de decisión de los Ministros y Directores de esas entidades, quienes son los únicos que pueden dar las órdenes necesarias para que sus servicios realicen la reforma; sólo ellos pueden vencer las dudas y exigir la ejecución de sus órdenes. De ahí que sea indispensable colocar al frente de la reforma a un funcionario con rango de Ministro aunque esa sola jerarquía no es suficiente para poder implementar la reforma, sino que ésta debe hacerse por los poderes del jefe del gobierno. Esto confirma por otra parte, el fracaso de la actual Comisión de Administración Pública, que ha estado a cargo de un funcionario de categoría inferior. Si un ministro sin cartera, por sí solo, no tiene ninguna autoridad sobre el conjunto del gabinete, y sus propuestas correrían el riesgo de chocar contra la autoridad de los ministros, con mucha mayor intensidad se destaca esa ausencia de autoridad y por tanto la imposibilidad de llevar adelante la reforma, si ésta estuviese a cargo de un funcionario de categoría inferior. Por ello, y por cuanto sólo el Presidente de la República ejerce completa autoridad sobre los ministros, es a él a quien corresponde promover la reforma. El problema –aquí también– no es sólo y simplemente de estudios e informes, sino de autoridad, y sólo él puede ejercerla sobre sus ministros. Para ello, debe contar con un organismo especializado, el de la reforma administrativa, a cargo de un alto funcionario con la misma categoría que los otros ministros, y con la misma posibilidad de defender sus propuestas en el Consejo de Ministros.

En todo caso, insisto en que el realizador concreto de la reforma debe ser un ministro sin cartera, es decir, un miembro del Gabinete que no esté encargado de un ministerio, pues sólo así podrá consagrar su tiempo a la labor de reforma que le está confiada. Por otra parte, en esta situación se encuentra en capacidad de convencer a los demás ministros de la necesidad de las reformas, y de apelar en caso de necesidad, a la autoridad del Presidente de la República o del Consejo de Ministros.

En todo caso, aún cuando no se pueda de inmediato reformar y replantear el contenido del Decreto N° 287 de 27 de junio de 1958 por el cual se creó la Comisión de Administración Pública, lo que si es imprescindible es dotar a dicho organismo de la categoría suficiente para que su Director, que podría ser un ministro sin cartera, y formar parte del Gabinete, tenga la autoridad suficiente, a través del Presidente de la República, para que sus propuestas sean realizadas sin mayores trabas. En este sentido es necesario recalcar que sólo la autoridad del Presidente de la República puede ser el motor de una verdadera reforma administrativa.

20. He señalado que uno de los aspectos de la reforma administrativa estructural debe incidir sobre la creación de Comisiones Interministeriales permanentes. En efecto, el recargado funcionamiento del Consejo de Ministros en los últimos años, debido a la ampliación cada vez más creciente de los cometidos de la administración central, hacen necesario el replanteo de su función específica, y la preocupación por la constitución de dichos Comisiones.

El objetivo fundamental que se persigue con ellas es que estas Comisiones interministeriales Permanentes, reunirían a los ministros directamente interesados en las materias propias de cada Comisión. Ello no sólo tendría por efecto descargar el trabajo del Consejo de Ministros, sino facilitar el estudio de los problemas y hacer más ágiles las deliberaciones.

En este sentido, es obvio que numerosas materias que ahora van el Consejo de Ministros, no precisan ser conocidas y decididas por el Gabinete en pleno y bastaría con que fueran decididas por una Comisión constituida por los ministros interesados en la materia. Además, estas Comisiones de ministros, son de gran utilidad para la coordinación y preparación de asuntos que afectan a varios ministerios, y que sí deben ser resueltas posteriormente por el Gabinete en pleno, es decir, por el Consejo de Ministros.

En todo caso, la reforma por la cual deben establecerse estas Comisiones Interministeriales Permanentes, debe estar presidida por la idea de la desconcentración de funciones. Es decir, debe procurarse conceder a dichas Comisiones, que actuarían como un Consejo de Ministros reducido, poderes y facultades decisorias para que el Consejo de Ministros no tenga que conocer y resolver necesariamente todos los asuntos. Sin embargo, ello sólo es posible realizarlo mediante su establecimiento por una Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional. Ahora bien, aún cuando no se proceda de inmediato a dictar esa Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional, la creación de las Comisiones Interministeriales Permanentes debe ser uno de los primeros pasos a dar por vía de decreto ejecutivo. Las Comisiones Interministeriales así constituidas, y que en todo caso deben ser formadas por los ministros respectivos, y presididas por el Presidente de la República o el Ministro que éste designe, tendrían una labor fundamental de coordinación y preparación de las decisiones del Consejo de Ministros, que así, se vería descargado de deliberar sobre diversos asuntos que sólo interesan a un grupo de Despachos Ministeriales.

Esas Comisiones Interministeriales Permanentes, en todo caso podrían ser los siguientes si se continúa con la estructura ministerial actual; En primer lugar, la Comisión Interministerial Permanente de Economía o de Desarrollo Económico, integrado por los Ministros de Hacienda, Fomento, Agricultura y Cría, y Minas e Hidrocarburos. Podrían formar parte de esta Comisión además, cuando sean convocados, el Ministro de Obras Públicas, el Ministro del

Trabajo y el Ministro de Comunicaciones. En segundo lugar, la Comisión Interministerial Permanente de Desarrollo Humano y Social, integrada por los Ministros de Educación, del Trabajo, de Justicia, y de Sanidad y Asistencia Social. Podrían formar parte, además, de ella cuando sean convocados, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Agricultura y Cría y el Ministro de Comunicaciones. En tercer lugar, la Comisión Interministerial Permanente de Transporte y Comunicaciones, integrada por los Ministros de Obras Públicas y de Comunicaciones. Podrían formar parte, además, de esta Comisión, cuando sean convocados, el Ministro de Relaciones Interiores y el Ministro de la Defensa. En cuarto lugar, la Comisión Interministerial Permanente de Política y Defensa Nacional, formada por los Ministros de Relaciones Interiores, de la Defensa, y de Relaciones Exteriores, aún cuando podrían formar también parte de ella, cuando sean convocados, el Ministro de Justicia y el Ministro de Comunicaciones.

Además de la integración señalada para las Comisiones Interministeriales Permanentes, el Presidente de la República o el Ministro en quien aquél delegue la presidencia de la Comisión respectiva, pueden convocar a las reuniones de dichas Comisiones al funcionario encargado del Organismo para la Planificación, al funcionario encargado del Organismo para la Reforma Administrativa, y a cualquier otro Ministro.

21. Por otra parte, la Reforma Estructural Orgánica originada por la planificación del desarrollo, debe incidir sobre la estructura ministerial para readaptarla a las nuevas funciones del Estado. La actual estructura ministerial venezolana, que sustancialmente es la misma de la Administración del siglo pasado, tiene su origen fundamentalmente en el desgajamiento sucesivo de ministerios anteriores. Los actuales ministerios, en esa forma, han surgido por necesidades de división del trabajo dado el aumento progresivo de las actividades estatales, antes que por una racionalización global de las estructuras administrativas.

Ahora bien, la formulación de un plan global del desarrollo económico hace imprescindible acometer la revisión de las estructuras ministeriales, principalmente aquellas que más directamente están ligadas a la ejecución del plan, para aumentar la eficacia de la Administración Pública, de manera que pueda satisfacer las exigencias del desarrollo. Dicha revisión, invariablemente, conduce al planteamiento de una nueva división de los ministerios y de una redistribución de competencias entre los mismos, para remodelar la administración en grandes bloques según las exigencias de la ejecución del plan. Ello sin embargo, dada la rigidez del actual Estatuto Orgánico de Ministerios, implica la vigencia de la proyectada Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional.

Por ello, y de acuerdo a la distribución de materias y realidades económico-sociales que, a los efectos de estudio de los distintos sectores, haga el plan de desarrollo, puede, como medida a tomar de inmediato, procederse a lograr una efectiva coordinación entre los diversos despachos ministeriales que tengan que ver con la materia o realidad específica. Esta coordinación debe lograrse a través de las Comisiones Interministeriales Permanentes antes analizadas, y las cuales, en el futuro, pueden dar lugar a una completa reestructuración ministerial que dé origen a un número menor de ministerios con competencias más extensas.

La reestructuración ministerial, por otra parte, debe incidir en la estructura interna de cada Ministerio, buscando una racional distribución de competencias entre las diversas direcciones de los mismos. Esta reestructuración puede hacerse de inmediato por vía reglamentaria, a través de un instrumento que sustituya el viejo Reglamento de la derogada Ley de Ministerios. Dentro de esa reestructuración interna, en todo caso, debe ponerse especial atención a la organización de la segunda jefatura del Ministerio, es decir, de la Dirección General.

22. La Reforma Estructural orgánica debe incidir también en las actividades de los institutos autónomos y empresas del Estado.

En efecto la creciente intervención del Estado en la vida económica, que caracteriza a la Administración Pública contemporánea y que se origina a partir del fin de la segunda guerra mundial, ha dado origen a la creación o asunción sucesiva de empresas económicas por el Estado, que ciertamente, bien controladas y canalizadas a través de planes, pueden ser un útil instrumento de desarrollo económico.

Actualmente, sin embargo, la intervención activa del Estado en la economía, alcanza grados alarmantes de dispersión y descontrol, originados fundamentalmente por su carácter inorgánico, que materialmente convierten a dichas empresas en un factor entorpecedor del desarrollo, en lugar de ser el primer motor económico del mismo. Surge la necesidad entonces, de reorganizar las entidades económicas estatales, y de coordinar y controlar su actividad.

La crítica a que se somete con frecuencia la actividad económica del Estado tiene su razón de ser, principalmente, en la dispersión de dicha actividad y en la ausencia de controles adecuados. El objetivo fundamental de la reforma debe ser entonces, el reestructurar las formas jurídicas que debe utilizar el Estado para desarrollar esas actividades, y el regular detalladamente, los mecanismos de control necesarios.

La justificación de una reforma de este tipo es evidente, y resulta del hecho de que la legislación que actualmente regula los institutos autónomos y las empresas del Estado es, no sólo fragmentaria e incompleta, pues no abarca la

totalidad de los aspectos administrativos, económicos y fiscales que presenta; sino que, además, está atrasada en relación al desarrollo desmesurado que han tenido en los últimos años, por las sucesivas intervenciones del Estado en la vida económica.

Las bases de una reforma en este campo, en mi criterio, deben incidir sobre las formas jurídicas de las empresas y sobre los controles. En cuanto a las formas jurídicas que el Estado debe utilizar para desarrollar sus actividades económicas, éstas deben agruparse según que tengan o no personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado. Dentro de las primeras se encuentran los institutos autónomos y las sociedades en las que el Estado tenga participación preponderante. Así, por institutos autónomos, debe entenderse a las personas jurídicas de derecho público, especialmente creadas mediante ley conforme a las prescripciones de una Ley Orgánica, con un patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, para realizar regularmente diversas actividades de índole estrictamente administrativa o de carácter industrial o comercial. En cuanto a las sociedades del Estado se deben distinguir dos categorías. Por una parte, las sociedades mercantiles de capital público, entendiéndose por tales a aquellas personas jurídicas de derecho privado, creadas por el Estado, para la realización de actividades industriales o comerciales, siempre que éste sea único accionista o tenga en ellas, una participación superior al 75% del capital social. Asimismo, se deben considerar sociedades mercantiles de capital público, las ya constituidas en las cuales posteriormente el Estado adquiere una participación superior a la proporción indicada. Por otra parte, están las sociedades mercantiles de economía mixta, entendiéndose por tales a aquellas personas jurídicas de derecho privado constituidas por el Estado o en las que éste participe, conjuntamente con una o más personas naturales o jurídicas de derecho privado, siempre que su participación sea mayoritaria, aún cuando inferior al 75% del capital social, pues de lo contrario, se tratarían de sociedades mercantiles de capital público.

La segunda forma jurídica de las empresas del Estado está configurada por la ausencia de personalidad jurídica propia. En esta categoría deben incluirse los llamados servicios administrativos autónomos sin personalidad jurídica, con dependencia directa de la administración central, pero con autonomía funcional, sobre todo, presupuestaria, que deben realizar diversos cometidos estatales. La proliferación actual de estos servicios, fondos o patrimonios autónomos, sin una debida regulación, constituye una violación de elementales principios de la Hacienda Pública, como son el de la unidad del tesoro y el de la no afectación de ingresos a gastos específicos.

El segundo aspecto que debe abarcar la reforma de la estructura de la gestión económica e institucional del Estado, se refiere a los necesarios mecanismos de control que deben preverse, y que deben abarcar diversos tipos.

El primer mecanismo de control que debe perfeccionarse es el control parlamentario que debe incidir, fundamentalmente, en los aspectos financieros.

En esta forma, debe establecerse, por ejemplo, en forma obligatoria, el que vaya como anexo al Proyecto de Ley de Presupuesto del Estado, la lista o nomenclatura de las empresas del Estado, y debe perfeccionarse e institucionalizarse la Comisión Parlamentaria para las Empresas del Estado.

En segundo lugar, debe precisarse uniformemente el control administrativo, el cual abarca diversas fases. Ante todo, debe uniformarse el régimen de los actos que deben estar sometidos a control de tutela. Por otra parte, debe precisarse el ámbito del control que debe ejercer sobre las empresas del Estado, el Organismo de la Planificación Estatal, en relación a la ejecución del Plan. La reforma en todo caso, debe dejar abierta la posibilidad de atribuir a un solo ente administrativo, las facultades de control de tutela, el cual podría ser un Consejo de Control específico.

La reforma debe detallar, además las modalidades del control que debe ejercer la Contraloría General de la República sobre las empresas públicas; y en cuanto al control previo, es necesario regularizar la situación que actualmente existe, y exigirlo sólo respecto a ciertos actos contractuales de importancia.

La reforma de la estructura administrativa de los institutos autónomos y empresas del Estado también está sometida a diversas dificultades, fundamentalmente de orden legislativo. En efecto, el mayor obstáculo para la reestructuración de los institutos autónomos y empresas del Estado, radica en que la mayoría de ellos están regulados por leyes especiales. Por más que se dicte una Ley Orgánica de Institutos Autónomos y Empresas del Estado, debe en todo caso procederse a reformar las leyes especiales respectivas, reguladoras de los diversos entes. La reestructuración legislativa que se requiere, en todo caso, debe hacerse coordinadamente. Por ello debe procederse por las vías de la legislación delegada en el Consejo de Ministros. Por ello, la solución posible a la implementación de las normas de una Ley Orgánica, está en la previsión de una serie de normas transitorias para hacer efectiva la aplicación de la ley, en las cuales se fije, en primer lugar, los lapsos dentro de los cuales los diversos entes autónomos deben adaptarse a las previsiones de la Ley Orgánica, cuyas normas deben ser de prioritaria aplicación respecto de las normas de las correspondientes leyes especiales de los institutos. En segundo lugar, deben establecerse oportunidades para la entrada en aplicación de ciertas normas, como las de orden contable o presupuestaria, que no podrían aplicarse para los ejercicios en curso para el momento de publicación de la Ley Orgánica. En tercer lugar, deben fijarse cometidos específicos al Ejecutivo para no sólo establecer la clasificación global de las entidades que la Ley Orgánica regule, sino para proponer al Consejo de Ministros, la subsistencia, modificación, fusión o supresión, según los casos, de las entidades señaladas. Ahora bien, en vista de que en los supuestos de los institutos autónomos que se encuentren regulados en esa Ley Orgánica, y que es el más importante desde el punto de vista económico y



financiero, la modificación, fusión o supresión de los mismos no podría hacerse sino mediante actos estatales con valor de ley, se debe prever expresamente en la Ley Orgánica, la habilitación legislativa necesaria para que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante Decretos con valor de Ley, dicte los respectivos Estatutos de los institutos fusionados, modificados o suprimidos. En esa forma, por actos con valor de ley del Poder Ejecutivo, y dado que se trata evidentemente de medidas extraordinarias en materias económica y financiera que requiere el interés público, la reorganización de la administración descentralizada es perfectamente viable. De lo contrario habría que pensar, lo que desde el punto de vista de la dinámica del Estado es inaceptable por lo lento y complicado del proceso, en la necesidad de reformar legislativamente, según los casos, cada una de las leyes creadoras de los institutos que deban ser modificados, fusionados o suprimidos.

Sin embargo, y prescindiendo de reformas legislativas, la coordinación de las actividades de los institutos autónomos y de las empresas del Estado para su adaptación a un Plan de Desarrollo, puede hacerse de inmediato creándose el Consejo de Institutos Autónomos previsto por la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional vigente.

Dicho Consejo de Institutos Autónomos tiene atribuida la facultad de “velar por la coordinación de las funciones propias de dichas entidades, a fin de procurar que el cumplimiento de aquéllas se ajuste a un plan de conjunto que evite la dispersión de sus actividades y de sus gastos”. El Consejo de Institutos Autónomos, integrado por los Presidentes o Directores de los Institutos podría estar presidido por un alto funcionario del Organismo para la Planificación a que se ha hecho referencia. Esa sería la mejor garantía de que los institutos autónomos y sus empresas subsidiarias, se ajustarían al Plan de Desarrollo. Por otra parte, así constituido el Consejo, el Organismo para la Planificación podría ejercer un control directo sobre la participación de dichas entidades en la ejecución del Plan.

23. Otro aspecto fundamental de la reforma estructural orgánica es el referente a la Administración Regional y local.

Un sistema de planificación conlleva necesariamente la idea de la regionalización a los efectos de lograr un desarrollo regional más o menos equilibrado. Se hace imprescindible uniformar entonces las estructuras regionales de la Administración Central, creando zonas similares en los diversos campos, y adaptando la división político-territorial de la República, para crear siete u ocho zonas o regiones en el país.<sup>30</sup> En este campo la terminología cotidiana y económica se ha adelantado en mucho al problema

---

<sup>30</sup> *Vid.* Chi-Yi Chen, *Estrategia del Desarrollo Regional, caso de Venezuela*, Caracas, 1967.

institucional, pues es normal el empleo de las expresiones Centro, Oriente, los Llanos, Zulia, Guayana, Los Andes, y hasta la calificada región Centro-Occidental, para indicar las regiones fundamentales del país. Por supuesto que una regionalización, —que establecido un sistema de planificación nacional, se hará imprescindible—, conlleva una revisión total de la división político-territorial y materialmente la eliminación de los Estados, como últimos resabios de una federación que siempre fue centralista y que como tal, nunca existió. La división en 20 Estados en esta forma no responde a ningún criterio racional<sup>31</sup>, sino más bien parecería que se tratase de la irracionalidad premeditada: Piénsese sólo en la situación del Valle de Caracas, una típica unidad geográfica y topográfica, partida en dos por una división político territorial sin sentido.

La regionalización conllevará en todo caso, una readaptación de la Administración local menor, la municipal, a las exigencias del desarrollo.

La estructura municipal actual, reflejo de un municipalismo tradicional, materialmente nunca se ha aplicado, y para darse cuenta de ello basta recordar que las Municipalidades se constituyen en Venezuela a nivel de Distritos y no a nivel de Municipio.

La división político territorial de Estados, Distritos y Municipios, por tanto, nunca ha tenido real vigencia. Por otra parte, la llamada autonomía municipal pierde todo sentido ante los micromunicipios o ante los Municipios rurales. En las grandes ciudades, la autonomía municipal también no deja de ser teórica pues como sucede en Caracas, más de la mitad de los gastos municipales son cubiertos por el Poder Central.

Las exigencias cada vez más complicadas de la expansión urbana ya no pueden ser atendidas a nivel estrictamente municipal. Las injerencias del poder central se hacen en esos campos, cada vez más numerosas, por lo que la estructura municipal debe revisarse de manera que el Municipio sea fundamentalmente un nivel inferior de pura ejecución de programas nacionales o regionales con una competencia de auto-gestión sólo de ciertos programas puramente locales. El urbanismo entonces, sí bien constitucionalmente ahora es una competencia municipal; esa competencia no podrá ser ejercida por el ente local, sino con sujeción a unas directivas de planes nacionales y regionales de ordenación territorial.

En todo caso, algunos principios fundamentales deben tenerse en cuenta al reorganizar los niveles municipales, y fundamentalmente, los que tiendan a lograr una mayor participación de las colectividades, y del pueblo, en las decisiones respectivas.

---

<sup>31</sup> Cfr. Aristides Calvani, *Instauración de las Estructuras Políticas más favorable para el desarrollo del país*. Documentos Cidal (ed. multigrafiada), Caracas 1967, pp. 31 y 32.

En las grandes ciudades, el logro de esos objetivos debe hacerse a través del establecimiento de un gobierno local a dos niveles, utilizando la fórmula federativa, mediante la creación de Distritos metropolitanos.

En efecto, la Constitución vigente establece que los Municipios podrán ser agrupados en Distritos, lo que en el ámbito metropolitano serían Distritos metropolitanos. En esta forma además, la Ley Orgánica del Poder Municipal puede establecer que la iniciativa de agrupación esté no sólo a nivel local, sino estatal, regional o nacional.

El gobierno local a dos niveles, en todo caso, supondría la creación de un Consejo Metropolitano con competencia en todo el Distrito, y que estaría integrado por representantes de los niveles superiores regional o nacional.

En las grandes ciudades cuya zona urbanizada sólo esté ubicada en uno de los actuales Distritos de los Estados de la República, para el establecimiento del gobierno a dos niveles habría que pensar en el fraccionamiento del Distrito creando autoridades locales a nivel de Municipios y establecer la autoridad metropolitana a nivel del Distrito.

En todo caso, la autoridad a nivel del Distrito Metropolitano tendría competencia para los servicios de interés metropolitano (salubridad, vialidad, transporte, distribución de agua, etc.) y para la ejecución del Plan de Desarrollo Urbanístico, y las diversas autoridades locales integradas (Municipios) tendrían competencia para los servicios estrictamente locales conforme a las directivas de la autoridad metropolitana.

Mientras se logra la reforma de la legislación vigente pueden acudir a mecanismos de cooperación intermunicipal a través de las asociaciones de municipios y de las mancomunidades.

24. Pero no puedo referirme a la reforma de las estructuras administrativas locales, sin hacer siquiera una ligera mención al problema del área metropolitana de Caracas, Como en toda gran metrópoli, el problema administrativo fundamental en Caracas es el de la integración de toda su área urbana y zona de influencia, bajo una sola autoridad metropolitana.

En efecto, Caracas no ha escapado al proceso de crecimiento desorbitado que caracteriza a las capitales contemporáneas. Como capital de la República, originalmente se previó su crecimiento dentro de un área –para 1864 extensísima– que configuró el Distrito Federal. Actualmente, sin embargo, la ciudad ha desbordado los límites del Distrito Federal y ha invadido jurisdicciones del Estado Miranda, fundamentalmente, el Distrito Sucre. Por otra parte, desde el punto de vista de la planificación urbanística, el tratamiento de Caracas se realiza desde el punto de vista de un área o zona metropolitana e inclusive, de una región metropolitana dentro de la cual tienen su cabida zonas de expansión urbana futuras, como serían los Valles del Tuy.

El crecimiento desmesurado de Caracas en todos los órdenes y la importancia que actualmente tiene como centro del país exigen la introducción de una serie de reformas a la estructura administrativa de su área metropolitana.

Frente a ello, la primera observación que es necesario retener se refiere al régimen especial que requiere Caracas, como toda capital; y se habla de régimen especial, en relación al ordinario o común de las demás municipalidades del país. En el caso de Caracas, el régimen especial de capitalidad está configurado por el de un Distrito Federal, dada la particular estructura federal del país. Como en cualquier otra capital, particularmente en un Distrito Federal, lo municipal se encuentra estrechamente unido a lo nacional, en este caso, federal. El hecho de ser la capital el asiento permanente de los poderes nacionales exige que el Poder Federal tenga injerencia en el régimen local de la ciudad. Apartándose del régimen ortodoxo de un Distrito Federal como por ejemplo el de Columbia en Washington, el régimen de Distrito Federal otorgado a Caracas no elimina completamente la participación de los ciudadanos en la gestión de los intereses locales. De ahí que paralelamente a un Gobernador como autoridad ejecutiva local exista un Concejo Municipal, como cuerpo deliberante y de control, con facultades legislativas locales. Entre ambos organismos se ejerce la autonomía del Municipio del Distrito Federal. El problema radica, sin embargo, en que el Concejo Municipal del Distrito Federal se ha ido atribuyendo paulatinamente facultades ejecutivas, en detrimento de las facultades del Gobernador. Ello ha dado origen al surgimiento de constantes y estériles conflictos entre ambas autoridades, y a la desatención respecto a los problemas locales.<sup>32</sup>

Pero el problema de Caracas no se reduce a la necesidad de reestructurar el régimen del Distrito Federal, sino que abarca fundamentalmente la necesidad de la integración de su área metropolitana.

En efecto, la zona urbana de Caracas no sólo constituye una unidad geográfica, sino social y económica. La división política que existe en el Valle de Caracas sólo constituye en la actualidad, una traba para la prestación adecuada de los servicios públicos municipales. Paralelamente a la reestructuración del Distrito Federal es necesario proceder a la integración del área metropolitana de la capital bajo una sola autoridad administrativa, al menos de coordinación.

Frente a la situación anteriormente planteada, la estructura administrativa del área metropolitana de Caracas puede solucionarse a través de dos vías; en primer lugar, anexando el Distrito Sucre del Estado Miranda al Distrito Federal; y en segundo lugar, coordinando administrativamente las jurisdicciones que actúan en el área metropolitana.

---

<sup>32</sup> Véase Allan R. Brewer Carías, *El Régimen de Gobierno Municipal en el Distrito Federal Venezolano*, Caracas 1968.

La primera solución, o la primera alternativa de reforma, sería la fusión del Distrito Sucre del Estado Miranda al Distrito Federal, a través de un convenio celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Ejecutivo Estadal del Estado Miranda, ratificado por el Senado y la Asamblea Legislativa de dicho Estado, en el cual se convenga en la cesión del territorio del Distrito Sucre.

En esta forma, no sólo se lograría un régimen administrativo único para la ciudad de Caracas y su área metropolitana, sino que adquiriría también sentido el Distrito Federal. Caracas, como capital de un Estado Federal, actualmente está dividida en dos porciones urbanas, una de las cuales está en el Distrito Federal. No puede razonablemente afirmarse ni pensarse que la sede de los poderes nacionales sólo está al oeste de la ciudad, pues ello implica la ruptura de la necesaria unidad de la misma.

En todo caso, la uniformización del régimen de la ciudad de Caracas como Distrito Federal implicaría la necesaria reforma de la Ley Orgánica del Distrito Federal, con el objeto de aclarar en forma precisa, el régimen de gobierno del mismo. Todo Distrito Federal, insistimos, conlleva esencialmente, la intervención del Poder Nacional en la conducción de los intereses locales. La autonomía municipal en un Distrito Federal –y empleo el término a pesar del confucionismo que lo rodea y de la crisis que la revolución urbana ha producido sobre su contenido– está por tanto necesariamente atenuada.

En esta forma, el régimen de gobierno municipal en el Distrito Federal estaría a cargo, como ahora, de una autoridad ejecutiva designada por el Poder Nacional y de una autoridad legislativa elegida por sufragio. Debe aclararse definitivamente que el Concejo Municipal en el Distrito Federal, no tiene, en absoluto, facultades administrativas, sino solamente de legislación local y de control administrativo y político. En esta forma, se conserva el derecho de los habitantes de la ciudad a intervenir, a través de los Concejales en el gobierno de la misma, y se mantiene la esencia del Distrito Federal.

La otra alternativa para la solución del problema planteado por la estructura administrativa del área metropolitana de Caracas radica en el mantenimiento de la división del Valle entre dos jurisdicciones logrando su coordinación a través de una ley especial.

En efecto, de continuar la partición del área metropolitana de Caracas entre el Distrito Federal y el Distrito Sucre del Estado Miranda, sería necesario prever mecanismos de integración global y forzosos desde el punto de vista administrativo. No escapa a la observación de cualquiera, lo absurdo que resulta el que la prestación de los servicios públicos urbanos tenga un límite espacial, y el que su continuidad dependa de la variable posición política de los municipios respectivos. No tiene sentido alguno desde el punto de vista urbano, el que, para la prestación de los servicios de distribución de agua y recolección de aguas negras, distribución de energía eléctrica, transporte urbano, aseo urbano, existan dos autoridades distintas en la misma ciudad, y

en su caso, sea necesario obtener dos concesiones diferentes. En este campo, sin embargo, el absurdo llega a su más terrible dimensión, cuando se observa que en lugar de integrar el área metropolitana, se pretende desintegrarla aún más, con la creación de un nuevo Distrito y una nueva Municipalidad en él, como resultado de la proposición que recientemente ha estado discutiendo la Asamblea Legislativa del Estado Miranda.

Ahora bien, para lograr la uniformidad requerida por el área metropolitana, es necesario acudir a una ley especial que coordine la actividad administrativa en la ciudad. El mecanismo de coordinación estaría en mancomunar forzosamente o en federar las dos municipalidades que tienen jurisdicción en el área metropolitana, y establecer una autoridad de coordinación, superior a las autoridades existentes, en el solo ámbito administrativo.

La autoridad de coordinación estaría integrada por representantes calificados de las municipalidades federales, y por representantes del Poder Nacional dado el carácter de capitalidad de la ciudad, y dada la intervención financiera que siempre tiene en las obras de envergadura de Caracas. Esta autoridad de coordinación que sería un Consejo o Comisión Metropolitano el cual estaría presidido, por ejemplo, por el Gobernador del Distrito Federal e integrado por los Presidentes de los Concejos Municipales del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda, por el Gobernador del Estado Miranda y por un funcionario designado por el Poder Ejecutivo. Esta autoridad impondría su decisión a las autoridades municipales de las municipalidades federales, y los órganos para hacerlas cumplir serían sus directivos.

La reestructuración administrativa del área metropolitana de Caracas es quizás uno de los aspectos de la reforma que más dificultades puede tener, fundamentalmente de tipo político.

En primer lugar, es bastante difícil pensar que el Estado Miranda vaya a ceder la parte más rica de su territorio, y la que más ingresos tributarios o por situado le produce. Por ello la solución de la fusión del Distrito Sucre al Distrito Federal, es quizás lejana. Por otra parte, políticamente tendrá también enormes dificultades al reformar la Ley Orgánica del Distrito Federal para reforzar la posición del Ejecutivo local y precisar, en sus justos límites, las competencias del Concejo Municipal.

En todo caso, los mecanismos de reestructuración implican, o la elaboración de una ley especial de coordinación del área metropolitana de Caracas o, la reforma de la Ley Orgánica del Distrito Federal. Provisionalmente, sin embargo, puede acudirse a mecanismos de cooperación intermunicipal a través de la asociación voluntaria de las Municipalidades o a través de la constitución de mancomunidades para atender determinados servicios que afectan a toda el área.

25. El otro aspecto de la Reforma Estructural que exige la incorporación al desarrollo, es el burocrático, tan trajinado y comentado. No creo que sea necesario insistir mucho en su importancia, aún cuando si es bueno señalar que esa Reforma burocrática, contrariamente a lo que se piensa generalmente, no tiene por objeto simplemente la reducción del personal que presta sus servicios al Estado, sino fundamentalmente, mejorar su rendimiento y eficacia, y por tanto, lograr una mayor productividad en el sector público. Para ello es necesario un correcto sistema de selección y capacitación del personal, y el establecimiento consecuencial de ciertos niveles de remuneración, estabilidad y seguridad social para el mismo.

26. El segundo aspecto de la Reforma Administrativa que en mi criterio es necesario hacer para motorizar el desarrollo, es el aspecto funcional. La reestructuración orgánica de la administración pública conlleva, necesariamente, la atribución de funciones a esos órganos reestructurados. Por ello, la reforma orgánica y burocrática, por sí solas, no darían lugar a una mayor eficacia o rendimiento administrativo, si no están acompañados de una reforma funcional que tienda a la racionalización de competencias y en su caso, a su delegación, desconcentración o descentralización; y al perfeccionamiento y tecnificación de los procedimientos y métodos incorporando a los mismos los adelantos de la tecnología y mecanización.

## VII. CONCLUSIÓN

27. Estas son en líneas generales las modalidades que en mi criterio debe revestir una Reforma Administrativa para el desarrollo. La tarea, ciertamente, es impresionante, pero no queda otra alternativa: o reformamos las estructuras políticas y administrativas y nos incorporamos al desarrollo, o no comprendemos la necesidad de esos cambios, y simplemente perecemos.

Hasta aquí hemos visto cómo, si nuestra única alternativa es el desarrollo, la incorporación al mismo exige una serie de reformas estructurales, un cambio en definitiva, que sólo pueden llevarse a cabo mediante mecanismos de planificación y con una intervención y conducción de un Estado renovado, renovador y reformista, que debe comenzar por dotarse de un instrumental adecuado para sus nuevas funciones, mediante la reforma de sus estructuras administrativas. La conclusión que de ello puedo sacar surge de los dos extremos del razonamiento: no puede haber desarrollo, no puede haber reformas de estructuras, sin adecuados mecanismos administrativos que las viabilicen.

Esto me hace recordar, para concluir, las frases del gran estadista francés Pierre Mendés-France, en su libro “La República Moderna” cuyo contenido, frente a la reciente crisis institucional y Social de Francia y de su V República, puede ser calificado de profético. Mendés-France decía: “Yo desafío a cualquier hombre político, a cualquier partido, a emprender mañana una auténtica democratización de la enseñanza, a modificar la distribución de la

renta en provecho de las clases desfavorecidas, a asegurar el control por el Estado de ciertas posiciones dominantes de la economía, a asegurar, en lo sucesivo, el respeto de las libertades fundamentales y de los derechos del hombre, a hacerse obedecer por un ejército que esté identificado con la Nación..., si los problemas institucionales no han tenido previamente una solución correcta o, lo que es igual, si previamente no se han elegido las palancas que para ello convendría emplear”.<sup>33</sup> Estas palabras, frente al panorama del próximo periodo constitucional, hacen que nosotros o mejor dicho, nuestra generación, desafíe a los políticos actuales, y se decida, por sobre ellos, a asumir el reto que tiene planteado desde hace pocos años.

---

<sup>33</sup> Vid. Pierre Mendès-France, *La República Moderna*, Madrid 1963, p. 5.



## 4.

# INSTRUCCIÓN SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA\*

*en Revista de Administración Pública*, No. 62, mayo-agosto 1970, Madrid 1970, pp. 371-399.\*\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Orientación del proceso de Reforma Administrativa. 2. La Reforma Macro-Administrativa y la Reforma Micro-Administrativa. 3. Objeto de la Instrucción Presidencial: Lineamientos Generales para la Reforma Estructural y Funcional. 4. Aspectos de la Reforma de la Función Pública. II. LA REFORMA ESTRUCTURAL: 5. Necesidad de la Reforma Estructural. 6. El Micro-análisis y diagnóstico de la estructura administrativa y la distribución de funciones en el organismo respectivo, realizados con visión sectorial. 7. El diagnóstico estructural desde el punto de vista del sistema de planificación del desarrollo económico y social. 8. El diagnóstico estructural desde el punto de vista organizativo: A. La creación, del cargo de Vice-Ministro. B. La reconcentración de funciones y el diagnóstico de las duplicidades, superposición y dispersión de las mismas. C. La organización de las Direcciones Generales. D. El orden

---

\* El Presidente de la República de Venezuela, doctor Rafael Caldera, al amparo del artículo 81 de la Constitución, ha dirigido con fecha 13 de mayo de este año “a todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central a los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y a las empresas del Estado”, la Instrucción que reproducimos por su interés, elaborada por la Comisión de Administración Pública de Venezuela, que preside el Profesor A. R. Brewer Carías. Aparte de su significado, conviene destacar el procedimiento constitucional seguido en este caso, al expresar y recoger en un documento oficial los propósitos y características de la reforma propuesta. El texto que a continuación se reproduce es el publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela de 13 de mayo de 1970; no se incluye, sin embargo, el cuadro de distribución de plazos que se establecen para llevar a cabo la reforma propuesta, que figura como Anexo número 2 de la Instrucción que recogemos.

\*\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-62-mayoagosto-1970/instruccion-sobre-la-reforma-administrativa-en-venezuela-2>

jerárquico descendiente de los diversos organismos. E. La diferenciación entre las funciones asesoras, auxiliares y de línea, y la reforma de las unidades organizativas que cumplen las primeras. F. La organización de las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa. 9. El diagnóstico estructural desde el punto de vista jurídico. 10. La adaptación de la desconcentración administrativa nacional a las regiones administrativas. 11. La coordinación, administración y control de los Institutos Autónomos. III. LA REFORMA FUNCIONAL: 12. Ámbito de la Reforma Funcional. 13. El diagnóstico de los sistemas de programación y presupuesto del organismo y las propuestas de reforma. 14. La reforma de los sistemas auxiliares: A. El diagnóstico del sistema estadístico y las propuestas de reforma. B. El diagnóstico del sistema de compras y suministros y las propuestas de reforma. C. El diagnóstico del sistema de contabilidad y las propuestas de reforma. D) La reforma relativa a los archivos y al manejo de documentos. E. El diagnóstico de la utilización de equipos electrónicos de procesamiento de datos y las propuestas de reforma. 15. El diagnóstico de los procedimientos y tramitaciones: A. La reforma en las tramitaciones. B. La reforma de los procedimientos. C. La información administrativa y las oficinas de información. 16. Las reformas del sistema jurídico que regula el funcionamiento de los organismos. 17. La delegación de atribuciones. IV. LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: 18. Necesidad y realizaciones en la Reforma de la Función Pública. 19. El sistema de clasificación de cargos y de remuneraciones. 20. El sistema de reclutamiento y selección. 21. Los procedimientos para la tramitación de los movimientos de personal. 22. La estabilidad en la función pública. 23. La disciplina en la función pública. 24. La calificación y evaluación de los servidores del Estado. 25. La formación, capacitación y adiestramiento en la función pública. 26. El sistema jurídico relativo a los funcionarios o empleados públicos. 27. Las oficinas de personal. V. ADVERTENCIAS FINALES: 28. La reorientación y racionalización del gasto público. 29. La prioridad y las responsabilidades en la ejecución de la Instrucción Presidencial. 30. La cooperación con la Comisión de Administración Pública. ANEXO NÚMERO 1: Instituciones Públicas Nacionales a las cuales está dirigida la Instrucción Presidencial que establece los Lineamientos Generales de la Reforma de la Administración Pública Nacional.

RAFAEL CALDERA

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

de conformidad con lo previsto en el artículo 181 de la Constitución, dicta la siguiente:

## INSTRUCCIÓN MEDIANTE LA CUAL SE ESTABLECEN LOS LINEAMIENTOS GENERALES DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

dirigida a todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, a los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y a las Empresas del Estado:

### I. INTRODUCCIÓN

1. La Reforma Administrativa cuya programación y ejecución se ha iniciado en el país a partir de marzo de 1969 con motivo del cambio de Gobierno, debe ser considerada como el conjunto de acciones y medidas de carácter permanente y evolutivo, tendientes a transformar la Administración Pública Nacional para adaptarla a las necesidades del proceso de desarrollo económico y social. No se trata, por tanto, de una Reforma destinada simplemente a lograr una mayor eficacia de una Administración Pública tradicional, sino destinada a dejar a un lado estructuras arcaicas, incapaces de marchar a tono con la transformación del país y de la mentalidad de sus habitantes.

Por ello, el proceso iniciado, fundamentalmente, persigue estructurar una Administración Pública para el desarrollo, es decir con capacidad para planificarlo, y para movilizar, asignar y combinar las acciones y recursos necesarios para el logro de sus objetivos, dotando al Estado de un adecuado instrumento para la plena realización de su función de promoción social y económica del país, y que le permita, además, provocar los cambios que aquél implica.

2. Conforme a los lineamientos consagrados en los Decretos N° 103 de 23 de julio de 1969 y N° 141 de 17 de septiembre de 1969, en el proceso de programación y ejecución de la Reforma de la Administración Pública, deben distinguirse dos grandes enfoques: el enfoque Macro-Administrativo y el enfoque Micro-Administrativo.

En el primer enfoque, corresponderá a la Comisión de Administración Pública, como órgano asesor del Presidente de la República, realizar un Macro análisis y un diagnóstico de la Administración Pública venezolana a escala Nacional, y en particular de sus estructuras, sistemas y procedimientos administrativos, conforme al programa que se establecerá en el IV Plan de la Nación 1970-1974. Como resultado de esa labor, en el curso del año 1971, la Comisión de Administración Pública deberá presentar a la consideración del Presidente de la República en Consejo de Ministros, un Plan General de Reforma Administrativa, para su aprobación y posterior ejecución.

En el enfoque Micro-Administrativo de la Reforma Administrativa, corresponderá a los respectivos Consejos de Reforma Administrativa y Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa, en estrecha cooperación y con el

asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, la realización de un Micro-análisis y diagnóstico de las estructuras, sistemas y procedimientos existentes en el respectivo organismo, con vista a la formulación de diversas propuestas de reforma estructural y funcional, y a su ejecución durante el presente y los próximos años.

3. Los lineamientos generales que en esta Instrucción se dictan, con excepción de los aspectos correspondientes a la Reforma de la Función Pública, se refieren fundamentalmente al aspecto de la Reforma Micro-Administrativa, es decir, aquella que debe programarse y proponerse en el seno de cada Ministerio y demás organismos de la Administración Central, en cada Instituto Autónomo y demás establecimientos públicos y en cada Empresa del Estado, por los respectivos Consejos de Reforma Administrativa y Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa, en estrecha cooperación con la Comisión de Administración Pública, de acuerdo a las previsiones del indicado Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969.

Este proceso de cambio, en su aspecto Micro-Administrativo, como actividad permanente, evolutiva y sistemática, debe llevarse a cabo bajo dos ángulos distintos: La Reforma Estructural y la Reforma Funcional.

La Reforma Estructural debe acometer el estudio y posterior adaptación de la estructura organizativa de los diversos organismos públicos, a los programas y funciones que le han sido asignados en el proceso de desarrollo económico y social; revisión y adaptación que debe realizarse con visión sectorial.

La Reforma Funcional debe incidir sobre los diversos aspectos del funcionamiento de los órganos administrativos y particularmente tiene por objeto racionalizar los sistemas, procedimientos y métodos administrativos y buscar su adaptación a las nuevas técnicas, para lograr no sólo un adecuado logro de los cometidos del organismo y una adecuada eficacia de sus sistemas, sino también, un mayor rendimiento y productividad del gasto público.

4. Por otra parte, y aun cuando pertenece al ámbito de la Reforma Macro-Administrativa, en vista de los progresos que en este campo se han adelantado en los últimos años, en todos los organismos públicos deberá procederse a desarrollar algunos aspectos de la Reforma de la Función Pública conforme a los lineamientos generales que por esta Instrucción se establecen.

En este sentido, la Reforma de la Función Pública debe tender a modificar y mejorar las condiciones de trabajo de los funcionarios y empleados públicos, a través del establecimiento de un estatuto de la Función Pública y del perfeccionamiento del sistema de Administración de Personal; circunstancias básicas para lograr un aumento del rendimiento y eficiencia de aquéllos y, en definitiva, lograr una mayor productividad del gasto público.

## II. LA REFORMA ESTRUCTURAL

5. La estructura actual de las diversas unidades públicas de la Organización Administrativa Nacional, es el resultado de un crecimiento irracional producido a medida que el Estado ha ido asumiendo nuevas funciones y cometidos. El crecimiento de nuestra Administración Pública, en su conjunto, se ha realizado por un proceso de agregación y de desgajamiento sucesivo de organismos, lo que ha dado origen con mucha frecuencia a duplicidad de funciones. En la actualidad, por tanto, no existe una precisa correspondencia entre las diversas funciones del Estado, los sectores de planificación del desarrollo económico y social, y las competencias de los diversos organismos de la Administración Pública, situación que es necesario corregir.

Frente a ese crecimiento desorganizado se impone, como primera medida de transformación, una Reforma que busque establecer no sólo una reorganización estructural de la Administración pública en su conjunto, sino una organización en cada entidad pública, que evite duplicidad y dispersión de funciones y permita, a través de una racional reasignación de autoridad y responsabilidades, cumplir con los objetivos y cometidos estatales. Por supuesto que dicha Reforma Estructural debe proponerse una vez analizados los cambios requeridos, a la luz de la institución y del sector respectivo, considerados como un todo, y no en razón exclusiva de una o varias funciones.

6. En base a ello, en cada Ministerio y demás organismos de la administración central, en cada Instituto Autónomo y demás establecimientos públicos y en cada Empresa del Estado, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, se deberá analizar y diagnosticar la estructura y cometidos de la institución, como un todo, a fin de lograr la adaptación de la estructura organizativa de la misma, a la planificación nacional del desarrollo económico y social, y a sus propios objetivos y cometidos.

Por ello, en primer lugar, en cada uno de los diversos entes públicos, deberá procederse a realizar un diagnóstico de sus funciones con visión sectorial, es decir, a determinar dentro de la estructura general del Estado, sus funciones y objetivos, conforme a los diversos sectores del sistema de planificación del desarrollo económico y social, con vistas a proponer la reorganización de sus funciones.

Este diagnóstico de las funciones que deben corresponder al ente público, o en otras palabras, el análisis de la distribución de funciones en el sector entre las diversas unidades organizativas que lo integran, deberá realizarse bajo varios ángulos: determinando su conveniencia desde el punto de vista de la planificación, desde el punto de vista organizativo y desde el punto de vista jurídico.

7. El primer objetivo del diagnóstico y microanálisis del organismo respectivo debe tener por objeto la determinación de la conveniencia de su estructura y de la distribución de funciones en la misma, en el proceso de planificación del desarrollo en el sector correspondiente. Esto implicará ante todo, la realización de una evaluación detallada y exhaustiva del proceso de programación que se cumple en el organismo en relación al sector de la planificación del desarrollo económico y social al cual está vinculado. Asimismo, implicará la realización de una evaluación del papel de los órganos que intervienen en la elaboración, ejecución y vigilancia de los programas y planes. Como resultado de dicha evaluación, los diversos organismos, con el asesoramiento de la Oficina Central de Coordinación y Planificación y de la Comisión de Administración Pública, propondrán al Consejo de Ministros, las medidas de reforma que estimen necesarias para hacer participar adecuadamente la institución en el proceso de planificación del desarrollo económico y social. Cuando sea necesario, y para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto-Ley N° 492 de 30 de diciembre de 1958 que regula el Sistema Nacional de Planificación, deberá organizarse en los correspondientes entes públicos a los cuales está destinada esta Instrucción, si todavía no lo ha sido, una Oficina Sectorial de Programación y Presupuesto, para facilitar la incorporación decidida de los mismos, al sistema de Planificación del desarrollo económico y social del país y su participación en la elaboración y ejecución del Plan de la Nación.

8. El segundo objetivo del análisis de la distribución de funciones entre las diversas unidades del organismo administrativo y entre los diversos organismos del sector, deberá ser la determinación de su conveniencia desde el punto de vista organizativo. A través de este análisis se detectarán diversas fallas, propias de un crecimiento desordenado, y se propondrán al Consejo de Ministros, previo estudio por la Comisión de Administración Pública, las diversas medidas de Reforma Estructural, que se estimen necesarias y entre ellas las siguientes:

A. En primer lugar, debido a la excesiva ampliación de las funciones de cada Ministerio, y a la proliferación de unidades operativas y administrativas (oficinas y direcciones) en los mismos, y en vista de la necesaria reorientación que tendrá el Consejo de Ministros como máximo organismo de la Administración Pública Nacional, podrá preverse la creación en cada Ministerio y proponerse así a dicho Consejo, de un cargo inmediato al Ministro, denominado Vice-Ministro, y que tendrá por función brindarle a aquel soporte permanente y, además, asistirlo en las funciones de dirección, coordinación y control de las actividades del Ministerio que corresponden a dicho funcionario; asesorarlo en la formulación de la política y programas de acción del Ministerio; representarlo en los diversos órganos colegiados de los cuales forme parte; suplir las faltas accidentales del Ministro, cuando así lo disponga el Presidente de la República; y, en general, cumplir todas aquellas funciones que el Ministro le delegue.

B. En segundo lugar, el análisis de la estructura y de las funciones de cada organismo al cual está destinada esta Instrucción, deberá tener por objeto la determinación de los diversos supuestos de duplicidad, superposición y dispersión de funciones entre las diversas dependencias del ente público respectivo e inclusive del sector, con la precisión de los consiguientes problemas de falta de coordinación, de interferencia de funciones y de dilución de responsabilidades.

Para obviar estos inconvenientes, deberán proponerse medidas tendientes a lograr una integración de funciones de manera de evitar la excesiva creación de unidades organizativas y la duplicidad de funciones; y, en particular, deberán proponerse reformas tendientes a precisar con exactitud las esferas de competencia de los diversos órganos, así como a eliminar o fusionar determinadas unidades organizativas, cuando sea necesario. En muchos casos, será imprescindible proponer la reconcentración de funciones dispersas entre distintas dependencias del organismo respectivo e inclusive del sector, tratando siempre de evitar la agrupación incoherente de las mismas. Asimismo, deberán proponerse los mecanismos de coordinación de actividades, cuando no sea posible su agrupación.

C. El crecimiento desordenado y cada vez más amplio de las funciones ministeriales ha provocado en los diversos Ministerios una excesiva multiplicación de Oficinas, Direcciones y dependencias diversas, en sentido horizontal, lo que dificulta el ejercicio de la función de dirección, coordinación y control que corresponde realizar al respectivo Ministro. Para obviar estos inconvenientes, en las propuestas de reforma estructural que se formulen, deberán fijarse criterios racionales para agrupar diversas unidades y direcciones, buscándose la formación de una estructura piramidal con el objeto de reducir el ámbito de control inmediato de los Ministros, de elevar el nivel de los funcionarios adscritos directamente a los mismos, y facilitar el proceso de delegación de atribuciones que consecuentemente deberá realizarse. En esta forma, y cuando lo exija la naturaleza específica de cada Ministerio, podrán reconcentrarse bajo la dirección y coordinación de diversas Direcciones Generales, según sus competencias, las diversas Direcciones, y en su caso, oficinas y dependencias que se establezcan o que existan en los Ministerios. En estos casos, las diversas Direcciones Generales tendrán por función general brindar continuidad y asegurar la orientación técnica en la prestación de los servicios y en la ejecución de los programas del Ministerio, y además, entre otras, atender bajo la dirección de los Ministros y Vice-Ministros, en su caso, a la prestación de los servicios y a la ejecución de los programas adoptados por las Direcciones y dependencias a su cargo; velar por el eficiente desempeño de las funciones técnicas y administrativas de las direcciones y dependencias a su cargo, y coordinar y dirigir sus actividades; tener la representación del Ministro cuando éste lo determine, en actos o asuntos de carácter técnico o administrativo; y, en general, ejercer las diversas atribuciones que le delegue. Criterios similares, en cuanto sean aplicables, se adoptarán en la Reforma Estructural de los Institutos Autónomos.

D. En vista de lo anteriormente señalado, el orden jerárquico descendente, que deberá proponerse en los proyectos de Reforma Estructural de cada Ministerio salvo casos especiales y siempre que las exigencias administrativas, así lo demuestren, debe ser el siguiente: Ministro y Vice-Ministro, Direcciones Generales, Direcciones, Divisiones, Secciones y Departamentos; orden jerárquico que en todo caso, se guardará que no obstruya ni retarde la toma de decisiones y las necesarias comunicaciones entre las diversas dependencias, a través del obligado empleo de mecanismos de delegación de atribuciones.

E. Por otra parte, deberán constatarse los supuestos de indiferenciación entre las funciones asesoras y de ejecución, y precisarse en las propuestas de Reforma Estructural, la ubicación, denominación y atribuciones de las primeras. La terminología uniforme que deberá utilizarse es la siguiente cuando se trate de unidades asesoras o auxiliares: Consejo, para los organismos colegiados, destinados a la orientación general del Ministerio, que incluyan personas ajenas a su planta; Comité para los organismos colegiados internos, de cierta permanencia, ya sea asesores o coordinadores; Comisión, para los organismos colegiados que se convoquen para asuntos especiales; y Oficinas, para las unidades asesoras o auxiliares permanentes.

En todo caso, en la constitución de los Consejos, Comités y Comisiones deberán evitarse los inconvenientes que generalmente acosan a dichos órganos colegiados, entre los cuales se destacan, el hecho de que sus deliberaciones se realizan sobre aspectos muy generales que con frecuencia no se concretan en acuerdos; la lentitud en la toma de decisiones o en la formulación de recomendaciones; la integración sin una evaluación previa precisa de lo que puede aportar cada miembro y del tiempo muchas veces valioso que debe dedicarle; la ausencia de mecanismos para evaluar el rendimiento de los mismos. Para evitar estos inconvenientes, deberán seguirse en la constitución de los órganos colegiados, los siguientes criterios: la creación de los mismos con funciones lo más específicas posibles e integrarlo en razón de los aportes reales que sus miembros puedan darles; el establecimiento de mecanismos para controlar su funcionamiento, las reuniones, la asistencia y las actas, y en fin, la fijación, de ser posible, de un límite de tiempo para la consideración de los diversos asuntos.

En cuanto a las Oficinas asesoras o auxiliares en cada Ministerio e Instituto Autónomo, deberá organizarse cuando sea necesario, la Consultoría Jurídica, la Oficina Sectorial de Programación y Presupuesto, la Oficina de Información, la Oficina de Personal, y las demás que tengan a su cargo servicios auxiliares o asesores.

F. Particularmente, todos los entes públicos a los cuales se destina esta Instrucción deberán constituir la respectiva Oficina Coordinadora de la Reforma Administrativa, conforme a las previsiones del Decreto N° 141 de 17



de setiembre de 1969, la cual podrá estar a cargo de la respectiva Oficina de Programación y Presupuesto. Las referidas Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa deberán tener todo el respaldo necesario de los directivos del organismo, y deberán ser dotadas del personal calificado mediante la afectación de sus servicios a las actividades de la misma por el tiempo que sea necesario. Todos los funcionarios de nivel directivo, deberán brindarle a las Oficinas todo el respaldo necesario, mediante la racional evaluación de su trabajo en todos sus niveles y la colaboración de todo el personal público en sus labores y asumir la responsabilidad de llevar a la práctica y supervisar la implantación de las recomendaciones aprobadas. Asimismo, en todo caso, deberá considerarse a las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa, como dependencias exclusivamente asesoras y en ningún caso ejecutivas, por lo que las decisiones en la materia deberán ser tomadas por los niveles ejecutivos.

9. En tercer lugar, el diagnóstico de las funciones de cada organismo con vistas a la Reforma Estructural, además del ángulo de la planificación y del organizativo, requiere una tercera perspectiva, que es la perspectiva jurídica. A través de la misma, imprescindible para lograr la reordenación de cada sector, deberá realizarse el estudio, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, de aquellas funciones previstas en las leyes que no se cumplen, o que se cumplen parcial o deficientemente, y de aquellas que se realizan aun sin previsión legal o reglamentaria alguna o con deficiencias en su fundamentación jurídica. En base a ello, se deberá determinar y proponer al Consejo de Ministros las modificaciones legales o reglamentarias necesarias, como parte de la reordenación estructural del organismo. En este sentido, toda propuesta de Reforma Estructural a nivel de Ministerios e Institutos Autónomos que se someta al Consejo de Ministros, oída previamente la Comisión de Administración Pública, deberá ir acompañada de un Proyecto de Decreto Orgánico del respectivo organismo administrativo, así como de los diversos proyectos legislativos y reglamentarios necesarios para ejecutar la Reforma.

10. En las propuestas de Reforma Estructural deberán ejecutarse particularmente, en cada Ministerio e Instituto Autónomo, las previsiones del Decreto N° 72 de 11 de junio de 1969, que dispone la ordenación de las actividades de la Administración Pública Nacional en ocho Regiones Administrativas, con vistas a la adaptación del organismo respectivo al proceso de regionalización del desarrollo económico y social. En la desconcentración administrativa que se proponga de cada Ministerio e Instituto Autónomo a nivel de cada una de las ocho Regiones Administrativas del país, deberá tenerse en cuenta que los organismos regionales deberán ser los agentes del desarrollo de la respectiva región y, por tanto, deberán estar estrechamente coordinados con todos los organismos nacionales establecidos en la región correspondiente, así como con las administraciones estatales y municipales respectivas y, en particular, con la Oficina de Coordinación y Planificación de la Región.

Conforme al indicado Decreto N° 72, en todos los Ministerios e Institutos Autónomos, como consecuencia, deberán estudiarse y resolverse en forma especial, y proponerse al Consejo de Ministros oída previamente la Oficina Central de Coordinación y Planificación y la Comisión de Administración Pública, en los casos en que no estén ya establecidos y resueltos, los siguientes puntos: Los mecanismos para la adaptación de las actuales zonas administrativas a las ocho Regiones Administrativas, y la creación de los órganos que sean necesarios; la determinación de los asuntos que deben ser delegados a nivel regional, y los alcances de dicha delegación; las modificaciones de las estructuras y procedimientos administrativos del órgano respectivo, derivados de la organización de las ocho Regiones Administrativas previstas en el mencionado Decreto N 72 de 11 de junio de 1969.

11. Por último y dentro de los Proyectos de Reforma Estructural que se propongan, deberán precisarse detalladamente los mecanismos de coordinación, supervisión y control que el respectivo Ministerio ejercerá sobre los Institutos Autónomos que le estén adscritos, conforme a las previsiones del Reglamento sobre Coordinación, Administración y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional dictado por Decreto N° 280 de 8 de abril de 1970.

En tal sentido, deberá tenerse en cuenta que los Institutos Autónomos están sometidos a la supervisión y control permanente de los respectivos Ministerios de Adscripción, y deberán ceñirse en su actuación, a las directrices, políticas y decisiones que adopten dichos Ministerios en el respectivo sector. Asimismo, todos los Institutos Autónomos deberán contribuir al desarrollo nacional, conformando sus actividades al Plan de la Nación en la forma que se establece en el referido Reglamento sobre Coordinación, Administración y Control de los Institutos Autónomos de la Administración Pública Nacional.

### **III. LA REFORMA FUNCIONAL**

12. La reestructuración de los diversos organismos de la Administración Pública Nacional, por sí sola, no dará lugar a una definitiva adaptación de la Administración Pública a las necesidades del desarrollo económico y social y a lograr una mayor eficacia y rendimiento administrativo, si no está acompañada de una reforma que incida sobre el funcionamiento de la Administración Pública.

Esta Reforma Funcional, por tanto, no sólo tiene relación íntima y estrecha con las medidas de reasignación racional de funciones a los órganos reestructurados a que se ha hecho referencia en el capítulo anterior, sino que incide fundamentalmente sobre los aspectos técnicos propios del organismo respectivo y sobre los sistemas, métodos y procedimientos empleados para el logro de sus cometidos.

En efecto, como primer paso en el proceso de Reforma Funcional, los diversos organismos administrativos a los cuales está dirigida esta Instrucción, deberán realizar un diagnóstico de la actual situación de los diversos procesos técnicos operativos de línea que le competen, y proponer las medidas de Reforma que estimen convenientes, ya que son esos los que inciden fundamentalmente sobre el funcionamiento de los organismos administrativos.

Por otra parte, el proceso de Reforma Funcional debe implicar la realización de un gran esfuerzo para lograr el perfeccionamiento y tecnificación de los diversos sistemas, métodos y procedimientos empleados en la Administración Pública, para hacerlos más idóneos y eficientes y, eventualmente, incorporar a los mismos los adelantos de la tecnología y mecanización. De ahí que como parte de la Reforma Micro-Administrativa que deben realizar los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y las Empresas del Estado, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, dichos organismos deben adelantar una Reforma Funcional cuidando que la misma respete los patrones de uniformidad que se establezcan por el Ejecutivo Nacional a proposición de la referida Comisión de Administración Pública.

13. La Reforma Funcional debe incidir, en primer lugar, sobre el Sistema de Planificación del desarrollo económico y social, y sobre el Sistema de Presupuesto. Ciertamente, que a raíz de la creación de la Oficina Central de Coordinación y Planificación por Decreto N° 492 de 30 de diciembre de 1959, y como consecuencia de la utilización del presupuesto por programas, la idea de la planificación y del presupuesto-programa ha cobrado un notable auge a nivel gubernamental. Sin embargo, aún continúan existiendo una serie de lagunas y deficiencias en la aplicación práctica de los criterios técnicos que en dichos campos se han formulado. Podría afirmarse inclusive que actualmente no existe un sistema de planificación armoniosamente estructurado, que comprenda, con claridad, las relaciones entre las diferentes dependencias públicas, involucradas en el Sistema. Asimismo, actualmente, existen grandes fallas y deficiencias en el proceso de ejecución de las metas establecidas y en su evaluación posterior y, por lo general, las actividades de los organismos públicos no obedecen a una labor racional de planificación que encuadre las actividades dentro de un orden de prioridades. Iguales deficiencias y fallas pueden observarse, por otra parte en el Sistema Presupuestario.

En tal virtud, con el asesoramiento de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, de la Comisión de Administración Pública y de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, además de organizarse cuando sea necesario, en los Ministerios, Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y Empresas del Estado, una Oficina sectorial de Programación y Presupuesto, deberá realizarse un diagnóstico de la programación de actividades en el organismo, y proponerse medidas de

Reforma que busquen los siguientes objetivos: a) que toda la actividad institucional esté enmarcada dentro de un plan previamente elaborado, discutido y aprobado; b) que en todo momento se trate de dar cumplimiento a lo planificado; c) que en los planes se establezcan, hasta donde sea posible, metas muy bien definidas y cuantificables y los recursos a utilizar; y d) que se mantengan controles eficientes y mecanismos de evaluación de las metas y de los gastos de la institución. En este sentido deberá tenerse siempre en cuenta que la práctica de programas, en definitiva, debe ser parte integrante de cualquier actividad pública a desarrollarse.

Por otra parte, deberán asimismo proponerse medidas de Reforma que surjan de la evaluación de los siguientes aspectos: a) los procedimientos generales de formulación, evaluación y control del presupuesto; b) los métodos de cálculo de las diferentes partidas presupuestarias; c) la vinculación y coordinación entre el sistema presupuestario y el de programación del organismo, y su relación con el proceso general de planificación del desarrollo económico y social del país; y d) la confiabilidad y oportunidad en el suministro de la información financiera.

Por otra parte, dentro del diagnóstico que deberá realizarse en cada organismo respecto de las labores de programación que se desarrollan, deberán analizarse los mecanismos de coordinación, evaluación y control de actividades.

En efecto, y en razón de que el crecimiento de la Administración Pública venezolana se realizó sin obedecer a un plan, tanto en su sector centralizado como en su ámbito descentralizado, en dicho diagnóstico se constatarán innumerables problemas de falta o deficiencias de coordinación y control de actividades, que será imprescindible corregir. En tal virtud, en las propuestas de Reforma Funcional que se formulen, sin perjuicio de las que se establezcan con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública cuando el ordenamiento jurídico vigente lo permita, deberán proponerse adecuados procedimientos de coordinación interna y externa del organismo, atendiendo principalmente, a la planificación sectorial del desarrollo económico y social. En particular deberán preverse mecanismos de permanente consulta y coordinación, tanto para la formulación de programas y políticas, como para su ejecución, tomándose muy en cuenta las actividades y políticas de los otros organismos integrados en el respectivo sector.

Por otra parte, es evidente que con mucha frecuencia las decisiones que se adoptan no producen el efecto deseado o la totalidad de los resultados programados debido, por una parte, a la inexistencia de políticas básicas que sirvan de marco de referencia a las decisiones tomadas; y por la otra, a la carencia de mecanismos efectivos de evaluación y control de determinados factores que obstaculizan o impiden la ejecución de las decisiones. Por ello, en las propuestas de Reforma Funcional que se formulen, sin perjuicio de las

que con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública se establezcan cuando lo permita el ordenamiento jurídico, deberán prever adecuados mecanismos de evaluación y control que partan entre otros, de los siguientes criterios: todas las acciones administrativas deben estar encuadradas dentro del marco de políticas previamente trazadas; debe tenerse presente que una efectiva coordinación de los asuntos públicos requiere de una permanente evaluación y control de la eficacia de las políticas formuladas y de las decisiones adoptadas; y la función de control debe entenderse como un medio para asegurar la consecución de objetivos y no como un fin en sí mismo.

14. La Reforma Funcional que debe realizarse en todos los organismos públicos, debe incidir también sobre los sistemas administrativos auxiliares.

A. En primer lugar, sobre el sistema estadístico. La información estadística debe comprender toda la información básica para la formulación de planes y programas y para la toma de decisiones. Sin una buena base informativa los niveles de decisión carecen de la visión real del conjunto de las operaciones. En la Administración Pública Nacional, las deficiencias más comunes en los sistemas estadísticos que deben detectarse y corregirse en las propuestas de reforma son, entre otras, la poca correspondencia entre el tipo de información suministrada y las necesidades de los usuarios internos y externos de la misma; el retardo en la producción de información; la deficiente calidad de los datos; la duplicidad de las fuentes y discrepancias entre ellas; y, en general, la carencia de un articulado y coherente sistema de producción de estadísticas.

En las propuestas de Reforma que se formulen respecto de los sistemas estadísticos, con el asesoramiento de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, de la Comisión de Administración Pública y de la Dirección General de Estadísticas y Censos Nacionales deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos: a) la producción de estadísticas de un organismo debe ser analizada a la luz de la producción de las estadísticas nacionales, tratando siempre de evitar posibles duplicaciones; b) en el procesamiento deben utilizarse los medios más expeditos y eficientes; c) debe tenerse siempre muy en cuenta la calidad de información producida; y d) la información estadística debe siempre considerarse como requisito imprescindible para la adecuada toma de decisiones.

B. En segundo lugar, la Reforma Funcional relativa a los sistemas administrativos auxiliares debe incidir sobre las compras y suministros que se realizan en la Administración Pública Nacional. El sistema de compras y suministros de la Administración Pública Nacional en la actualidad sufre una serie de deficiencias que es necesario corregir, y entre otras se destacan las siguientes: a) la dispersión de la función de compras en las diferentes unidades operativas de los diversos organismos; b) la desvinculación entre el proceso de compras y el ritmo de ejecución de los programas del organismo; c) la

carencia de personal con conocimientos de la materia; d) el uso de partidas presupuestarias para destinos diferentes a los presupuestados; e) las deficiencias en los controles, para erradicar y evitar las irregularidades administrativas; f) la falta de programación de las necesidades de suministros.

Para corregir las deficiencias en los sistemas de compras y suministros con el objeto de lograr un mayor rendimiento del gasto público y una efectiva reorientación del mismo, y conforme a las previsiones del Reglamento General de Compras y Suministros que se dictará próximamente, todos los Ministerios e Institutos Autónomos deberán adoptar para sus sistemas de compras y suministros, el sistema que proponga la Comisión de Administración Pública. Este sistema persigue los siguientes objetivos básicos: lograr una eficiente ejecución de los programas del organismo; buscar que las compras se realicen en función de necesidades reales, evitando sobreinversiones y agotamientos prematuros de partidas presupuestarias; garantizar la utilización de fondos para fines previstos en el presupuesto; asegurar la moralidad administrativa; reducir los precios de compra, limitar el papeleo y los trámites innecesarios; perfeccionar los registros contables y estadísticos; controlar los inventarios; normalizar y codificar los artículos y, en fin, mejorar la organización y asegurar el cumplimiento de las normas existentes.

C. En tercer lugar, la Reforma Funcional debe abarcar el sistema de contabilidad de los Ministerios e Institutos Autónomos. A tal efecto, en dichos organismos deberá realizarse un diagnóstico del actual sistema contable, y como consecuencia, proponerse las reformas que se juzguen convenientes con la precisión de los instrumentos legales y reglamentarios que deban reformarse para establecer trámites y controles más ágiles y efectivos. En particular deberán evaluarse y estudiarse las posibles demoras en la tramitación de órdenes de pago, y las dificultades de los respectivos Centros Electrónicos para suministrar la información requerida.

Las propuestas de Reforma que se presenten, deberán buscar entre otros objetivos, los siguientes: simplificar y facilitar las funciones contables; registrar ordenada y rápidamente las transacciones; establecer mecanismos de control interno; controlar las asignaciones presupuestarias y las diversas obligaciones o compromisos; producir las informaciones requeridas por los diversos organismos públicos ejecutivos, de control y de planificación, y en su caso de los administrados; facilitar los mecanismos de control a priori y a posteriori; y, en fin, asegurar la moralidad administrativa.

Cumpliendo tales objetivos, y una vez que se dicten por el Consejo de Ministros a proposición de la Comisión de Administración Pública, los diversos Ministerios deberán adoptar los sistemas de contabilidad gubernamental que se establezcan, así como los procedimientos uniformes que se aprueben entre otros fines, para la tramitación de órdenes de pago, la utilización de fondos de avance y de fondos rotatorios.

D. En cuarto lugar, la Reforma del funcionamiento de la Administración Pública, deberá incidir, en cada Ministerio y demás organismos de la Administración Central, en cada Instituto Autónomo, y demás establecimientos públicos y en cada Empresa del Estado, en el manejo de documentos y en el sistema de archivo, con el objeto de eliminar los trámites inútiles y molestos para los administrados y hacer más expedita la tramitación administrativa y el suministro de las informaciones requeridas. A tal efecto, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, y de acuerdo a las características propias de cada organismo, deberán adoptarse los diversos procedimientos de archivo y de manejo de documentos, definidos por la referida Comisión; asimismo deberán formularse propuestas de Reforma de las Leyes o Reglamentos que exijan o establezcan trámites y documentos para determinadas solicitudes y procedimientos que deban eliminarse o corregirse.

E. En quinto lugar, y como mecanismo auxiliar en los sistemas administrativos, deberán proponerse reformas en la utilización de equipos electrónicos de procesamiento de datos. En la actualidad, en la Administración Pública Nacional, se evidencian una serie de fallas en este campo debido a un crecimiento no planificado del sector computación a nivel nacional, y particularmente, las siguientes: una utilización irracional de los equipos instalados, existiendo en la actualidad una gran capacidad instalada de computación mal utilizada; inexistencia de controles de productividad y eficiencia de los equipos y del personal utilizado; *desconocimiento* por parte de muchos funcionarios públicos directivos de los fundamentos técnicos de la computación y de sus alcances y limitaciones, y creencia equivocada de que el problema administrativo puede ser resuelto con la sola máquina, sin atender a la mejora de los sistemas y métodos a los cuales se destina.

Para obviar estos inconvenientes, todos los organismos a los cuales se destina esta Instrucción, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, deberán realizar un diagnóstico sobre la utilización por parte de sus diversos órganos de equipos electrónicos y de las aplicaciones a los cuales se destinan, y proponer las medidas de reforma tendientes a obtener un mayor rendimiento de dichos equipos. Todo ello, sin perjuicio de la realización por el Comité Consultivo de Computación de la Comisión de Administración Pública, de un diagnóstico macro-administrativo sobre la utilización de los equipos electrónicos en general, buscando obtener un mayor rendimiento de los equipos instalados y de las aplicaciones en las que están siendo utilizados, y en definitiva, lograr no sólo una reordenación del gasto público sino también una mayor productividad del mismo; todo ello con vistas a proponer al Consejo de Ministros, una política de contratación y utilización de equipos electrónicos de procesamiento de datos para toda la Administración Pública Nacional. En todo caso, hasta tanto esta política no haya sido implantada, todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos, deberán consultar previamente a la Comisión de

Administración Pública sobre la adquisición o arrendamiento de equipos o la ampliación de los existentes, así como sobre la contratación de servicios de procesamiento electrónico de datos.

15. La Reforma del funcionamiento de la Administración Pública debe incluir también a los procedimientos, tramitaciones y recursos administrativos.

A. En efecto, en la Administración Pública generalmente se encuentra una reglamentación de trámites y procedimientos enmarañada y deficientemente organizada, así como una excesiva complejidad de los procedimientos lo que muchas veces priva a los ciudadanos de sus derechos, al no comprender el laberinto administrativo. En tal virtud, respecto a las tramitaciones y procedimientos administrativos en los cuales intervengan los administrados, deberán proponerse las reformas necesarias para lograr una simplificación de los mismos, de suerte que el ciudadano pueda ser atendido rápida y económicamente, sin tener que trasladarse siempre a la capital y esperar haciendo cola, ni verse obligado de ir de una oficina a otra, ni soportar costosas demoras.

En este sentido, debe aligerarse la formulación de propuestas de Reforma y ejecutarse de inmediato, particularmente en aquellos servicios que se prestan directamente al público y cuyas fallas afectan en forma evidente a la ciudadanía. Esta simplificación que debe buscarse establecer en los trámites y procedimientos, por otra parte, debe hacer que los reglamentos y normas sean inteligibles para los ciudadanos, en beneficio de quienes, en última instancia, han sido dictados.

B. En especial, en las reformas de los procedimientos que en cada Ministerio e Instituto Autónomo deberán proponerse –y sin perjuicio de lo que se establezca en el Reglamento General de Procedimientos Administrativos a cuyas normas los diversos entes públicos deberán adaptar sus procedimientos especiales– deberán garantizarse y consagrarse entre otros los siguientes derechos de los administrados: el derecho a ser tratado con justicia, imparcialidad y conforme a la razón en sus relaciones con la administración; el derecho a recurrir contra las decisiones administrativas, por la vía de reconsideración o por vía jerárquica, para protegerse contra el trato arbitrario, tendencioso o apartado del ordenamiento jurídico; el derecho de obtener oportuna respuesta de lo pedido o solicitado; el derecho de saber cuales son sus prerrogativas y sus deberes, y en general, el derecho a que se le tenga informado de sus tramitaciones.

Asimismo, en los trámites y procedimientos deberá garantizarse, en cuanto sea posible, la necesaria motivación de las decisiones administrativas, la notificación o publicación de las mismas, el derecho de los particulares a ser oídos; y en general, los mecanismos de garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.



C. En este sentido, en todos los Ministerios e Institutos Autónomos, con el asesoramiento de la Oficina Central de Información y de la Comisión de Administración Pública, deberán reorganizarse las oficinas de Relaciones Públicas, y convertirlas en Oficinas de Información u organizarias cuando aquellas no existan, las cuales tendrán a su cargo *además de las relaciones públicas del organismo, particularmente la labor de información, orientación e informe a los particulares, sobre las actividades y funciones del organismo.*

Particularmente, además, deberán proponerse medidas de Reforma tendientes a regular o institucionalizar las vías y mecanismos de formulación de peticiones, quejas, sugerencias o reclamaciones por parte de los ciudadanos, en relación a los actos administrativos del organismo, o, en general, en relación a las actuaciones de la administración, con el objeto de hacer más efectivo el derecho de petición que consagra el artículo 67 de la Constitución.

16. Como parte de la Reforma Funcional cuyo estudio debe adelantarse en todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, en los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos, y en las Empresas del Estado, debe realizarse un análisis completo y exhaustivo sobre los diversos textos legales y reglamentarios que regulan el funcionamiento del organismo respectivo. En la actualidad, muchas veces no se tiene seguridad de la vigencia o no de un texto legal o reglamentario, o de un acto administrativo general, y nuestro ordenamiento jurídico está lleno de disposiciones formalmente vigentes pero privadas de eficacia por textos posteriores o por falta de autoridades encargadas de aplicarlas. En tal virtud, en cada uno de los organismos a los cuales se destina esta Instrucción, deberá realizarse el estudio señalado sobre las normas jurídicas que regulan la actuación del organismo, con las correspondientes proposiciones de reformas sin perjuicio de que se realicen aquéllas que pueden ejecutarse por vía de Resolución Ministerial y enviarse a la Comisión de Administración Pública.

17. Dentro de la Reforma Funcional, los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y las Empresas del Estado, deberán prestar particular atención a la reforma y agilización de los procesos de toma de decisiones, y en particular, a los mecanismos de delegación de atribuciones.

Los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deberán precisar la posible existencia de una excesiva concentración de funciones en sus niveles superiores, lo que origina, no sólo una dilación o paralización de algunos procesos de decisión, sino que crea deficiencias en la capacidad de los funcionarios y unidades subalternas para asumir responsabilidades y recarga demasiado a las altas autoridades del organismo, sustrayéndolas de labores muchas veces más importantes para el mismo. Para obviar estos inconvenientes, deberá procederse en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central, e Institutos Autónomos

a iniciar un proceso de desconcentración administrativa a través de la delegación de atribuciones en la toma de decisiones, con la consiguiente precisión de responsabilidades. Este proceso de desconcentración administrativa, por otra parte, no solo debe llegar a niveles altos o de dirección del organismo respectivo en la Capital de la República, sino que inclusive debe llegar a los niveles regionales del mismo organismo en las Regiones Administrativas previstas en el Decreto N° 72 de 11 de junio de 1969, ya que la ausencia de delegación de atribuciones generalmente produce, además, una excesiva concentración de tramitaciones y decisiones sobre asuntos de importancia en determinadas áreas geográficas, dificultando así la prestación de servicios y marginando a regiones del país con urgencia de desarrollo.

El amplio proceso de delegación de atribuciones que debe iniciarse, en los Ministerios se debe realizar conforme a las previsiones del Reglamento sobre Delegación de Firma de los Ministros del Ejecutivo Nacional dictado por Decreto N° 140 de 17 de septiembre de 1969. Las normas de dicho Decreto deben aplicarse, luego de la realización de un estudio sobre las necesidades de desconcentración administrativa y de desarrollo regional, siguiendo entre otros los siguientes criterios: concentrar en los niveles de jefatura la toma de decisiones básicas y la formulación de políticas que sirvan de marco de referencia a las actividades a ser desempeñadas por los diversos niveles administrativos, y conservar en ellas la supervisión y evaluación de actividades; reducir al mínimo el trabajo meramente operativo o rutinario en los niveles de jefatura importantes; establecer una clara definición de deberes y responsabilidades de los diferentes niveles de supervisión de manera de otorgar la necesaria autoridad, acorde siempre con la responsabilidad delegada. Por otra parte, en los supuestos de desconcentración administrativa hacia las regiones administrativas de la Administración Pública Nacional, deberá estudiarse detenidamente los alcances de las atribuciones que deben delegarse y desconcentrarse de la Capital, procurando mantener en ésta, principalmente las funciones normativas y de definición de políticas.

#### **IV. LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

18. A partir del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960 por medio del cual se dictó el Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional, se comenzaron a sentar las bases en la Administración Pública venezolana para la racionalización del sistema de Administración de Personal al servicio del Estado, que sirviera de fundamento para la estructuración de un estatuto de la Función Pública, habiéndose progresado notablemente en la materia durante los últimos diez años, pero sin obtenerse los objetivos fundamentales de una reforma de la Función Pública.

Ahora bien, la necesidad de tal reforma cobra extraordinaria vigencia a raíz de la iniciación de las reformas estructural y funcional del sector público ya que las modificaciones estructurales se acompañan necesariamente de

modificaciones relativas al personal involucrado en las mismas y los cambios funcionales sólo pueden ser logrados y mantenidos por un personal cuyo rendimiento y eficacia garanticen una correcta ejecución.

La reforma de la Función Pública debe orientarse básicamente a la eliminación de los vicios que aquejan tradicionalmente a los países en proceso de desarrollo en relación con la administración de sus servidores públicos, por constituir aquéllos el principal obstáculo para la formación de un cuerpo de funcionarios cuya naturaleza asegure la mayor productividad del gasto público.

En tal virtud, el tercer aspecto de la Reforma Administrativa que debe emprenderse en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central, e Institutos Autónomos, conforme se establece en esta Instrucción, es la Reforma de la Función Pública, cuyo objetivo último es mejorar la adaptación de los funcionarios públicos a su trabajo, y lograr en el mismo un mayor rendimiento y eficacia.

El disponer de una Ley sobre Funcionarios Públicos que establezca una Carrera Administrativa técnicamente estructurada, es una necesidad inaplazable para la correcta gestión del sistema de Administración de Personal, por lo que se espera que las Cámaras Legislativas concluyan a la brevedad posible la discusión y posterior sanción del Proyecto que le fue presentado por la Comisión de Administración Pública. Mientras tanto, es necesario que cada organismo público desarrolle de inmediato una labor de evaluación de los Métodos utilizados hasta el presente para la administración de su personal, a fin de establecer las causas que han impedido la correcta aplicación de los principios vigentes en esta materia y, determinando exactamente tales hechos, proponer y ejecutar las medidas tendientes a obtener la reforma de la Función Pública.

19. A tal efecto, y por constituir la base estructural de la cual debe partir cualquier reforma que afecte a los Servidores del Estado, los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deben acogerse, en forma rigurosa, al sistema de Clasificación de Cargos vigente en la Administración Pública Nacional, a través del cual puede lograrse la uniformidad necesaria en la descripción, denominación y remuneración de los cargos; la selección y el mantenimiento de personal idóneo a través de exámenes competitivos acordes al cargo; la capacitación de acuerdo a las funciones del cargo y el régimen de ascensos, de los traslados y de las transferencias que permitan tanto la satisfacción de las necesidades del servicio como las individuales; y la eliminación del dominio de la actividad política, de la desigualdad y del favoritismo de las retribuciones individuales. En tal virtud, y en los casos en que no lo estén, todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deberán incorporarse al sistema de Clasificación de Cargos y escala de remuneraciones adoptadas por el Ejecutivo Nacional.

Por otra parte, en virtud de estarse revisando y actualizando por la Comisión de Administración Pública, tanto el Manual descriptivo de Clases de Cargo, como las escalas de remuneración, cada Ministerio, los organismos de la Administración Central y los Institutos Autónomos con el asesoramiento de la referida Comisión, deberán realizar estudios tendientes a establecer si el sistema ha funcionado satisfactoriamente en el organismo, o si se ha adaptado sólo parcialmente a las necesidades del mismo. Asimismo, deberán realizar un diagnóstico con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública tendiente a determinar cuáles son las deficiencias del sistema o de su administración y, en especial: a) las clases de cargo existentes en el organismo y no incluidas en el Manual Descriptivo de Clases de Cargo; b) la diferencia existente en cuanto a requisitos mínimos y tareas típicas, entre el Manual Descriptivo de Clases de Cargo y la realidad del organismo, estableciendo las recomendaciones al respecto; c) los problemas existentes en el organismo en relación al sistema de remuneración, teniendo en cuenta las clases de cargos del organismo y los niveles de sueldo que se pagan en casos análogos en el sector privado.

20. Por constituir uno de los aspectos claves en la Administración de Personal, el sistema de reclutamiento y selección de cargos debe merecer especial atención por parte de los organismos públicos en sus labores de reforma. El objetivo a lograr en este sentido está constituido por la selección para ingresos, ascensos y capacitación en base a las condiciones individuales de nivel mental, aptitudes, conocimientos, rasgos de personalidad e intereses a través de instrumentos válidos y confiables.

Por ello, es conveniente insistir en que conforme lo establece el Artículo 122 de la Constitución, “los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna”, por lo que debe erradicarse definitivamente el vicio tradicional de considerar los empleados públicos como una forma de ayuda para el incompetente y el desempleado, y la influencia política o personal como requisito principal para un nombramiento.

Al efecto, los organismos públicos deben constituir, en sus respectivas oficinas de personal la correspondiente Unidad de Reclutamiento y Selección, a fin de iniciar el cumplimiento de las siguientes labores:

a) En primer lugar, a definir el área a cubrir por el sistema. Para ello debe ante todo determinarse exactamente los cargos del organismo que serán cubiertos por el sistema.

De acuerdo al Artículo 8° del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960, deben ser seleccionados por concurso los aspirantes a desempeñar todos los cargos de empleados en la Administración Pública, con excepción de los Directores Generales, Directores, Consultores Jurídicos, Jefes de Personal, Secretarios Privados, empleados de confianza de las autoridades respectivas y aquellos funcionarios que, por decisión especial, pueda determinar el

Presidente de la República. Es necesario, por lo tanto, determinar exactamente en cada organismo cuáles son los cargos considerados de confianza y cuáles los Jefes de Personal que se exceptuarán del sistema. Además, debe determinarse de acuerdo con la Comisión de Administración Pública, cuáles de los cargos pueden ser provistos, de inmediato, mediante exámenes competitivos y cuáles requieren métodos de evaluación provisionales.

b) En segundo lugar, a organizar los servicios de reclutamiento y selección para el organismo, lo cual implica el mantenimiento del registro de elegibles, determinación de métodos de evaluación para cargos específicos del organismo y colaboración estrecha con la Comisión de Administración Pública en cuanto a la elaboración de los instrumentos necesarios y la validación y normalización de los existentes.

c) Por último, deben ser objeto de especial atención por parte de la Unidad de Reclutamiento y Selección, los aspectos sobre ascensos y promociones del personal, ya que los mismos contribuyen a satisfacer, tanto las aspiraciones personales como las de servicio. Los ascensos deben ser fruto del reconocimiento al mérito, comprobado mediante concurso conforme lo establece el Artículo 10° del Decreto N° 394 de fecha 14 de noviembre de 1960.

21. Por circular N° 1.330 de 7 de diciembre de 1965, se estableció un procedimiento uniforme para la tramitación de todos los movimientos de personal para todos los Ministerios, organismos de la Administración Central, Institutos Autónomos, y, en particular, de los movimientos de ingreso y de egreso y de los movimientos internos destinados a modificar la situación de los cargos y de los empleados. Dicho procedimiento, actualmente en vigencia y en aplicación en todos los Ministerios y en la mayoría de los Institutos Autónomos, deberá ser adoptado por aquellos Institutos Autónomos que aún no lo han incorporado a su sistema de Administración de Personal.

22. Como base para el establecimiento de la Carrera Administrativa en la Función Pública y mientras la Ley respectiva no sea dictada por el Congreso Nacional, en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos, deberá respetarse la estabilidad de los funcionarios y empleados públicos, conforme a lo previsto en el Artículo 15<sup>9</sup> del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960, cuando cumplan con lealtad, honestidad y eficiencia los deberes inherentes a sus cargos. En tal sentido, separación del cargo, conforme se establece en la circular N° 1.330 de 7 de diciembre de 1965, deberán tener una justificación objetiva y documentada.

Por otra parte, de acuerdo a lo que prevé el Artículo 18° del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960, es responsabilidad todos los movimientos de personal referentes a destituciones o de los Jefes o Directores solicitar a la Oficina de Personal del organismo respectivo la tramitación de la destitución de aquellos subalternos que hayan incurrido en alguna o algunas de las faltas

señaladas en el Artículo 17° del mismo Decreto N° 394 y que ameriten su despido. De toda destitución deberá levantarse un expediente, en el cual, además de los cargos que motivan la solicitud de destitución, se incluirán los argumentos expuestos por el empleado en su descargo, quien en todo caso tiene el derecho de ser oído. La Comisión de Administración Pública no dará curso a ningún movimiento de destitución, sin que se acompañe al mismo copia del respectivo expediente.

Las destituciones y despidos deberán ser notificados personalmente a los funcionarios o empleados correspondientes, y en toda notificación se deberá indicar expresamente el derecho de los mismos de recurrir por vía jerárquica al Ministro Presidente o Director del Instituto Autónomo respectivo, quienes deberán procurar resolver el correspondiente recurso, en un lapso de treinta (30) días contados a partir de su interposición.

23. La disciplina en la Función Pública debe considerarse como esencial para una eficiente Administración Pública, siendo por otra parte, elemento fundamental en la organización de la Carrera Administrativa.

En tal sentido, los funcionarios o empleados públicos de los Ministerios, organismos de la Administración Central, e Institutos Autónomos, deberán ser siempre sancionados cuando incurran en falta y de acuerdo con la gravedad de la misma, conforme a lo establecido en los Artículos 16° y 17° del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960. Los funcionarios supervisores son responsables de la iniciación de los procedimientos disciplinarios, en los casos en que proceda.

Por otra parte, y conforme a la indicada norma del Artículo 122 de la Constitución Nacional, los funcionarios o empleados públicos deberán mantener una absoluta imparcialidad política frente al Gobierno, y deberán colaborar siempre con el mismo, con el más alto espíritu de lealtad, como base para la estabilidad, y con miras de cumplir fielmente las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables. En todos los Ministerios e Institutos Autónomos se deberá exigir escrupulosamente la imparcialidad política de todos los servidores públicos, en el ejercicio de su cargo.

24. Como base para el establecimiento de la Carrera Administrativa, y con miras siempre a obtener el mejoramiento del servicio público, en todos los Ministerios, organismos de la Administración Central e Institutos Autónomos deberá realizarse una calificación y evaluación anual del modo cómo los funcionarios y empleados públicos desempeñan su cometido, conforme a las normas y procedimientos que establezca la Comisión de Administración Pública. Esta calificación o evaluación que podrá servir de punto de partida para el inicio del proceso de destituciones o para la determinación de los ascensos o promociones, o para la previsión de estímulos morales o materiales en la administración respectiva, deberá realizarse con la mayor objetividad e imparcialidad por los superiores inmediatos de los funcionarios o empleados

públicos evaluados. Estos tendrán derecho a conocer la evaluación y a pedir su reconsideración cuando estimen que ésta no es correcta, conforme se establece en el Artículo 13 del Decreto N° 394 de 14 de noviembre de 1960.

25. Como requisito fundamental para el mejoramiento de la Administración Pública y en general para la realización de la Reforma Administrativa, todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, todos los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y todas las Empresas del Estado, deberán realizar un decidido esfuerzo por capacitar, adiestrar y perfeccionar a sus funcionarios o empleados públicos. En tal sentido, es función de todos los Directores, Jefes de División, Departamento o Sección promover el adiestramiento y capacitación de sus subalternos con el objeto de aumentar sus conocimientos y habilidades y lograr una positiva y constructiva actitud de los mismos en favor de la institución y de la labor que realizan. Además de ello, la realización de cursos de capacitación o perfeccionamiento por parte de los funcionarios o empleados públicos, será un elemento más en la determinación de los estímulos morales o materiales que el organismo respectivo debe concederles.

En este sentido, se debe iniciar el proceso de adiestramiento y sus actividades de desarrollo del funcionario público, desde el mismo momento en que éste hace su ingreso en la Administración y tal actividad se debe cumplir con un programa de orientación o introducción que le permita conocer qué le ofrece la organización en forma inmediata y cuáles son las responsabilidades que ésta le impone dentro de un cuadro de objetivos institucionales con los cuales debe identificarse.

De acuerdo a lo establecido en el Decreto N° 780 de 26 de junio de 1962, creador de la Escuela Nacional de Administración Pública, es responsabilidad de ésta el formar y adiestrar personal que requieran los servicios del Estado y colaborar además con los organismos públicos y privados en la enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas referentes a la Administración Pública. En virtud de ello, como paso previo para la formulación de una política nacional de formación, capacitación y perfeccionamiento de los funcionarios o empleados públicos, corresponderá a la Escuela Nacional de Administración Pública: organizar y dirigir cursos nacionales de capacitación y perfeccionamiento en Administración Pública y técnicas administrativas; asesorar y coordinar con los diversos organismos de la Administración Pública la realización de los programas de formación y capacitación de funcionarios o empleados que se formulen, tanto dentro como fuera de las dependencias; diseñar y asesorar en la elaboración de todos aquellos programas de capacitación de carácter especial, que se consideren necesarios dentro de las diversas dependencias de la Administración Pública; coordinar con los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, con los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y con las Empresas del Estado, los estudios dirigidos a la determinación de las

necesidades de entrenamiento y perfeccionamiento en las diversas dependencias de la Administración Pública; adecuar los diversos programas de capacitación, tanto formativos como de entrenamiento, a las necesidades de la Reforma Administrativa; y en fin, la planificación de las actividades de formación y capacitación a nivel nacional, proveyendo así los recursos humanos debidamente preparados para la realización de la Reforma Administrativa.

Pero aparte de las responsabilidades de la Escuela Nacional de Administración Pública, lo que asimismo crea la obligación para todos los organismos a los cuales está destinada esta Instrucción, de utilizar los “servicios que presta para la capacitación y perfeccionamiento de funcionarios o empleados de los mismos, todos los Ministerios e Institutos Autónomos deberán organizar sus respectivos programas de adiestramiento, de carácter específico, con el asesoramiento de la misma Escuela Nacional de Administración Pública. A tal efecto, en cada Ministerio e Instituto Autónomo deberá organizarse una Unidad de Adiestramiento o Entrenamiento, dependiente de la Oficina de Personal correspondiente. Todas las unidades de entrenamiento o adiestramiento serán coordinadas por la Escuela Nacional de Administración Pública, y tendrán por misión fundamental el impartir el entrenamiento requerido por el personal al servicio del Estado, en sus propios lugares de trabajo. La finalidad de la organización de las diversas unidades de entrenamiento o adiestramiento es asegurar que haya una dependencia dentro de cada Ministerio e Instituto Autónomo que ejerza el control de la función de capacitación y entrenamiento de personal, asegurando al mismo tiempo la continuidad en el desarrollo del programa.

Por otra parte, también corresponderá a la Escuela Nacional de Administración Pública, la coordinación de las actividades de todas las Escuelas especializadas destinadas a los servicios públicos que existan en la actualidad en los Ministerios e Instituto Autónomos, con miras a integrarlas dentro de una política nacional y general de formación y perfeccionamiento de los funcionarios o empleados públicos. A tal efecto, todas las Escuelas referidas están obligadas a prestar atención prioritaria a las recomendaciones y convocatorias que les formule la Escuela Nacional de Administración Pública.

26. Como caso previo para la estructuración de un estatuto de la Función Pública, y debido a la enorme diversidad y dispersión de normas legales y reglamentarias referentes a los funcionarios o empleados públicos, todos los Ministerios e Institutos Autónomos deberán realizar y remitir, a la Comisión de Administración Pública, un estudio exhaustivo y detallado sobre las normas legales y reglamentarias y sobre las diversas Resoluciones y actos administrativos del organismo, relativos a cualesquiera de los aspectos de la Función Pública o la Administración de Personal, propia del respectivo organismo y, en particular, relativos a ingreso, selección, reclutamiento,



nombramiento, juramentación, estabilidad, ascenso, destitución, vacaciones, licencias, permisos, clasificación, remuneraciones, horario de trabajo, horas extras, disciplina, seguridad social, pensiones, jubilación, responsabilidades, derechos y deberes, capacitación, adiestramiento, evaluación y calificación, categorías y otras materias similares.

27. Por último, como parte de la Reforma de la Función Pública, en cada Ministerio e Instituto Autónomo deberá procederse a realizar una evaluación exhaustiva de las políticas existentes en el organismo en materia de Administración de Personal al servicio del mismo, y de la participación que en su formulación han tenido las respectivas unidades de personal. En cuanto a estas últimas, deberá analizarse la estructura y funcionamiento de las mismas como parte del proceso de racionalización estructural y funcional que debe desarrollarse en cada organismo, y proponerse con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, las medidas de reforma que se estimen convenientes en sus respectivas propuestas de Reforma Estructural. En todo caso, en las mismas deberá preverse la organización de la Oficina de Personal, como unidad auxiliar, con dependencia directa de funcionarios de muy alto nivel en los Ministerios e Institutos Autónomos.

## **V. ADVERTENCIAS FINALES**

28. Quedan en esta forma establecidos los lineamientos generales para la programación y realización de la Reforma Administrativa en la Administración Pública Nacional, que todos los Ministerios y demás organismos de la Administración Central, los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y las Empresas del Estado, con el asesoramiento de la Comisión de Administración Pública, deberán seguir y ejecutar precisa y exactamente en cuanto les sean aplicables, durante el curso del año 1970, y en los años sucesivos, observando los lapsos y fechas que se determinen por el Ejecutivo Nacional.

Es necesario advertir, en todo caso, que una de las metas fundamentales de la Reforma Administrativa es reducir las áreas de dispendio, con el propósito de liberar recursos susceptibles de invertirse en sectores de mayor productividad. Por ello, la reestructuración y reformas que se propongan deben buscar reducir o estabilizar el gasto corriente, y no deben traducirse en mayores costos de funcionamiento de la Administración Pública. De ahí que los objetivos de reorientación y racionalización del gasto público estén ya vinculados al proceso de Reforma Administrativa.

29. A todas las investigaciones, estudios, labores y actividades que cada organismo deberá realizar, conforme se ha determinado en esta Instrucción, deberá dársele carácter absolutamente prioritario, de manera que se cumpla en todos los órganos a los cuales está destinada esta Instrucción, con los lapsos y fechas que se establezcan para su ejecución.

Todos los funcionarios o empleados públicos, y en particular los Ministros, Directores Generales, Jefes de Oficina, de División, de Sección, de Departamento, y todos los Presidentes o Directores y altos funcionarios de los diversos organismos de la Administración Central, de los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y de las Empresas del Estado, conforme a lo establecido en el Artículo 13 del Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969, son responsables de la promoción, desarrollo y ejecución de la Reforma Administrativa en las dependencias a su cargo y, a tal efecto, deberán prestar la mayor cooperación a la Comisión de Administración Pública y a las Oficinas Coordinadoras de la Reforma Administrativa del respectivo organismo, en sus labores específicas. En tal sentido, además, todos los funcionarios o empleados públicos y en particular los señalados, quedan responsabilizados de la exacta ejecución de la presente Instrucción.

Asimismo, todos los Ministerios deberán exigir el cumplimiento y ejecución de la presente Instrucción por los Institutos Autónomos y Empresas del Estado que les estén adscritos y, a través de los primeros, por las Empresas del Estado de las cuales los Institutos Autónomos sean accionistas mayoritarios.

30. Los organismos a los cuales va dirigida esta Instrucción, deberán prestar a la Comisión de Administración Pública aquellos funcionarios que sean necesarios, en opinión de ésta, para el desarrollo de los programas de Reforma Administrativa, previa solicitud formal al organismo afectado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 9 del Decreto N° 103 de julio de 1969.

Por otra parte, todos los organismos a los cuales está dirigida esta Instrucción deberán remitir sin demora a la Comisión de Administración Pública, una copia de todos los estudios, informes y análisis que se hayan efectuado hasta la fecha en el respectivo organismo, y deberán asimismo, informar a dicha Comisión y remitirle directamente copia de todos los informes, estudios, análisis y propuestas de reforma estructural, funcional o de la Función Pública que se elaboren en ejecución de la presente Instrucción; todo ello de conformidad con lo previsto en el Decreto N° 103 de 23 de julio de 1969 y con el Decreto N° 141 de 17 de septiembre de 1969.

Asimismo, toda modificación estructural de la Administración Pública Nacional que implique modificación, eliminación o creación de unidades administrativas, oficinas u órganos, deberán realizarse previo estudio del órgano interesado y de la Comisión de Administración Pública, con la aprobación del Consejo de Ministros.

Para la ejecución de las labores de Micro-análisis estructural y funcional, la Comisión de Administración Pública elaborará una metodología para ser utilizada por los organismos públicos, adaptándolas a las modalidades específicas de cada caso, y contando para su aplicación, con la asesoría de la propia Comisión.

Para el mejor cumplimiento y ejecución de la presente Instrucción, la Comisión de Administración Pública queda facultada para dirigir circulares complementarias y aclaratorias a todos los organismos a los cuales está destinada.

Dada en Caracas, a los 13 días del mes de mayo de mil novecientos setenta. Año 161° de la Independencia y 112° de la Federación.

(L. S.)

RAFAEL CALDERA

ANEXO NUMERO 1 INSTITUCIONES PÚBLICAS NACIONALES A LAS CUALES ESTÁ DIRIGIDA LA INSTRUCCIÓN PRESIDENCIAL QUE ESTABLECE LOS LINEAMIENTOS GENERALES DE LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

I.—MINISTERIOS: 1. Relaciones Interiores. 2. Relaciones Exteriores. 3. Hacienda. 4. Defensa. 5. Fomento. 6. Obras Públicas. 7. Educación. 8. Sanidad y Asistencia Social. 9. Agricultura y Cría. 10. Trabajo. 11. Comunicaciones. 12. Justicia. 13. Minas e Hidrocarburos.

II.—ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL: 1. Secretaría General de la Presidencia de la República. 2. Oficina Central de Coordinación y Planificación. 3. Procuraduría General de la República. 4. Comisión de Administración Pública. 5. Oficina Central de Información. 6. Secretaría de Promoción Popular. 7. Comisionaduría de la Presidencia de la República, para Denuncias, Quejas y Reclamos. 8. Consejo de Economía Nacional. 9. Consejo Nacional de Comercio Exterior. 10. Consejo Nacional de Fomento Pesquero. 11. Consejo Nacional de la Energía. 12. Consejo Nacional de Recursos Humanos. 13. Consejo Nacional de Universidades. 14. Consejo Técnico Nacional de Aeronáutica Civil. 15. Consejo Técnico Nacional de Telecomunicaciones. 16. Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos. 17. Comisión Nacional de la Vivienda. 18. Comisión Nacional de Programación Juvenil. 19. Consejo de Bienestar Rural. 20. Consejo Nacional de Investigaciones Agrícolas.

III.—INSTITUTOS AUTÓNOMOS: 1. Administración del Parque del Este. 2. Banco Agrícola y Pecuario. 3. Banco Industrial de Venezuela. 4. Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. 5. Banco Obrero. 6. Caja de Previsión Social de los empleados del Ministerio de Comunicaciones. 7. Caja de Trabajo Penitenciario. 8. Círculo de las Fuerzas Armadas. 9. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas. 10. Consejo Venezolano del Niño. 11. Corporación del Desarrollo del Zulia. 12. Corporación de los Andes. 13. Corporación Venezolana de Fomento. 14. Corporación Venezolana de Guayana. 15. Corporación Venezolana del Petróleo. 16. Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias. 17. Instituto Agrario Nacional. 18. Instituto Autónomo Administración Ferrocarriles del Estado. 19. Diques y Astilleros

Nacionales. 20. Instituto Autónomo Hospital Universitario. 21. Instituto de Oficiales de las Fuerzas Armadas en situación de Disponibilidad y Retiro. 22. Instituto de Previsión y Asistencia Social para los Empleados del Ministerio de Educación. 23. Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas. 24. Instituto Nacional de Canalizaciones. 25. Instituto Nacional de Cooperación Educativa. 26. Instituto Nacional de Cultura y Bellas Artes. 27. Instituto Nacional de Deportes. 28. Instituto Nacional de Hipódromos. 29. Instituto Nacional de Nutrición. 30. Instituto Nacional de Obras Sanitarias. 31. Instituto Nacional para Capacitación y Recreación de los Trabajadores. 32. Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas. 33. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. 34. Instituto Venezolano de Petroquímica. 35. Línea Aeropostal Venezolana. 36. Patronato Nacional de Ancianos e Inválidos.

IV.—OTROS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS: 1. Universidad Central de Venezuela. 2. Universidad de Zulia. 3. Universidad de los Andes. 4. Universidad de Carabobo. 5. Universidad de Oriente. 6. Universidad de la Región Centro-Occidental. 7. Universidad Simón Bolívar. 8. Instituto de Previsión Social del Abogado. 9. Banco Central de Venezuela. 10. Banco de Desarrollo Agropecuario. 11. Banco de los Trabajadores. 12. Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal. 13. Fundación para el desarrollo de la Región-Centro-Occidental. 14. Fundación Instituto Venezolano de Productividad. 15. Fundación para la Capacitación e Investigación Aplicada de la Reforma Agraria. 16. Fundación Fondo de Solidaridad Social. 17. Comisión Nacional de Financiamiento a la Pequeña y Mediana Industria. 18. Fondo de Desarrollo Frutícola. 19. Fondo Nacional del Café y del Cacao.

V.—EMPRESAS DEL ESTADO: 1. Almacenes y Depósitos Agropecuarios, C. A. 2. Aluminio del Caroní, S. A. 3. Banco Comercial de Maracaibo, C. A. 4. Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C. A. 5. Banco de Fomento Regional Coro, C. A. 6. Banco de Fomento Regional de los Andes, C. A. 7. Banco de Fomento Regional Guayana, C. A. 8. Banco de Fomento Regional Zulia, C. A. 9. Centro Simón Bolívar, C. A. y filiales. 10. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico. 11. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela. 12. Compañía Anónima Venezolana de Navegación. 13. Corporación Nacional de Hoteles y Turismo. 14. C. V. F. Centrales Azucareras. 15. C. V. G. Electrificación del Caroní. 16. C. V. G. Siderúrgica del Orinoco. 17. Minas de Carbón de Lobarera, C. A. 18. Minas de Oro del Callao, C. A. 19. Transportadora Marítima Venezolana, C. A. 20. Venezolana Internacional de Aviación, S. A. 21. Empresa Nacional de Salinas.

## 5.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ESTATALES EN EL DERECHO VENEZOLANO

en *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid 1975, pp. 419-446.\*

La consecuencia fundamental del postulado de la supremacía constitucional, que como principio básico de nuestro ordenamiento constitucional exige que todos los actos estatales estén sometidos a sus disposiciones,<sup>1</sup> es la previsión de medios jurídicos destinados a garantizar su efectividad. El Estado de Derecho, en este sentido, no tendría plena vigencia, si los particulares no pudieran promover algún control de la constitucionalidad de aquellos actos.

Como medios para garantizar este Estado de Derecho, el ordenamiento constitucional y legal venezolano consagra una serie de recursos jurisdiccionales y defensas judiciales que, indudablemente, constituyen, formalmente, uno de los catálogos más completos que pueden encontrarse en el derecho comparado. En efecto, los actos emanados del Poder Judicial pueden ser cuestionados a través de los recursos de apelación que el ordenamiento procesal consagra, y algunos de ellos, los más importantes, pueden ser impugnados mediante el recurso de casación por ante la Corte Suprema de Justicia.<sup>2</sup> Mediante éste, la Corte ejerce un control de la

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-76-eneroabril-1975/algunas-consideraciones-sobre-el-control-jurisdiccional-de-la-constitucionalidad-de-los-actos-2>

<sup>1</sup> Este trabajo constituye uno de los párrafos del libro del autor *Instituciones de Derecho administrativo*, tomo I, Caracas (en prensa),

<sup>2</sup> Art. 215, ord. 10, de la Constitución. Los actos judiciales, por tanto, no pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad: *Cfr.* sentencia de la Corte Federal (CF) de 20-5-55 en *Gaceta Forense (GF)* N° 8, 1955, pp. 96 a 99; y sentencias de la Sala

constitucionalidad y legalidad de los actos judiciales.<sup>3</sup> Los actos administrativos generales o individuales, por otra parte, pueden ser impugnados por ante la misma Corte Suprema de Justicia mediante el recurso contencioso-administrativo de anulación, en cuyo conocimiento la Corte ejerce el control de la constitucionalidad y legalidad de los mismos, es decir, controla la conformidad con el derecho de los actos administrativos.<sup>4</sup> Por último, la Corte Suprema de Justicia también es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad, es decir, para controlar la constitucionalidad de “las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos”, “de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o Municipios”, y de los “Reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional”.<sup>5</sup> En esta forma, todos los actos estatales o, en otras palabras, todos los actos dictados en ejercicio del Poder Público, caen bajo el control de la constitucionalidad del Poder Judicial, sea de la Corte Suprema de Justicia directamente, sea de los demás Tribunales de la República en los casos de la mayoría de los actos judiciales. De acuerdo a ello, entonces, indudablemente que, en la aplicación del principio de la separación de poderes en Venezuela, corresponde al Poder Judicial asumir el papel de fiel de la balanza entre los diversos órganos estatales respecto de su conformidad constitucional.

Pero entre estos diversos medios de control de la constitucionalidad y legalidad de los actos estatales, interesa ahora analizar particularmente el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estatal o municipal, de los reglamentos y de los actos de gobierno, es decir, el control de la constitucionalidad de los actos estatales, con exclusión de los actos judiciales y de los actos administrativos que, como se dijo, tienen sus propios medios de control, que serán analizados posteriormente. Y en este sentido quizás deba señalarse que este control de la constitucionalidad de las leyes está reservado a los actos estatales de rango legal (leyes, actos parlamentarios sin forma de ley y actos de gobierno) y a los reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional, exclusivamente.

---

Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (CSJ en SPA) de 7-11-63 en *GF* N° 42, 1963, pp. 240 y ss. y de 27-5-64 en *GF* N° 44, 1963. p. 78.

<sup>3</sup> *Vid.* Allan-R. Brewer-Carías, “El Proceso de Impugnación en el Recurso de Casación”, *Revista Rayas*, UCAB, Caracas, Nos. 7-8, 1962, p. 38.

<sup>4</sup> Arts. 206 y 215, ord. 7, de la Constitución. Sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, *Vid.* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas, 1964, pp. 293 y ss.

<sup>5</sup> Art. 215, ords. 3, 4 y 6, de la Constitución.

Ahora bien, este control de la constitucionalidad de los actos estatales<sup>6</sup> permite a la Corte Suprema de Justicia declarar su nulidad cuando sean violatorios de la Constitución y permite además a los Tribunales de la República declarar la inaplicabilidad de dichos actos en un caso concreto. Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes, puede decirse que es uno de los más amplios conocidos en el mundo actual, si se lo compara con los que muestra el derecho comparado, pues mezcla el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas, siguiendo la terminología desarrollada por Calamandrei.<sup>7</sup> En efecto, cuando se habla de control difuso de la constitucionalidad, se quiere significar, que la facultad de control no se concentra en un solo órgano judicial, sino, por el contrario, corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país, que poseen el poder-deber de desaplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento; en cambio, en el denominado método de control concentrado, el control de la inconstitucionalidad se centraliza en un solo órgano judicial, quien tiene el monopolio de la declaratoria de la nulidad de las leyes inconstitucionales.<sup>8</sup> Confrontados estos dos métodos con los sistemas que muestra el derecho comparado, se ha identificado como arquetipo del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al sistema norteamericano, y, en cambio, como arquetipo del denominado control concentrado, al sistema austríaco.<sup>9</sup>

En Venezuela, al contrario de los sistemas que normalmente se aprecian en el derecho comparado, el control de la constitucionalidad de las leyes no puede identificarse en particular con alguno de esos dos métodos o sistemas, sino que, realmente, está conformado por la mezcla de ambos,<sup>10</sup> configurándose entonces como un sistema híbrido y de una amplitud no comparable con otro sistema de los fundamentales que muestra el derecho comparado.

---

<sup>6</sup> *Vid.* sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Federal y de Casación (CFC en SPA) de 5-5-37 en *Memoria (M)*. 1937, pp. 182 y 185.

<sup>7</sup> *Vid.* Piero Calamandrei, *La Illegittimità Costituzionale delle Leggi*, Padova, 1950, p. 5.

<sup>8</sup> *Vid.* Mauro Cappelletti “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho México* N° 65 Tomo XVI, 1966, pp. 28 a 33.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>10</sup> *Cfr.* la doctrina de la Procuraduría General de la República (PGR) en *Doctrina PGR*, 1968, Caracas 1969, pp. 20 y ss. *Vid.*, además, sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (CSJ en SPA) de 14-6-65 en GF N° 48, 1967, pp. 192 y ss.

En efecto, como es sabido, el Código de Procedimiento Civil vigente señala expresamente que “cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia”,<sup>11</sup> norma recogida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Código de Procedimiento Civil de 1897.<sup>12</sup>

En ella, claramente se ve la consagración del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que permite a cualquier juez, inaplicar una ley que estime inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución, siempre que ello haya sido solicitado, como excepción, por una de las partes, en un proceso cuyo conocimiento le corresponda.<sup>13</sup> Pero, además, la Constitución atribuye expresamente a la Corte Suprema de Justicia competencia para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales, de las leyes estatales y de las ordenanzas municipales, y de los actos de gobierno y reglamentos que colidan con la Constitución,<sup>14</sup> consagrándose un control concentrado reservado a la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena<sup>15</sup> y que tiene por objeto no ya inaplicar la ley en un proceso concreto, sino declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes con efectos erga omnes, cuando ello se ha solicitado por vía de acción.

La propia Corte Suprema de Justicia ha insistido sobre el ámbito del control de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela al señalar que está encomendado “no tan sólo al Supremo Tribunal de la República, sino a los jueces en general, cualquiera sea su grado y por ínfima que fuere su categoría. Basta que el funcionario forme parte de la rama judicial para ser custodio de la Constitución y aplicar, en consecuencia, las normas de ésta prevalecientemente a las leyes ordinarias... Empero, la aplicación de la norma fundamental por parte de los jueces de grado, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza, por lo mismo, sino a las partes interesadas en el conflicto; en tanto, que cuando se trata de la ilegitimidad constitucional de las leyes pronunciadas por el Supremo Tribunal en ejercicio de su función soberana, como intérprete de la Constitución y en respuesta a la acción pertinente, los efectos de la decisión se extienden erga omnes y cobran fuerza de ley. En el primer caso, el control es incidental y especial; y en el segundo, principal y general; y cuando éste ocurre, vale decir, cuando el recurso es autónomo, éste es formal o material, según que la nulidad verse sobre una irregularidad

---

<sup>11</sup> Art. 7.

<sup>12</sup> Cfr. José Guillermo Andueza, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano*, Caracas, 1955, p. 38. (Esta obra ha sido reeditada por el Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, en 1974).

<sup>13</sup> *Idem.*, pp., 37 y 38. Cfr. sentencia de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación (CFC en SF) de 18-5-45 en M. 1946, pp. 226 y ss.

<sup>14</sup> Art. 215, ords 3, 4 y 6.

<sup>15</sup> Art. 216.



concerniente al proceso elaborativo de la ley, o bien que, no obstante haberse legislado regularmente en el aspecto formalista, el contenido intrínseco de la norma dé vicios sustanciales”.<sup>16</sup>

Ahora bien, dejando aparte el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que corresponde a todo tribunal<sup>17</sup> y sobre cuyos efectos insistiremos más adelante, interesa ahora analizar el control concentrado de la constitucionalidad que se ejerce por vía de acción (recurso de inconstitucionalidad) por ante la Corte Suprema de Justicia.

El recurso de inconstitucionalidad hoy consagrado casi en términos absolutos para ser ejercido contra los actos estatales de rango legal y los reglamentos, no siempre ha tenido tal amplitud. En realidad, en la Constitución de 1858, donde por primera vez se consagró la competencia de la Corte Suprema en esta materia, se la limitó a “declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución”.<sup>18</sup> Nació entonces el recurso de inconstitucionalidad con carácter de acción popular, otorgada a “cualquier ciudadano”, pero limitado a la impugnación de las leyes estatales. Este sistema, que perseguía evitar las invasiones de los Estados a las competencias del Poder Central, se invierte en la Constitución Federal de 1864, para proteger a los Estados de las invasiones en sus competencias y derechos por parte del Poder Central.<sup>19</sup> En esta forma, se eliminó la popularidad del recurso y se limitó la legitimación activa a las legislaturas estatales cuando lo decidieran por mayoría. Se consagró, sin embargo, en 1864, la competencia de la Corte Suprema para “declarar cuál sea la ley vigente cuando se hallen en colisión las nacionales entre sí o éstas con las de los Estados o las de los mismos Estados”,<sup>20</sup> lo cual, si bien no constituía un control de la constitucionalidad de las leyes, permitía a la Corte ejercer un control de la vigencia y legalidad del ordenamiento normativo.

Esta situación se mantuvo invariable hasta que el texto constitucional de 1893 extendió este control de la vigencia y legalidad del ordenamiento normativo, a otros actos estatales y a su conformidad con la Constitución, al

---

<sup>16</sup> *Vid.* sentencia de la CF de 19-6-53 en GF N° 1, 1953, pp. 77 y 78.

<sup>17</sup> Un buen ejemplo de la realización de este control puede verse en la sentencia del Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal y Estado Miranda de 4-5-72 en *Doctrina, PGR*, 1971, Caracas, 1972, pp. 326 a 334.

<sup>18</sup> Art. 113, ord. 8, en Luis Mariñas Otero, *Las Constituciones de Venezuela*, Madrid, 1965, p. 294. Las citas posteriores a textos constitucionales se referirán a esta obra.

<sup>19</sup> En tal sentido, el artículo 92 de la Constitución de 1864 dispuso que “Todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que viole los derechos garantizados a los Estados en esta Constitución o ataque su independencia, deberá ser declarado nulo por la Alta Corte, siempre que así lo pida la mayoría de las Legislaturas”, *loc. cit.*, p. 319.

<sup>20</sup> Art. 89. ord. 9, *loc. cit.*, p. 318.

atribuir a la Corte Suprema competencia para “declarar cuál sea la ley, decreto o resolución vigente cuando estén en colisión las nacionales entre sí, o éstas con las de los Estados, o las de los mismos Estados, o cualquiera con esta Constitución.”<sup>21</sup> Se consagró así, de nuevo, el recurso de inconstitucionalidad, extendido a “la ley, decreto o resolución”, manteniéndose además la norma de protección de los derechos de los Estados frente a las invasiones de sus competencias por el Poder Nacional.<sup>22</sup> Por otra parte, en el mismo texto constitucional de 1893 por primera vez se consagraba una protección efectiva, al menos teóricamente, a los derechos garantizados en el texto fundamental, al señalar que las leyes que los menoscabaren o dañaren “serán tenidas como inconstitucionales y carecerán de toda eficacia”.<sup>23</sup> Por último, la misma Constitución atribuyó a la Corte Suprema competencia para declarar la nulidad de todos los actos dictados con usurpación de autoridad y de las decisiones acordadas por requisición directa o indirecta de la guerra, o de reunión del pueblo en actitud subversiva,<sup>24</sup> por lo que indudablemente que puede situarse en este texto constitucional de 1893 el punto de partida efectivo del control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales, lo cual se completaría con la consagración del control difuso cuatro años después, en el Código de Procedimiento Civil del 14 de mayo de 1897.

Este sistema de la Constitución de 1893, con la sola excepción del texto constitucional de 1901,<sup>25</sup> se mantuvo más o menos en los mismos términos en todos los textos posteriores, pero dentro de un proceso de ampliación del ámbito de control del recurso. En efecto, en la Constitución de 1925 se agregó la competencia de la Corte Suprema para declarar la nulidad de las Ordenanzas Municipales que menoscabaran o dañaran los derechos garantizados a los ciudadanos,<sup>26</sup> y en 1936 se incluyó en la enumeración a los Reglamentos.<sup>27</sup> En todo caso, en este texto de 1936 se consagró la amplitud total del recurso respecto a cualquier acto del Poder Público violatorio de la Constitución (y no sólo violatorio de los derechos garantizados por la misma)<sup>28</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 110, ord. 8, *loc. cit.*, p. 415.

<sup>22</sup> Art. 123, *loc. cit.*, p. 417.

<sup>23</sup> Art. 17, *loc. cit.*, pp., 401 y 402.

<sup>24</sup> Arts. 110, ords. 9, 118 y 119, *loc. cit.*, pp. 415 y 417.

<sup>25</sup> La Constitución de 1901 eliminó la acción directa de inconstitucionalidad y consagró una vía indirecta de carácter judicial: los Tribunales *motu proprio* o a instancia de parte podían proponer ante la Corte la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes. Art. 106, ord 8, *loc. cit.*, p. 415. Sobre la especificidad de esta vía de control, *Vid. J. G. Andueza, op. cit.*, p. 33.

<sup>26</sup> Art. 34, *loc. cit.*, p. 620.

<sup>27</sup> Art. 34, *loc. cit.*, p. 768.

<sup>28</sup> Art. 123, ord. 11, p. 787.

Por último, debe destacarse que paralelamente a esta ampliación del ámbito del recurso de inconstitucionalidad, desde 1925 se consagra el recurso de ilegalidad, inicialmente limitado a los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes y a las Resoluciones ministeriales<sup>29</sup> y posteriormente extendidos en 1931 a todos los actos administrativos.<sup>30</sup>

En esta forma puede decirse que desde 1893 hasta 1925 se estableció un control de la constitucionalidad de ciertos actos estatales,<sup>31</sup> y entre 1925 y 1936 se regularon paralelamente los recursos de inconstitucionalidad y de ilegalidad, que podían ser intentados contra actos estatales diferentes, coincidiendo sólo dichos recursos respecto de los Reglamentos. Sin embargo, en el texto constitucional de 1936, al consagrarse el recurso de inconstitucionalidad contra todos los actos del Poder Público y el recurso de ilegalidad contra todos los actos administrativos, se estableció una coincidencia de recursos, el de inconstitucionalidad y el de ilegalidad contra los actos administrativos, que habría de originar una tremenda confusión entre los recursos de inconstitucionalidad y el recurso contencioso-administrativo de anulación, que aún perduraría hasta la década de los sesenta.<sup>32</sup>

En efecto, en la Constitución de 1936 y posteriormente en la de 1945, de efímera vigencia efectiva, se consagraron ambos recursos, el de inconstitucionalidad y el de ilegalidad y expresamente se previó que el recurso de ilegalidad contra los actos administrativos estaba sometido a un lapso de caducidad, sólo cuando los motivos de impugnación eran exclusivamente de ilegalidad; por lo que dicho lapso no tenía vigencia cuando se impugnaba el acto por motivos de inconstitucionalidad (violación de principios, garantías o derechos consagrados por la Constitución).<sup>33</sup> Igual distinción se recogió en la Constitución de 1947<sup>34</sup> y si bien se eliminó del texto constitucional de 1953<sup>35</sup> se recogió en la aún

---

<sup>29</sup> Art. 120, ord 12, *loc. cit.*, p. 637.

<sup>30</sup> Art. 120, ord. 12, *loc. cit.*, p. 746.

<sup>31</sup> Entre los cuales se incluían los actos administrativos. J. G. Andueza considera que también debían incluirse las decisiones del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 33.

<sup>32</sup> *Vid.* las referencias jurisprudenciales en Allan-R, Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, *cit.*, pp. 395 y ss. *Vid.* por ejemplo, la sentencia de la CF de 8-8-51 en GF N° 8, 1962, pp. 213 y ss.

<sup>33</sup> Art. 123, ord. 11, de la Constitución de 1936, y art. 128, ord. 11, de la Constitución de 1945, *loc. cit.*, pp. 787 y 825.

<sup>34</sup> Art. 220, ord. 10, *loc. cit.*, p. 882.

<sup>35</sup> El artículo 133, ord. 3, de esta Constitución se limitaba a atribuir a esta Corte Federal competencia para “declarar la nulidad de los actos del Poder Público que sean violatorios de esta Constitución”, *loc. cit.*, p. 923.

vigente Ley Orgánica de la Corte Federal.<sup>36</sup> Desde 1936 hasta 1961, por tanto, los actos administrativos individuales podían ser objeto de dos recursos: uno por inconstitucionalidad, no sometido a lapso de caducidad alguno, y otro de ilegalidad, sometido a un lapso de caducidad que desde 1953 se estableció en seis meses. Ello traía como consecuencia que, en innumerable cantidad de supuestos, al encontrarse vencido dicho lapso, los particulares pretendieran ejercer el recurso de inconstitucionalidad, alegando siempre violación, de la Constitución que la mayoría de las veces, era una violación indirecta, en virtud de una ilegalidad.<sup>37</sup>

A partir de la Constitución de 1961, la delimitación entre ambos recursos, el de inconstitucionalidad y el de ilegalidad, se ha precisado: mediante el primero, como se dijo, pueden impugnarse las leyes nacionales y estatales, y las Ordenanzas Municipales, así como los demás actos de las Cámaras Legislativas y cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios; y los Reglamentos y actos de gobierno del Ejecutivo Nacional, cuando colindan o sean violatorios de la Constitución;<sup>38</sup> mediante el segundo, sólo pueden impugnarse los actos administrativos, por contrariedad al derecho, es decir, por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad.<sup>39</sup> Sin embargo, la ausencia de una regulación legal de la jurisdicción contencioso-administrativa produjo cierta confusión en la procedencia de dichos recursos, que ha sido aclarada parcialmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

---

<sup>36</sup> La Ley Orgánica de la Corte Federal de 2-8-53, (GO 24.207 de 6-8-53), aún vigente en 1975, consagraba la competencia de la Corte Federal para “declarar la nulidad de todos los actos del Poder Público que sean violatorios de la Constitución”, cuyo recurso no quedaba sometido a lapso de caducidad alguno y cuyo procedimiento no era de carácter contencioso (ord. 8, art. 7); paralelamente a la competencia para conocer en “juicio contencioso de las acciones y recursos por abusos de poder y otras ilegalidades de las Resoluciones Ministeriales y en general de los actos de la Autoridad Administrativa, en cualquiera de sus ramas Nacionales, Estatales y Municipales”, cuyo recurso quedaba sometido a un lapso de caducidad de seis meses (ord. 9, art. 7).

<sup>37</sup> Frente a los casos de incompetencia que daban origen a violaciones legales se alegaba siempre violación de la norma constitucional que establecía el principio de que “cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias”.

<sup>38</sup> Art. 215, ord. 3, 4 y 6. No procede el recurso de inconstitucionalidad, en ningún caso, contra actos administrativos individuales. *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 14-3-60 en *Gaceta Oficial* (GO) N° 26.222 de 1-4-60, p. 194.255. *Cfr. Doctrina PGR*, 1966, Caracas. 1967, p. 11.

<sup>39</sup> Arts. 206 y 215, ord. 7, *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 2-6-64 en GO N° 27.474 de 25-6-64, p. 204.365.

En las páginas que siguen nos limitaremos a analizar el recurso de inconstitucionalidad en Venezuela, dejando para más adelante el estudio de la jurisdicción contencioso-administrativo.<sup>40</sup>

En efecto, conforme a la Constitución de 1961, como se dijo, el control de la constitucionalidad de los actos estatales por vía de acción está reservado a actos de rango legal, es decir, dictados en ejecución directa de la Constitución, y a los Reglamentos. En el ámbito nacional, estos actos estatales de rango legal son las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno;<sup>41</sup> y en el ámbito estatal y municipal, las leyes estatales y las Ordenanzas Municipales, así como los actos de los cuerpos deliberantes de esos niveles político-territoriales. En el ámbito nacional, por tanto, con la sola excepción de los Reglamentos, sólo pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad los actos dictados por el Congreso y las Cámaras Legislativas el Ejecutivo Nacional en ejecución directa de la Constitución.<sup>42</sup>

En este sentido, conforme a la Constitución, podrían ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad los siguientes actos estatales:

1) Las leyes nacionales; 2) Las leyes estatales; 3) Las ordenanzas municipales; 4) Los actos del Congreso o de las Cámaras Legislativas Nacionales, de las Asambleas Legislativas o de los Concejos Municipales dictados en ejercicio de la función legislativa (es decir, que no sean dictados en ejercicio de la función administrativa y que constituyan actos adminis-

---

<sup>40</sup> *Vid.* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo... cit.*, pp. 293 y ss.; y “Aspects Généraux de la Procédure contentieuse administrative au Vénézuéla”, en Conseil d'Etat, *Études et Documents*, 1972, París, 1973, pp. 339 y ss.

<sup>41</sup> De allí que la Corte haya reservado este recurso de inconstitucionalidad a los actos de efectos erga omnes, que interesan a todos, *Vid.* sentencia de La CSJ en SPA de 14-3-60 en GO N° 26.222 de 1-4-60, p. 154-255.

<sup>42</sup> Claramente la Corte Suprema de Justicia ha expresado este criterio en los siguientes términos: “el examen de una acción por inconstitucionalidad supone la confrontación entre el acto que se considera viciado y las normas de la Constitución presuntamente infringidas por éste. Si tales normas condicionan el acto, es decir, determinan, por ejemplo, la finalidad de éste, la autoridad competente para realizado, o los requisitos intrínsecos o extrínsecos cuyo incumplimiento puede afectar su validez, la acción o recurso dirigido a anularlo, por colidir con la Constitución, es de inconstitucionalidad. Pero si el acto no es regulado por una disposición de la Carta Fundamental sino por una ley, la contravención a estas u otras irregularidades menos aparentes que la doctrina denomina exceso, abuso o desviación de poder, dan lugar a una acción o recurso de ilegalidad”, *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 13-2-68 en GF N° 59, 1968, p. 83.

trativos),<sup>43</sup> 5) Los actos de gobierno del Ejecutivo Nacional; y 6) Los Reglamentos del Ejecutivo Nacional.<sup>44</sup> En esta forma, puede decirse que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales está consagrado en términos absolutos, en el texto fundamental, sea a través de los recursos judiciales ordinarios, respecto de los actos judiciales; sea a través de los recursos contencioso-administrativos, respecto de los actos administrativos emanados de cualquier autoridad; sea a través del recurso de inconstitucionalidad, respecto de los actos estatales de rango legal y los reglamentos. Sin embargo, a pesar de lo absoluto de dicho control, la Corte Suprema de Justicia, en una forma incomprensible, en un fallo de 1965 se limitó a sí misma sus facultades y señaló que “el control jurisdiccional de la constitucionalidad intrínseca de los actos estatales no ha sido consagrado en forma absoluta”, por lo que “se justifican situaciones excepcionales en que los actos del Poder Público en sus tres ramas no están sometidos al control de la jurisdicción constitucional”.<sup>45</sup> Estas declaraciones y los ejemplos de actos que a su juicio no están sometidos al control de la constitucionalidad, en una sentencia dictada en un recurso de inconstitucionalidad de un artículo de la ley aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de Norte América, no sólo eran totalmente innecesarias, sino peligrosas para el futuro, como lo demostró acertadamente el Voto Salvado al fallo.<sup>46</sup> En este sentido, la Corte no sólo se declaró incompetente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales, sino para conocer de recursos intentados contra actos dictados en ejercicio de atribuciones privativas de las Cámaras Legislativas, salvo los casos de “extralimitación de atribuciones”;<sup>47</sup> y para conocer de recursos intentados

<sup>43</sup> Al estudio de la función administrativa se destina el parágrafo 9 del citado libro, en prensa, *Instituciones de Derecho administrativo*, Caracas, 1975 (tomo I).

<sup>44</sup> Art. 215, ord. 3, 4 y 6 de la Constitución. *Cfr.* el voto salvado del magistrado J. G. Sarmiento Núñez a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena (CSJ en CP) de 29-4-65 publicada por la Imprenta Nacional, Caracas, 1965, p. 25.

<sup>45</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65 publicada por la Imprenta Nacional, Caracas 1965, p- 9.

<sup>46</sup> El magistrado J. G. Sarmiento Núñez, observó acertadamente que “por no ser necesario para arribar a la conclusión a que llega el fallo, no ha debido la sentencia dejar establecido que existan actos del Poder Público que, en su concepto, no están sometidos a revisión por inconstitucionalidad; pues ello implica comprometer anticipadamente el criterio de este Supremo Tribunal sobre materias no planteadas en el proceso, y ajenas al supuesto que es objeto del presente juicio; ya que, sobre la posibilidad de control constitucional de estos actos, debe decidirse en la oportunidad en que surja un caso determinado”, *loc. cit.*, p. 48.

<sup>47</sup> Este criterio en cuanto al ámbito del control de la constitucionalidad de los actos privativos de las Cámaras Legislativas, lamentablemente ha sido ratificado por la Corte en 1968 en los siguientes términos: “De los textos constitucionales antes

contra los actos de gobierno del Presidente de la República.<sup>48</sup> Los argumentos de la Corte en 1965, indudablemente, carecieron de toda consistencia y un solo ejemplo basta para comprobarlo: el artículo 61 de la Constitución establece que “no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social”; por tanto, ¿podría afirmarse, cómo resultaría de los argumentos de la Corte, que no serían impugnables por inconstitucionalidad, un acto del Senado que niegue la autorización a un funcionario a aceptar recompensas de gobiernos extranjeros en virtud de que el funcionario es de raza negra; el voto de censura a un Ministro o la improbación de la Memoria y Cuenta de un Ministro por no haber aplicado durante su gestión, discriminaciones fundadas en la raza o la condición social; o el acto del Presidente de la República que al fijar el contingente de las Fuerzas Armadas excluya a los miembros de una determinada Iglesia o secta religiosa? Indudablemente que esos actos legislativos sin forma de ley o esos actos de gobierno serían impugnables por inconstitucionalidad, máxime cuando la Constitución no da pie para la exclusión de ninguno de ellos del control de la Corte; lo contrario significaría propiciar la apertura de una brecha a la supremacía constitucional, al reconocer, contrariamente a lo que su norma prevé, que hay actos no sometidos al control constitucional y que pueden, impunemente, violar la Constitución.

Pero entre todos los actos sometidos al control de la constitucionalidad, indudablemente que los de mayor importancia son las leyes, en virtud de su generalidad. La Constitución, en tal sentido, señala expresamente la competencia de la Corte Suprema para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales, de las leyes estatales y de las ordenanzas municipales que colidan con la Constitución.<sup>49</sup> En el ámbito nacional, por tanto, todos los actos que sancionen las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores, son

---

copiados se desprende claramente que los actos de los cuerpos legislativos en ejercicio de sus atribuciones privativas, no están sometidos al veto del Presidente de la República, que es quien constitucionalmente puede ejercerlo, ni al examen y control de la Corte Suprema de Justicia, salvo cuando el cuerpo legislativo incurra en extralimitación de atribuciones. Es entendido, por lo tanto, que solamente cuando los cuerpos legislativos, en ejercicio de sus atribuciones privativas, se extralimiten contrariando lo que sobre la materia establece la misma Constitución, podrá esta Corte declarar la nulidad de tales actos”. *Vid.* sentencia de la CSJ en CP de 12-6-68 publicada por el Senado de la República, Caracas 1969, p. 193. *Vid.*, sobre el particular, G. Pérez Luciani, “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de los Actos de Organización Interna de las Cámaras Legislativas”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad católica Andrés Bello (RFD, UCAB), N° 8, 1968-1969, pp. 141 a 196, 48.

<sup>48</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65, *loc. cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>49</sup> Art. 215, ords. 3 y 4.

leyes,<sup>50</sup> y son impugnables ante la Corte Suprema por la vía del recurso de inconstitucionalidad. Sin que valga distinción alguna entre la ley formal o la ley material como objeto de este recurso.<sup>51</sup> En tal sentido, así como en 1962 la Corte Suprema admitió el recurso de inconstitucionalidad contra un artículo de una ley aprobatoria de un contrato administrativo,<sup>52</sup> así mismo, iguales criterios deben ser válidos frente a los recursos de inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales;<sup>53</sup> en ambos casos, se trata de leyes, es decir, actos de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores, por lo que no se justifican los argumentos que se fundamentan en la especificidad de las leyes aprobatorias para excluir el control de la constitucionalidad. Por otra parte, en cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de los tratados en el ámbito internacional, si bien la decisión de la Corte no los tendría sino en el ámbito interno, su efecto fundamental sería obligar al Ejecutivo Nacional a denunciar el Tratado para que cese sus efectos en el ámbito internacional.

Pero dejando a un lado el problema relativo a las leyes aprobatorias de contratos o tratados, que serán objeto de estudio detenido más adelante,<sup>54</sup> ahora interesa precisar cuándo pueden ser impugnadas las leyes por la vía del recurso de inconstitucionalidad. En principio, sólo puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad la ley vigente; sin embargo, las dudas se plantean respecto de las leyes sancionadas, aún no promulgadas, y respecto de las leyes derogadas.

En efecto, en cuanto a las leyes sancionadas por el Congreso pero no promulgadas por el Presidente de la República, ya en la década de los treinta, la Corte admitió la posibilidad de su impugnación por inconstitucionalidad por

---

<sup>50</sup> Art. 162 de la Constitución.

<sup>51</sup> Distinción abandonada totalmente a partir de la Constitución de 1961 (Art. 162). *Cfr.* el criterio de la CSJ en CP de 15-3-62 en GO N° 760, Extraordinario, de 22-3-62.

<sup>52</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en CP de 15-3-62 en GO N° 760, Extr. de 22-3-62. *Vid.* Sobre el particular G. Pérez Luciani: “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes no Normativas Aprobatorias de Contratos”, en *RFD, UCAB*, N° 2, 1965-1966, pp. 207 a 231. *Vid.*, además, los argumentos del Voto Salvado del magistrado J. G. Sarmiento Núñez, a la sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65, *loc. cit.*, pp. 31 y ss. y 66 y ss.

<sup>53</sup> *Vid.* G. Pérez Luciani, “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes Aprobatorias de Tratados Internacionales”, en *RFD, UCAB*, N° 4, 1966-1967, pp. 293 a 335; J. E. Quintero Marquina: “¿Pueden ser Demandados por Inconstitucionalidad los Tratados Internacionales ante el Organismo Contralor?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Los Andes (RFD, ULA), Mérida, 1966, N° 14, pp. 207 a 231.

<sup>54</sup> *Vid.* el tomo II del libro *Instituciones de Derecho administrativo*, en preparación, Caracas.



el Presidente de la República, alegando que resultaría un contrasentido el que la autoridad ejecutiva la promulgara y luego solicitara la nulidad de la ley.<sup>55</sup> En la Constitución de 1961 se reguló definitivamente el procedimiento y se facultó al Presidente de la República para acudir ante la Corte Suprema de Justicia, dentro del término fijado para la promulgación de la ley, solicitando decisión sobre la inconstitucionalidad de la ley,<sup>56</sup> disposición que ha sido acogida y repetida por las constituciones estatales. En estos casos, como lo ha señalado la Corte, la decisión judicial tiene carácter previo a la promulgación, por lo que éstas sólo podrían tener lugar con posterioridad al fallo respectivo.<sup>57</sup>

Sin embargo, en relación con la procedencia de este recurso de inconstitucionalidad de la ley sancionada, antes de su promulgación, hay que compatibilizarlo con el procedimiento del veto y reconsideración ante el órgano legislativo. En efecto, conforme al artículo 173 de la Constitución, que recogen las constituciones estatales, el Presidente de la República, al recibir la ley sancionada por el Congreso, tiene un lapso de diez días para promulgarla, y dentro del mismo puede devolverla al Congreso para su reconsideración o impugnarla ante la Corte por motivos de inconstitucionalidad. En caso de optar por el primer procedimiento, parecería, lógico que el Presidente tendría que esperar su agotamiento y devolución de la ley por el Congreso, para acudir ante la Corte. Se aplicaría aquí el principio de que el recurso extraordinario sólo procedería una vez agotados los recursos ordinarios, lo cual ha sido acogido repetidamente por la Corte Suprema.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> “Resultaría por lo menos irregular de parte del Ejecutivo –señaló la Corte–, el ordenar su ejecución, promulgación y publicación, o sea elevarlo a la categoría de ley vigente, para luego instar su nulidad por razón de su inconstitucionalidad, aparte de que semejante proceder del ciudadano Presidente, frente a un acto del Poder Público, que conceptúa de su exclusiva competencia, podría interpretarse como un asentimiento a la usurpación cometida contra su propia autoridad”. *V.*, sentencia de la CFC en SPA de 22-12-37 en M. 1938, p. 383, *Cfr.* sentencia de la CFC en SPA de 6-6-40 en M. 1941, pp. 167 y 168, en la cual la Corte insistió en que “el interés jurídico de la acción de nulidad estribará, pues, en que, si la ley está en su primer estado, no se promulgue; si ha sido promulgada, no se la publique; y si ya ha sido publicada, no sea obligatoria”.

<sup>56</sup> Art. 173.

<sup>57</sup> *Vid.* Sentencia de la CSJ en SPA de 12-5-65 en GF N° 48, 1965, pp. 116 y 117.

<sup>58</sup> La Corte Suprema, en efecto, ha declarado extemporáneas las solicitudes de nulidad por inconstitucionalidad de leyes estatales sancionadas, aún no promulgadas por los Gobernadores, cuando aún está pendiente la decisión del veto y de reconsideración formulada ante la Asamblea Legislativa correspondiente. La Corte ha señalado, en este sentido, que “mientras la Asamblea Legislativa no decida acerca de la solicitud de revisión del Gobernador, el acto legislativo no es perfecto, ni tiene carácter definitivo, pues, en el curso de las dos discusiones de que ha de ser objeto en el seno

En todo caso, en los supuestos de impugnación de leyes sancionadas, pero no promulgadas, en virtud de que cuando sea procedente, la decisión de la Corte debe ser previa a la promulgación, el recurso tiene efectos suspensivos respecto a la promulgación de la ley, siendo este el único supuesto en que un recurso de inconstitucionalidad de las leyes produciría la suspensión de los efectos de las mismas.<sup>59</sup>

Pero en el otro extremo de la vida de las leyes, la cuestión relativa a la posibilidad de impugnar por vía del recurso de inconstitucionalidad, las leyes ya derogadas, también se ha planteado, y su solución depende evidentemente de los efectos de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad. En Venezuela, como se verá, siendo los efectos de la sentencia declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de efectos constitutivos, pro futuro, no hay duda, en principio, que sólo pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad las leyes vigentes.<sup>60</sup>

Ahora bien, la característica fundamental del recurso de inconstitucionalidad en el ordenamiento venezolano, es que está configurado como una acción, popular, es decir, un recurso que corresponde a cualquier ciudadano que se encuentre en el pleno goce de sus derechos.<sup>61</sup> Como lo ha dicho la Corte, esta acción popular que se da “a cualquiera del pueblo (de allí la denominación) está dirigida a la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien, por esta sola razón, no requiere estar investido de un interés jurídico diferencial o legítimo”. Por ello, la acción popular en Venezuela, está consagrada “para impugnar la validez de un acto del Poder Público, que por tener un carácter normativo y general, obra erga

---

de aquel cuerpo, su contenido puede ser modificado, acogiendo no lo pedido por el Gobernador”, *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 18-1-68 en GF N° 59, 1969, pp. 53 a 55. *Cfr.* sentencia de la CSJ en SPA de 5-5-70, en GO N° 29.339 de 8-10-70, p. 219.225.

<sup>59</sup> Repetidamente la Corte ha sostenido que el recurso de inconstitucionalidad de leyes sancionadas, pero no promulgadas, es el único supuesto en que el recurso de inconstitucionalidad de las leyes tiene efectos suspensivos. *Vid.* sentencias de la CSJ en SPA de 16-1-68, en GF N° 59, 1968, pp. 47 y ss.; de 6-2-69 en GF N° 63, 1969, p. 137; de 28 y 29-7-69 en GF N° 65, 1969, pp. 102, 103, 115 y 116; de 25-2-70 en GF N° 67, 1970, p. 224; y de 7-6-73 en GO N° 1.618, extraordinario, de 16-10-73. p. 7. En tal sentido, la Corte se ha declarado incompetente para suspender los efectos de un acto de instalación de una Asamblea Legislativa. *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 15-2-67, en GF N° 55, 1968, pp. 66 y 70.

<sup>60</sup> *Vid.* sentencia de la CFC en CP de 21-3-49 en GF N° 1, 1949, pp. 13 a 15, y Sentencia de la CSJ en SPA de 20-1-66, GF N° 51, 1968, pp. 13 y 14.

<sup>61</sup> *Cfr.* sentencia de la CF de 22-2-60 en GF N° 27, 1960, pp. 107 y 108, y sentencias de la CSJ en SPA de 3-10-63 en GF N° 42, 1963, pp. 19 y 20; de 6-2-64 en GO N° 27.373 de 21-2-64; de 30-5-63 en GF N° 52, 1968, p. 109, y de 25-9-73 en GO N° 1.643, extraordinario, de 21-3-74, p. 15.

omnes y, por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual”.<sup>62</sup> De aquí resulta una de las grandes diferencias entre el recurso de inconstitucionalidad y el recurso contencioso-administrativo: el primero no requiere legitimación activa especial, basta el simple interés en la legalidad; en cambio, en el segundo, se requiere que el recurrente sea titular de un derecho subjetivo o de un interés personal, legítimo y directo en la legalidad del acto.<sup>63</sup> Esto a la vez da origen a otra diferencia: el recurso de inconstitucionalidad por tener como objeto actos de carácter general o de rango legal, no está sujeto a lapso de caducidad alguno, es imprescriptible,<sup>64</sup> en tanto que el recurso contencioso-administrativo está sometido a un lapso de caducidad de seis meses.<sup>65</sup>

Correspondiendo, en todo caso, el recurso de inconstitucionalidad a cualquier ciudadano, es claro que las deficiencias que puedan existir en la representación que se atribuye el recurrente no impiden el que se pueda admitir el recurso, pues igual posibilidad de recurrir tendría a título personal.<sup>66</sup> Pero, además, así como cualquier ciudadano puede ejercer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, y demás actos estatales en los casos señalados, asimismo cualquier ciudadano tendría derecho a presentar escritos y alegatos en el juicio, inclusive en defensa de la ley o acto impugnado, sin que valga en este recurso el concepto de parte,<sup>67</sup> por no tener carácter contencioso.

---

<sup>62</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 18-2-71 en GO N° 1.472, extraordinario, de 11-6-71, p. 6. *Cfr.* Sentencia de la CSJ en SPA de 6-2-64 en GO N° 27.373 de 21-2-64.

<sup>63</sup> *Vid.* por ejemplo, sentencia de la CSJ en SPA de 18-2-71 en GO 1.472, extraordinario, de 11-6-71, p. 6.

<sup>64</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 3-10-63 en GF N° 42, 1963, pp. 20 y 21,

<sup>65</sup> Art. 7. ord. 9, de la Ley Orgánica de la Corte Federal. Sólo cuando el recurso contencioso-administrativo se intenta contra actos administrativos por violación directa de la Constitución (violación del artículo 61, por ejemplo), el recurso será imprescriptible conforme a lo dispuesto en el ord 8 del artículo 7 de la misma ley. *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 3-10-63 en GF N° 42, 1963, pp. 20 y 21.

<sup>66</sup> *Vid.*, por ejemplo, sentencias de la CF de 12-6-53 en GF N° 1, 1953, pp. 48 a 50; y de 22-2-60 en GF N° 27, 1960, pp. 107 y 108; y de la CSJ en SPA de 25-9-73 en GO N° 1.643, extraordinario, de 21-3-74, p. 15.

<sup>67</sup> Es de destacar que la Corte Suprema, al decidir el recurso de inconstitucionalidad del Acto de Instalación de las Cámaras Legislativas del 5 de marzo de 1968, ante escritos presentados por dos ciudadanos en contra de los pedimentos de los recurrentes, estableció, contrariamente a lo expresado en el texto, que la Corte “se limitó a hacer agregar a los autos, dichos escritos, por no ser los nombrados parte [sic.] en el presente juicio ni haber intervenido en los actos impugnados por los demandantes. El ejercicio de la acción popular... es el derecho que tiene cualquier ciudadano para constituirse en demandante en los casos permitidos por la ley, pero no para hacerse parte como demandado cuando la acción no ha sido intentada contra él”. *Vid.*

En efecto, a diferencia del procedimiento del recurso contencioso-administrativo, que como su nombre lo indica, tiene carácter contencioso, el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad, tiene carácter sumario, no contencioso, por lo que no se exige citación de persona alguna<sup>68</sup> y sólo se notifica al Procurador General de la República cuando no sea este funcionario el recurrente.<sup>69</sup> Siendo, por tanto, distinto el procedimiento en uno y otro recurso, no es posible acumularlos ni siquiera en aquellos casos en que corresponda a una misma Sala de la Corte Suprema su conocimiento,<sup>70</sup> y mucho menos, cuando el conocimiento de dichos recursos corresponde normalmente a la Corte en pleno, en la acción popular, y a la Sala Político-Administrativa en el recurso contencioso-administrativo de anulación.<sup>71</sup>

El recurso de inconstitucionalidad, por otra parte, se inicia mediante escrito de recurso en el cual el recurrente ha de expresar con claridad el acto recurrido<sup>72</sup> e indicar con precisión las inconstitucionalidades denunciadas, es decir, tanto los motivos del recurso como las normas constitucionales que se dicen violadas.<sup>73</sup> Sin embargo, y tratándose de una acción popular en la cual está en juego la vigencia de una ley y la supremacía constitucional, parecería lógico que la Corte pudiera apreciar la inconstitucionalidad del acto impugnado, de oficio, por vicios no alegados por el recurrente,<sup>74</sup> y no que tuviera que someterse a las denuncias formuladas por el recurrente.<sup>75</sup> El

---

sentencia de la CSJ en CP de 12-6-68, publicaciones del Senado, *cit.*, pp. 190 y 191. En otra sentencia, la Corte señaló que para que un abogado pudiera asumir la defensa de la constitucionalidad de una ley, debía tener la representación de la respectiva Asamblea Legislativa, por lo que declaró improcedentes los pedimentos de dicho abogado por no tener dicha representación. *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 27-5-70 en GF N° 68, 1970, p. 111.

<sup>68</sup> *Vid.* sentencia de la CFC en SPA de 20-11-40 en M. 1941, pp.- 265 y 266.

<sup>69</sup> Art. 27 de la LOCF.

<sup>70</sup> Por ejemplo, a la Sala Político-Administrativa, según la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Constitución.

<sup>71</sup> *Cfr. Doctrina PGR*, 1964, Caracas 1965, pp. 82 y ss.

<sup>72</sup> *Cfr.* sentencia de la CSJ en SPA de 23-1-69 en GF N° 63, 1969, p. 95.

<sup>73</sup> *Cfr.* sentencia de la CFC en CP de 14-12-50 en GF N° 6, 1950, pp. 46 y 47; y sentencia de la CSJ en SPA de 11-8-64 en GF N° 45, 1964, pp. 185 y 186.

<sup>74</sup> En tal sentido, la Procuraduría ha señalado que la constitucionalidad de los actos legislativos es materia de orden público eminente; por tanto, en los juicios en que se ventilan tales problemas, las facultades del juez no están ni pueden estar limitadas por lo alegado y probado en autos. *Vid. Doctrinas PGR*, 1963, Caracas 1964, pp. 23 y 24.

<sup>75</sup> Tal como la Corte Suprema lo ha sostenido, *Vid.* sentencia de la CSJ en CP de 15-3-62 en GO 760, extraordinario, de 22-3-62. En este sentido, J. G. Andueza sostiene que la sentencia no puede contener Ultra petita, *op. cit.*, p. 37.

conocimiento de la Corte Suprema en los recursos de inconstitucionalidad, no está sujeta totalmente a la voluntad del recurrente, quien, por ejemplo, no puede desistir del recurso, una vez intentado, teniendo la Corte que conocerlo y decidirlo en todo caso.<sup>76</sup>

En cuanto a los motivos del recurso de inconstitucionalidad, ante todo, en el mismo, sólo pueden alegarse violaciones o colisiones con la Constitución, es decir, motivos de inconstitucionalidad.<sup>77</sup> Pero no toda norma constitucional puede servir de fundamento a una acción popular; al contrario, tiene que tratarse de una norma directamente operativa por lo que no procede el recurso cuando se alegan violaciones de normas programáticas.<sup>78</sup> Por otra parte, la denuncia de inconstitucionalidad debe necesariamente plantear la “vinculación lógica, a través de una seria y necesaria motivación, entre el acto recurrido y la norma que se dice quebrantada por ésta”,<sup>79</sup> por lo que se considerarían formalmente insuficientes las denuncias de infracciones de normas constitucionales cuando dicha vinculación no aparece de las denuncias. En todo caso, es claro que la violación de la Constitución puede surgir cuando el acto recurrido contradice el espíritu y propósito de una norma constitucional<sup>80</sup> y no sólo cuando hay contradicción literal entre las normas y el acto impugnado.

Ahora bien, hemos señalado que el control de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela se ejerce por los órganos del Poder Judicial, sea a través del control difuso que corresponde a todos los tribunales de la República al declarar inaplicable una ley, sea a través del control concentrado que corresponde a la Corte Suprema de Justicia. En este último, la Corte asume su

---

<sup>76</sup> Cfr. J.G. Andueza, *op. cit.*, p. 37.

<sup>77</sup> No pueden alegarse, por tanto, motivos de ilegalidad. *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 13-2-68 en GF N° 59, 1969, p. 85 y 86.

<sup>78</sup> *Vid.* sentencias de la CSJ en CP de 12-9-69 en GF N° 65, 1969, p. 10; y en SPA de 27-4-69 en GF N° 64, 1969, pp. 23 y 24. Sobre las normas programáticas de la Constitución, *Vid.* lo indicado en el párrafo 7.

<sup>79</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 20-12-67 en GF N° 58, 1968, p. 68.

<sup>80</sup> *Vid.* sentencia de la CF de 25-3-58 en GF N° 19, 1958, p. 58. En sentido contrario la Procuraduría General de la República ha sostenido que no puede ser causa de anulación de un texto legal la infracción de los móviles de la Constitución. *Vid. Doctrina PGR*, 1964, Caracas, 1965, p. 158. En otra parte, sin embargo, la misma Procuraduría ha sostenido que se viola la Constitución cuando la ley pretende alcanzar fines diferentes a los propuestos por la Constitución, y no solamente cuando existe una contradicción literal entre la norma constitucional y la norma legal. *Vid. Doctrina PGR*, 1969, Caracas, 1970, p. 111. En general sobre los diversos tipos de motivos de inconstitucionalidad de las leyes, *Vid. Doctrina PGR*, 1966. Caracas, 1964, pp. 170 a 174.

rol de supremo intérprete<sup>81</sup> o defensor<sup>82</sup> de la Constitución, a quien corresponde el fiel de la balanza en la aplicación del principio de la separación de poderes,<sup>83</sup> teniendo que proclamar, al decidir el recurso, la “extinción jurídica” del acto recurrido o el mantenimiento del mismo con la plenitud de sus efectos,<sup>84</sup> Los efectos del control de la constitucionalidad en ambos casos, sin embargo, difieren, y en ausencia de una ley reguladora de la jurisdicción constitucional,<sup>85</sup> las soluciones del derecho comparado pueden servir de ilustración sobre el alcance y efectos de dichos controles, y han servido de orientación frecuentemente utilizada por las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en el denominado control o método difuso, cuyo arquetipo ha sido el sistema norteamericano, los efectos del control son radicalmente distintos a los efectos que produce la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad en el denominado control concentrado, cuyo arquetipo es el austríaco, por lo que no es posible pretender aplicar los efectos de uno de ellos al otro. De aquí que, por ejemplo, no sea posible aplicar las características del control de la constitucionalidad de las leyes del sistema norteamericano, exclusivamente de carácter difuso, al control de la constitucionalidad de las leyes que ejerce la Corte Suprema de Justicia en Venezuela, de carácter monopolísticamente concentrado.

En efecto, en el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que en Venezuela ejercen todos los órganos jurisdiccionales conforme al artículo 7 del Código de Procedimiento Civil cuando un juez desaplica una ley que estima inconstitucional aplicando preferentemente la Constitución, su decisión no es una declaratoria “de nulidad” de La ley que estima inconstitucional, sino una declaratoria de que la ley “es inconstitucional”; al desaplicarla, evidentemente que aprecia que esa ley nunca, ha podido haber surtido sus efectos en el caso concreto que conoce; estima al desaplicar la ley, que ésta no existe, y que nunca ha existido. Este y no otro puede lógicamente ser el efecto de su decisión: el juez, al conocer un caso concreto pretendidamente regulado en el pasado por una ley que una de las partes del proceso estima inconstitucional,

<sup>81</sup> Lo que implica la irrevisibilidad de sus decisiones, *Vid.* Art. 211 de la Constitución. La doctrina, sin embargo, ha sido establecida desde hace muchos años por la propia Corte, *Vid.*, por ejemplo, sentencia de la CFC en SPA de 17-11-38 en M. 1939, pp. 330 y ss.

<sup>82</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 4-3-41 en M. 1942. pp. 128 a 130.

<sup>83</sup> *Vid.*, por ejemplo, sentencia de la CFC en SPA 3-5-39 en M. 1940, p 217; y de 17-4-41 en M. 1942. pp., 182 y ss.

<sup>84</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 20-1-66 en GF N° 51, 1968, p. 13.

<sup>85</sup> *Vid.*, por ejemplo, el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional en CAP, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, Caracas, 1972, Vol. II, pp. 547 y ss.

al decidir la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, está “ignorando” la ley, en su criterio, inconstitucional, y, por tanto, estimando que la misma, en el pasado, nunca tuvo efectos sobre el caso concreto sometido a su consideración. Los efectos de la decisión del juez al declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley conforme al artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, si se quiere, son los de una sentencia declarativa; el juez declara la inconstitucionalidad de la ley y no la aplica, la ignora, estimando que nunca ha surtido efectos en relación al caso, lo que equivale a considerar que la ley nunca ha existido, es decir, que es inexistente. Lógicamente, esta decisión del juez conforme a lo previsto en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, es una decisión de efectos *inter partes* y, por tanto, relativos.<sup>86</sup> la ley se considera inconstitucional, se la desaplica y se estima que nunca pudo surtir efectos, exclusivamente en relación al caso concreto cuyo conocimiento ha sido sometido a un juez, de acuerdo con sus competencias procesales; y los efectos de esa decisión, por supuesto, no obligan a los otros jueces y ni siquiera al mismo juez que lo dictó quien, en otro juicio, puede variar de criterio jurídico. La ley inaplicada en un caso concreto, por otra parte, no se ve afectada en su vigencia general con motivo de esa decisión; la ley, como tal, continúa vigente, y sólo perderá sus efectos generales si es derogada<sup>87</sup> o si se le declara nula por la Corte Suprema de Justicia.<sup>88</sup> El hecho de que haya sido declarada inaplicable por inconstitucional por un juez en un proceso determinado, insistimos, no afecta su vigencia ni equivale a una declaratoria de que es nula, no siendo además la decisión del juez obligatoria, como precedente, para ningún otro juez y ni siquiera para el mismo juez que la dictó en los otros procesos que le corresponda conocer.<sup>89</sup>

Los efectos relativos del control difuso de la constitucionalidad de las leyes se encuentran, por otra parte, en todos los sistemas que han seguido el modelo norteamericano,<sup>90</sup> tal como sucede con el argentino, el más similar a aquél desde el punto de vista del sistema constitucional, entre todos los

---

<sup>86</sup> *Vid.* sentencia de la CF de 19-6-53 en GF N° 1, 1953. pp. 77 y 78.

<sup>87</sup> Art. 177 de la Constitución.

<sup>88</sup> Art. 215, ords. 3° y 4°.

<sup>89</sup> M. Cappelletti, al referirse a los ordenamientos que siguen esta fórmula de control (norteamericano, japonés y mexicano), resume los efectos de la decisión del juez, señalando que éste debe limitarse a desaplicar la ley inconstitucional en el caso concreto, de manera que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, carece, como en Austria, de eficacia general, *erga omnes*, pues únicamente posee eficacia particular, limitada al caso concreto, aun cuando, por otra parte, debe hacerse notar que en los Estados Unidos esta característica ha sido descartada en buena parte especialmente cuando se trata de control ejercitado por la Supreme Court en virtud del principio del *stare decisis*, *loc. cit.*, pp. 59 y 60.

<sup>90</sup> *Vid.* A. Jorge Alvarado, *El Recurso contra la Inconstitucionalidad de las Leyes*. Madrid, 1920, pp. 60 y ss.

latinoamericanos,<sup>91</sup> aun cuando ha habido discusión en relación a los efectos de dichas decisiones cuando han sido dictadas por la Corte Suprema en virtud del valor de las mismas como precedentes.<sup>92</sup>

En términos generales, entonces, los efectos de la decisión de desaplicar una ley conforme al artículo 7 del Código de Procedimiento Civil venezolano, tal como se dijo, son similares a los de los sistemas denominados de control difuso en el derecho comparado, y particularmente al sistema americano, con la gran diferencia, sin embargo, de que en Estados Unidos las decisiones de los tribunales sí se consideran y aprecian como precedentes para otras decisiones. Pero aparte de esta trascendental distinción, los efectos “declarativos” de la decisión son evidentemente similares. Basta aquí para darse cuenta de ello, recordar lo expuesto por A. y S. Tunc en su magistral análisis del sistema constitucional norteamericano sobre la decisión de desaplicar una ley por inconstitucional en Estados Unidos: “La ley no es ni derogada ni anulada. Ella es pura y simplemente desconocida como si no fuera una ley sino, si se quiere, una simple apariencia de ley, y los derechos de las partes son regulados como si ella no fue nunca aprobada. (La decisión del juez) se limita, pura y simplemente a ignorar la ley. . . Del principio según el cual una ley inconstitucional se la considera como si nunca hubiera sido aprobada, deriva el efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad; efecto retroactivo que, como se puede adivinar, conlleva cuando se trata de una ley importante, las más profundas perturbaciones.”<sup>93</sup> De acuerdo con la expresión de los Tunc, la “retroactividad” de la declaratoria de no aplicabilidad de la ley tiene sólo sentido bajo el ángulo de que el juez estima que ella nunca ha surtido efectos, es decir, de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad operan *ex tunc*, al ser una decisión mero declarativa de una inconstitucionalidad o nulidad preexistente. En este sentido, por ejemplo, la apreciación de la inconstitucionalidad de la ley ya derogada, pero que se aplicó durante su vigencia al caso concreto que el juez está conociendo, tiene justificación, pues la declaratoria de inaplicabilidad de la ley, al ignorar la existencia de la ley, tiene sentido para el proceso, aun cuando la ley esté derogada en el momento de la decisión. Por ello se ha dicho que, si la decisión judicial que se pronuncia en el control de la constitucionalidad de las leyes, como sucede con el control difuso, tiene “efectos retroactivos”, evidentemente que pueden anularse las leyes derogadas, ya que así se pone término a los efectos que la ley durante su vigencia pudo producir.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> Vid. Alejandro E. Ghigliani, *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*, Buenos Aires, 1952, p. 97,

<sup>92</sup> Vid. Carlos A. Ayarragaray, *Efectos de la Declaración de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1955, pp. 32 y ss.; Alejandro E. Ghigliani, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

<sup>93</sup> Vid. A. y S. Tunc, *Le Système Constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, París, 1954, Vol. II, pp. 294 y 295.

<sup>94</sup> Vid. J. G. Andueza, *op. cit.*, pp. 56 y 57.



Conforme a lo anteriormente señalado, puede entonces estimarse como claro que la decisión de desaplicar una ley inconstitucional en los sistemas difusos de control de la constitucionalidad de las leyes, entre los cuales se incluye el que se ejerce en Venezuela conforme al artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, si bien tiene solo y exclusivamente efectos *inter partes*, equivale a una decisión mero declarativa, de efectos retroactivos o *ex tunc*. El juez no anula la ley al ejercer este control, sino que sólo declara o constata una nulidad o inconstitucionalidad preexistente, por lo que ignora la existencia de la ley (la considera inexistente) y no la aplica al caso concreto cuyo conocimiento jurisdiccional le corresponde.

Pero si bien esto es cierto en el control de la constitucionalidad de las leyes que se ejerce conforme al artículo 7 del Código de Procedimiento Civil venezolano y en todos los controles de la constitucionalidad denominados difusos, los efectos de la decisión de declaratoria de nulidad (anulación) de una ley por inconstitucionalidad pronunciada en Venezuela por la Corte Suprema de Justicia en pleno, son entera y completamente distintos, así como lo son en todos los sistemas que siguen el modelo austríaco de control concentrado.

Un efecto, en los sistemas denominados concentrados de control de la constitucionalidad de las leyes, el monopolio de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes corresponde a la Corte Suprema de Justicia o su equivalente, en el sentido de que ningún otro tribunal tiene competencia para ello. En la decisión que la Corte Suprema de Justicia adopta en Venezuela conforme a lo previsto en el artículo 215, ordinales 3º y 4º, de la Constitución, la Corte “declara la nulidad” de la ley, es decir, anula la ley, la cual hasta el momento en que la sentencia de la Corte se publica, es válida y eficaz, habiendo surtido todos sus efectos, no obstante su inconstitucionalidad; y esto, en virtud de la presunción de constitucionalidad que las leyes tienen,<sup>95</sup> equivalente, *mutatis mutandis*, a la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos.<sup>96</sup>

En efecto, tal como lo señala Cappelletti al insistir en la diferencia entre los métodos difusos y concentrado del control de la constitucionalidad, “puede afirmarse que mientras el sistema estadounidense de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, tiene el carácter de un control meramente declarativo, a la inversa, el austríaco asume la naturaleza de un control constitutivo de la invalidez y de la consiguiente ineficacia de las leyes contrarias a la Constitución, y de aquí se concluye con plena coherencia, que, mientras en el primer sistema de eficacia (meramente declarativa) opera ex

---

<sup>95</sup> Cfr. J.G. Andueza, *op. cit.*, p. 90.

<sup>96</sup> Vid. Allan-R. Brewer Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y Jurisprudencia Venezolana*, *cit.*, p. 131.

tunc, o sea, retroactivamente –se trata en efecto, repito, de la simple declaración de una nulidad absoluta preexistente–, en el sistema austriaco, por el contrario, la eficacia (constitutiva, es decir, de anulación) de la sentencia de inconstitucionalidad, obra ex nunc y, por lo tanto, pro futuro, excluyéndose una retroactividad de la eficacia de anulación”.<sup>97</sup> A esta diferencia entre el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, hay que agregar otra complementaria y también fundamental: la naturaleza “general” de la anulación, que si bien carece de eficacia retroactiva, pues como se dijo la misma es *ex nunc* o pro futuro, opera sin embargo, *erga omnes*.<sup>98</sup>

Ahora bien, así como puede afirmarse que la generalidad de los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes que nos muestra el derecho comparado, y particularmente el austriaco<sup>99</sup> y el italiano,<sup>100</sup> establecen indubitablemente los efectos generales de las sentencias del Tribunal Supremo que declare la nulidad por inconstitucionalidad de una ley y su eficacia ex nunc, es decir, sólo hacia el futuro, asimismo sucede con el control de la constitucionalidad de las leyes que ejerce en forma concentrada, la Corte Suprema de Justicia en Corte plena, conforme a los ordinales 3º y 4º del artículo 215 de la Constitución. Es más, puede afirmarse que en ninguno de los sistemas concentrados del control de la constitucionalidad de las leyes que se conocen, se atribuye efectos generales hacia el pasado, es decir ex tunc, a todas las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad, las cuales no son mero declarativas ni tienen efectos retroactivos, sino que son sólo constitutivas; y en los casos en que se atribuye algunos efectos hacia el pasado, como en los sistemas italiano y alemán, estos son restringidos fundamentalmente al ámbito penal.<sup>101</sup> Y la solución de estas dos legislaciones

<sup>97</sup> Vid. Mauro Cappelletti: *loc. cit.*, pp. 58 y 59, Subrayado en el original,

<sup>98</sup> Vid., por ejemplo, sentencia de la CFC en SPA de 17- 11-38 en M. 1939, pp. 330 a 334; sentencia de la CF de 19-6-53 en GF N° 1, 1953, pp. 77 y ss.; y sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65, publicada por la Imprenta Nacional, 1965, pp. 13 y 16, *Cfr.* Doctrina PGR. 1963, Caracas 1964, pp. 199 a 201. Vid. En otras palabras, tal como Cappelletti señala, “una vez pronunciada la sentencia de inconstitucionalidad, la ley respectiva es privada de efectos de manera general, ni más ni menos que si hubiese sido abrogada por una ley posterior, y, por el contrario, recuperan su vigencia las disposiciones legislativas anteriores a la ley de inconstitucionalidad” (*loc. cit.* p. 59 -subrayado del autor-); siendo los efectos del control concentrado de la inconstitucionalidad radicalmente distintos a los efectos particulares inter partes del control difuso de la constitucionalidad, tal como se ha visto.

<sup>99</sup> *Cfr.* M. Cappelletti, *loc. cit.*, pp. 59 y 60.

<sup>100</sup> Vid. F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional Italiana*, Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos, N° 8, UCV, Caracas, 1966, p. 30.

<sup>101</sup> Tal es el supuesto, por ejemplo, de la Ley Constitucional italiana de 11 de marzo de 1953, que establece las normas complementarias de la Constitución en lo

—la italiana y la alemana— es lógica, pues si bien sería monstruoso, por las repercusiones que tendría sobre la seguridad jurídica, pretender que las sentencias declaratorias de la nulidad por inconstitucionalidad de una ley tienen efectos mero declarativos, y que, por tanto, se tienen como nunca dictados o cumplidos los actos realizados antes de que la ley fuera declarada nula, asimismo podría resultar injusto que en los casos penales las sentencias adoptadas conforme a una ley declarada posteriormente nula, no fueran afectadas por la anulación por inconstitucionalidad. De ahí la excepción respecto de los casos penales que la legislación italiana y alemana establecen para el principio de que los efectos de las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad sólo se producen hacia el futuro. Es más, la misma situación pragmática del conflicto que puede surgir entre la seguridad jurídica y las sentencias penales, ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a establecer excepciones al principio contrario: hemos visto que, en Estados Unidos, el control constitucional es de carácter difuso, siendo los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de carácter retroactivo por ser mero declarativas. Hemos señalado que, en principio, el ámbito de dichas sentencias es inter partes, pero que en virtud de la técnica de los precedentes, las mismas adquieren carácter general obligatorio. Sin embargo, a pesar de ello, la jurisprudencia ha extendido sólo el carácter retroactivo a los casos penales, respetando, al contrario, los efectos cumplidos en materias civiles y administrativas en base a una ley declarada inconstitucional.<sup>102</sup>

Ahora bien, siendo el control de la constitucionalidad de las leyes atribuido por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia<sup>103</sup> un control similar a los denominados concentrados en el derecho comparado, es evidente que los efectos de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley, en ausencia de norma constitucional o legal alguna, sólo pueden ser producidos erga omnes pero hacia el futuro; es decir, las sentencias son en principio constitutivas y sus efectos no pueden extenderse hacia el pasado (no

---

concerniente a la Corte Constitucional, cuyo artículo 30 expresa: “las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión. Cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional haya sido pronunciada una sentencia irrevocable, cesará su ejecución y todos los efectos penales”, (*Vid.* F. Rubio Llorente, *op. cit.*, p. 53). Asimismo, la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de marzo de 1951, establece que “permanecen inmutables las resoluciones firmes, apoyadas en una norma declarada nula” por el Tribunal Constitucional Federal, aun cuando “es admisible la revisión del procedimiento, según los preceptos de la Ley de Procedimiento Penal, contra una sentencia penal formal apoyada” sobre la misma norma declarada nula (*Vid.*, Art. 79 en F. Rubio Llorente, “El Tribunal Constitucional Alemán”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 18, Caracas, 1959, p. 154).

<sup>102</sup> *Vid.* M. Cappelletti, *loc. cit.*, pp. 63 y 64.

<sup>103</sup> Art. 215, ords. 3 y 4.

pueden ser retroactivas). Puede decirse que este ha sido el criterio no sólo seguido por la doctrina venezolana, por cierto escasa,<sup>104</sup> sino por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la Corte ha sostenido expresamente que “las leyes se dictan para que tengan ejecución, debiendo, por ello, ser cumplidas aun cuando su existencia, por razones de adecuada impugnación, sufra la contingencia de su nulidad constitucional. *Sólo se extingue su vigencia por la sentencia definitiva declaratoria de haber lugar a dicha impugnación*”.<sup>105</sup> En otras palabras, mediante la sentencia de la Corte de declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad, ésta se limita a “proclamar la extinción jurídica” de la ley impugnada.<sup>106</sup> Es decir, la Corte ha sostenido que las leyes producen todos los efectos hasta tanto no sean declaradas nulas; pues como ha señalado en otra decisión, “los actos anulables son válidos y, una vez consumados, surten plenamente sus efectos, mientras no sea declarada su nulidad”;<sup>107</sup> y si bien los efectos de sus sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad son de carácter general, erga omnes,<sup>108</sup> es evidente que las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad al declarar nula una ley, entran a formar parte, mutatis mutandis, de “una legislación especial emergente del Poder Constituyente secundario que en tales materias ejerce este Alto Tribunal”,<sup>109</sup> pues esas decisiones “tienen carácter de disposiciones complementarias de la

<sup>104</sup> En su libro sobre La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano (*cit.*), José Guillermo Andueza ha sido abundante y terminante en la demostración de que la sentencia de declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad es de carácter constitutivo, pues “la presunción de constitucionalidad de que gozan los actos de los Poderes Públicos hace que éstos produzcan todos sus efectos jurídicos hasta tanto la Corte no pronuncie su nulidad. En consecuencia, la sentencia de la Corte deberá necesariamente respetar los efectos que el acto estatal produjo durante su vigencia” (p. 93), pues “ella realiza una modificación en los efectos del acto estatal. Es decir, la sentencia hace ineficaz un acto que antes era válido” (p. 94). Conforme al mismo Andueza y en acuerdo con la más ortodoxa doctrina, “lo que caracteriza a las sentencias constitutivas es la ausencia de efectos retroactivos. Ellas continúan siempre *pro futuro, ex nunc*; es decir, que la sentencia produce sus efectos desde el día de su publicación (p. 94). No compartimos, por tanto, la opinión de Humberto J. La Roche, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo 1972, p. 153.

<sup>105</sup> Sentencia de la CFC de 20-12-40, *cit.* por J. A. Andueza: *op. cit.*, p. 90.

<sup>106</sup> Sentencia de la CSJ en SPA de 20-1-66 en GF N° 51, 1956, p. 13.

<sup>107</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 15-2-67 en GF N° 55, 1967, p. 70.

<sup>108</sup> *Cfr.* sentencias de la CFC en SPA de 17-11-38, M. 1939, p. 330; de 21-3-39, en M. 1940, p. 176; de 16-12-40 en M. 1941 p. 311; y de la CF de 19-6-53, en GF N° 1, 1953, pp. 77 y 78.

<sup>109</sup> *Vid.* sentencia de la CFC en SPA de 16-12-40, en M. 1941, p. 311.

Constitución y leyes de la República”,<sup>110</sup> o, en otras palabras, como lo ha dicho expresamente la Corte, los efectos de dichas decisiones “se extienden erga omnes y cobran fuerza de ley”.<sup>111</sup> Por tanto, si la ley declarada nula por inconstitucionalidad en virtud de la decisión respectiva, como dice Cappelletti, “es privada de efectos de manera general, ni más ni menos que si hubiera sido abrogada por una ley posterior”,<sup>112</sup> es claro que así como una ley no puede tener efectos retroactivos, la sentencia declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad, que tiene como lo sostiene la jurisprudencia venezolana “fuerza de ley”, tampoco puede tener efectos retroactivos; y tan lógica es esta afirmación que en algunos sistemas constitucionales latinoamericanos, el principio clásico de irretroactividad de las leyes<sup>113</sup> ha sido extendido a las sentencias del Tribunal Supremo.<sup>114</sup>

Este principio de la irretroactividad de los efectos de las decisiones de la Corte Suprema declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, que surge de su carácter constitutivo y no declarativo, ha sido reconocido expresamente por la misma Corte Suprema en sentencia de 1965, cuando al declarar nulidad por inconstitucionalidad de una Ordenanza Municipal que creó un impuesto contraviniendo la prohibición contenida en el artículo 18, ord. 4, de la Constitución, rechazó la solicitud del recurrente de “que se condene a la Municipalidad, al reintegro de las sumas de dinero que haya recabado indebidamente, por concepto del cobro de la contribución discutida... por considerar que ella no está ajustada a derecho”.<sup>115</sup> En esta forma, la Corte reconoció el carácter constitutivo, de efectos hacia el futuro de su decisión de nulidad de la Ordenanza, pues de lo contrario, si hubiera estimado que los efectos de la decisión eran mero declarativos, *ex tunc*, hubiera procedido el reintegro solicitado.

Por otra parte, en 1968, la Corte insistió en la presunción de legitimidad de las leyes al señalar que “los actos legislativos nacionales una vez sancionados y promulgados conservan su validez y eficacia hasta que no sean derogados por el cuerpo que los dictó o anulados por la Corte, y, entre tanto, su legitimidad ampara también las actuaciones de otras autoridades en conformidad con los poderes que les atribuyan”,<sup>116</sup> por lo que declarada la nulidad por inconstitucionalidad, dando efectos retroactivos a dicha declaratoria, equivaldría a dejar sin efectos todos los actos cumplidos en

---

<sup>110</sup> *Vid.* sentencia de la CFC en SPA de 21-3-39 en M. 1940, p. 176.

<sup>111</sup> *Vid.* sentencia de la CF de 19-6-53 en *GF* N° 1, 1953, pp. 77 y 78.

<sup>112</sup> *Vid.* M. Cappelletti, *loc. cit.*, p. 59.

<sup>113</sup> Art. 44 de la Constitución.

<sup>114</sup> *Vid.* la cita de la Constitución del Ecuador que hace J. G. Andueza, *op. cit.*, p. 94.

<sup>115</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 18-11-65 en *GF* N° 50, 1967, p. 111.

<sup>116</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 13-2-68 en *GF* N° 59, 1969, p. 85.

ejecución de la ley, con grave perjuicio para la seguridad jurídica. En el mismo año 1968, la Corte Suprema incidentalmente reconoció el carácter constitutivo y no declarativo de sus sentencias al sostener que “los efectos de las decisiones que dicte la Corte al ejercer esa atribución (el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes) sólo se extiende al tiempo durante el cual subsista (hacia el futuro, por supuesto) la vigencia del precepto constitucional en que aquellas (las decisiones de la Corte) se hayan basado. Por consiguiente, es posible que una disposición legal anulada por ser contraria a la Constitución –pero que de hecho haya seguido formando parte de un instrumento legal no derogado– recobre su eficacia jurídica al entrar en vigencia una reforma que derogue la norma constitucional en que se haya apoyado la Corte, para declarar la nulidad de aquella, o que cambie radicalmente el régimen anteriormente establecido”.<sup>117</sup> Si es posible el planteamiento que hace la Corte en su decisión, es precisamente porque los efectos cumplidos por la ley declarada nula antes de esa decisión quedaron incólumes, por los efectos constitutivos de la sentencia. De lo contrario el trastorno del ordenamiento jurídico sería insostenible, pues si las decisiones de la Corte en ejercicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes tuvieran efectos retroactivos, es decir, fueran mero declarativas, no sólo los actos cumplidos con anterioridad a la decisión judicial conforme a la ley declarada inconstitucional serían ineficaces sino que al ser la ley inconstitucional inexistente, nunca podría darse el supuesto de que recobrase su vigencia si la Constitución conforme a la cual se declaró su inconstitucionalidad, se modifica, como lo plantea la Corte. Por ello, insistimos, no hay duda de que en Venezuela, los efectos de las decisiones declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, son los propios de las sentencias constitutivas, es decir, se producen sólo hacia el futuro.

Esta afirmación, por otra parte, se deduce de otras decisiones de la propia Corte Suprema de Justicia, en relación a solicitudes de nulidad por inconstitucionalidad de leyes ya derogadas. En efecto, puede afirmarse, como lo señala J. G. Andueza, que la posición que se adopte en torno a esas solicitudes, “depende de la posición que se tenga sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad”. Si a ésta le damos efectos retroactivos, evidentemente que pueden anularse las leyes derogadas, ya que así se pone término a los efectos que la ley, durante su vigencia, pudo producir. Pero si la sentencia sólo rige *pro futuro*, resulta contradictorio que pueda anularse una ley que no existe, ya que los efectos producidos durante su vigencia no pueden destruirse en virtud del principio que ampara a todo acto estatal, el de la presunción de constitucionalidad.<sup>118</sup> Puede decirse, en base a esta alternativa, que las decisiones de la Corte con posterioridad a 1949 han sido denegatorias

---

<sup>117</sup> Vid. sentencia de la CSJ en SPA de 19-12-68 en GF N° 62, 1969, p. 112.

<sup>118</sup> Vid. J. C. Andueza, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

de las solicitudes de nulidad de leyes derogadas. En efecto, si bien en 1940 la Corte Suprema sostuvo que había interés en demandar la nulidad de una ley derogada, pues “la anulación obra retroactivamente y suprime todos los efectos que había producido la aplicación de la ley nula”,<sup>119</sup> ese criterio ha sido cambiado radicalmente a partir de 1949, no sólo en relación a la no admisibilidad de recursos de inconstitucionalidad de leyes ya derogadas, sino en relación a los efectos sólo constitutivos de las sentencias de la Corte declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes. En efecto, en 1949, la Corte sostuvo que “las facultades constitucionales de control de la Constitución de este Alto Tribunal sólo se refieren a las leyes vigentes”, por lo que al solicitarse la nulidad por inconstitucionalidad de una ley derogada “la Corte carece de materia sobre qué decidir”.<sup>120</sup> Recientemente, en 1966, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa ha sostenido el mismo criterio, al precisar que entre las circunstancias determinantes de la relación procesal en el recurso de inconstitucionalidad, “tiene especial relieve la existencia misma del acto impugnado por inconstitucional, cuya validez o nulidad viene a constituirse, precisamente, en la materia u objeto del proceso”, por lo que al solicitarse la nulidad de un acto que ya ha cesado en su vigencia, el recurso “carece de objeto”.<sup>121</sup>

Ahora bien, conforme a este criterio sostenido por la Corte, es evidente que en Venezuela, como principio general, las sentencias declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes tienen efectos generales erga omnes, pero que sólo se extienden hasta el futuro en el sentido de que las mismas anulan una ley que si bien produjo sus efectos hasta el momento de la publicación de la sentencia, la misma se extingue jurídicamente a partir de ese momento. Los efectos de la sentencia, en este sentido, no pueden ser retroactivos propios de las sentencias mero declarativas, sino sólo pro futuro, propios de las sentencias constitutivas.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> *Vid.* sentencia de la CFC en SPA de 13-1-40 en M. 1941, p. 102.

<sup>120</sup> *Vid.* sentencia de la CFC en CP de 21-3-49 en GF N° 1, 1949, p. 15.

<sup>121</sup> *Vid.* sentencia de la CSJ en SPA de 20-1-66 en GF N° 51, 1968, pp. 13 y 14.

<sup>122</sup> Este y no otro fue, por ejemplo, el criterio seguido en la Corte en la sentencia que declaró la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 20 de la ley aprobatoria del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, S.A. dictada el 15 de marzo de 1962 (*Vid.* sentencia de la CSJ en CP en GO N° 760, extraordinario, de 22-3-62), y para darse cuenta de ello basta recoger la opinión del Magistrado Ponente de dicha sentencia José Gabriel Sarmiento Núñez, sostenida en su voto salvado a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró sin lugar la demanda de nulidad por inconstitucional del ordinal 14° del artículo II de la Ley aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de Norte América el 29 de abril de 1965. En dicho voto salvado el Magistrado Ponente de la sentencia de declaratoria de nulidad del artículo 20 de la ley aprobatoria

En nuestro criterio, no hay, por tanto, duda en torno a que en Venezuela el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes que realiza la Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 215, ordinales 3º y 4º, de la Constitución, siendo equivalente a los controles denominados “concentrados” en el derecho comparado, tienen por objeto la anulación de las leyes (“declarar la nulidad” dice la Constitución, y no “declarar la inconstitucionalidad”); anulación que se realiza con efectos erga omnes, los cuales se extienden pro futuro (*ex nunc*) mediante una sentencia de las denominadas “constitutivas”, por oposición a las “declarativas”,<sup>123</sup> salvo que se trate de casos de nulidad absoluta, tal como se verá.

Pero si bien este es el principio general en el sistema constitucional venezolano, habría que plantearse si en el ordenamiento jurídico-público venezolano, la anulación por inconstitucionalidad que la Corte Suprema puede declarar respecto de las leyes, sólo se realiza por motivos de nulidad relativa o, al contrario, la Constitución regula casos de nulidad absoluta; en otras palabras, habría que precisar si todas las leyes inconstitucionales son “actos anulables” o si, por el contrario, existen supuestos de leyes inconstitucionales de un vicio tal que sean consideradas por el ordenamiento jurídico como “actos nulos”.<sup>124</sup>

---

del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, al insistir en la distinción entre el control difuso y el concentrado de la constitucionalidad de las leyes en Venezuela, señaló que en el primero, el que ejercen los tribunales conforme al artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, la decisión “tiene un carácter relativo, ya que afecta sólo al caso concreto controvertido y no obliga las futuras decisiones de ese u otros tribunales. En cambio, lo decidido al respecto por la Corte Suprema de Justicia (en el control concentrado) tiene un carácter absoluto: la nulidad de la ley es proclamada erga omnes, o sea, frente a todos los casos, y surte efectos *ex tunc* (sic.), es decir, a partir de la decisión”. *Vid.*, sentencia de la CSJ en CP de 29-4-65, publicada por la Imprenta Nacional, 1965, p. 74).

<sup>123</sup> En este sentido, debe señalarse que este criterio universal en el derecho comparado y aceptado por la jurisprudencia y doctrina venezolanas, ha sido acogido por los proyectistas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al establecer en el artículo 19 del Proyecto lo siguiente: “Las normas declaradas inconstitucionales no podrán ser aplicadas ni tendrán efecto alguno desde el día siguiente a la publicación en la Gaceta Oficial de la sentencia o, a falta de publicación, a partir del décimo día de su firma. Cuando en virtud de ellas hubiese sido pronunciada una sentencia firme de condena en curso de ejecución, cesará ésta y con ella todos los demás efectos penales”, (*Vid.* Proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional elaborado por los profesores Sebastián Martín-Retortillo, Francisco Rubio Llorente y Allan-R. Brewer-Carías, en CAP, *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, CAP, Caracas, 1972, Vol. II, p. 551).

<sup>124</sup> Tal como J. G. Andueza lo señala, “la diferencia que existe entre un acto nulo y el anulable debe verse en la naturaleza del pronunciamiento judicial. Si la sentencia es solamente declarativa, con efecto retroactivo, cuando el acto se anula pro pretérito



En Venezuela, en efecto, como regla general puede admitirse que las sentencias de la Corte mediante la cual declara la nulidad de las leyes son constitutivas, siendo, por tanto, las leyes inconstitucionales, en principio, actos estatales afectados de nulidad relativa, es decir, actos anulables, dejando a salvo solamente dos supuestos, y he aquí la excepción de la regla.

En efecto, sólo en dos casos puede llegarse a admitir en el ordenamiento constitucional venezolano que las sentencias de la Corte Suprema declaratorias de nulidad de una ley tienen la categoría de sentencias declarativas produciendo enteros efectos hacia el pasado: en primer lugar, cuando la propia Constitución califica a una ley o acto estatal como nulo o ineficaz, supuesto que sólo se regula en los artículos 46 y 119 de la Constitución; y en segundo lugar, cuando la Corte Suprema estime y declare expresamente, en cada caso, que la ley declarada inconstitucional es nula de nulidad absoluta.<sup>125</sup> El segundo supuesto, aun cuando de difícil configuración teórica en virtud de la relativamente amplia concepción contenida en el primero, es de lógica jurisdiccional dejarlo abierto<sup>126</sup> respetando la soberanía y autonomía de la Corte Suprema; pero en todo caso, teniendo en cuenta que si la Corte Suprema de Justicia no califica expresamente en su decisión a una ley que declara nula como viciada de nulidad absoluta, se tiene como vigente el principio general señalado de la nulidad relativa, no pudiendo los jueces de instancia sustituirse a la decisión de la Corte, y estimar por sí mismos los efectos de sus decisiones.

En cuanto a la primera excepción señalada al principio general de la nulidad relativa de las leyes inconstitucionales y de los efectos constitutivos de la sentencia de la Corte, éstas provienen de texto expreso, lo cual evidentemente que confirma la regla ya señalada. En efecto, el artículo 46 de la Constitución contiene la primera de las normas que declara, *per se*, la nulidad absoluta de los actos del Poder Público, en los cuales se incluyen las leyes: “Todo acto del Poder Público –dice la norma– que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa según los casos, sin que les sirva de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes”. Conforme a esta primera excepción expresa, una ley que, por ejemplo,

---

podemos afirmar que estamos en presencia de una nulidad absoluta, Por el contrario, cuando el juez dicta una sentencia constitutiva, con efecto *ex nunc*, pro futuro, el vicio solamente tiene como consecuencia la anulabilidad del acto estatal” *op. cit.*, pp. 92 y 93.

<sup>125</sup> En alguna sentencia aislada, en este sentido, la Corte ha señalado al anular una Ordenanza Municipal contraria a la igualdad tributaria, que las infracciones constitucionales de la misma “vician de nulidad absoluta todas sus disposiciones”. *Vid.* sentencia de la CFC en SPA de 28-3-41 en M. 1942, p. 158.

<sup>126</sup> *Cfr.* J. G. Andueza, *op. cit.*, p. 93.

establezca una discriminación fundada en “la raza, el sexo, el credo o la condición social”,<sup>127</sup> viola expresamente el derecho a la igualdad garantizado por la propia Constitución, y conforme al texto constitucional del artículo 46 es “nula”, con vicio de nulidad absoluta, no pudiendo producir ningún efecto jurídico e inclusive no debiendo ser aplicada por autoridad alguna *so pena* de incurrir en responsabilidad. En estos casos, la decisión de la Corte Suprema de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la ley no puede ser otra que de carácter mero declarativo en virtud del texto expreso de la Constitución, la constatación de una nulidad ya establecida en la Constitución, extinguiéndose la ley hacia el futuro y hacia el pasado, en el sentido que en virtud de la propia declaratoria de la ley como “nula” por la Constitución, ella nunca pudo surtir efectos. En los supuestos en que están en juego los derechos garantizados por la Constitución y que son los que regula el artículo 46 de dicho texto, no podría tener efectos constitutivos la sentencia, dejando incólumes los efectos producidos por una ley inconstitucional con anterioridad a la declaratoria de nulidad por la Corte.

El segundo caso de regulación expresa de la excepción al principio del efecto constitutivo de las sentencias de la Corte Suprema declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, está contenida en el artículo 119 de la Constitución que establece que “toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos”; y por usurpación de autoridad hay que entender “el vicio que acompaña a todo acto dictado por una persona desprovista totalmente de autoridad”;<sup>128</sup> es decir, “el usurpador de autoridad es aquel que la ejerce y realiza sin ningún tipo de investidura, ni regular ni prescrita. El concepto de usurpación, en este caso, emerge cuando una persona que no tiene *autoritas* actúa como autoridad”,<sup>129</sup> en el sentido en que la propia Constitución emplea el término “autoridad”,<sup>130</sup> y de ahí que, como dice la Constitución, la autoridad usurpada sea ineficaz y sus actos sean nulos. Este segundo caso de texto expuesto de la Constitución que declara como “nulo”, con vicio de nulidad absoluta, e “ineficaz” un acto estatal, implica que la sentencia que declare la nulidad por inconstitucionalidad, por ejemplo, de una “ley” dictada por un gobierno que se organice por la fuerza,<sup>131</sup> sólo puede tener efectos declarativos de una nulidad ya establecida expresamente en la propia Constitución.

Pero, insistimos, aparte de estas dos previsiones expresas de la Constitución mediante las cuales el mismo texto constitucional declara la nulidad absoluta de una ley, lo cual produce, como consecuencia, que la

---

<sup>127</sup> Art. 61 de la Constitución.

<sup>128</sup> *Vid.* Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, *cit.*, p. 62.

<sup>129</sup> *Ídem*, p. 59.

<sup>130</sup> Art. 250 de la Constitución.

<sup>131</sup> En el sentido del Art. 250 de la Constitución.

sentencia de la Corte Suprema de Justicia declaratoria de la nulidad por inconstitucionalidad tenga meros efectos declarativos; sólo podrían admitirse como excepción al principio adoptado por nuestro sistema constitucional de los efectos constitutivos de las sentencias de la Corte Suprema, declaratorias de la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes que se estiman, como principio general, viciadas de nulidad relativa, aquellos casos en los cuales la misma Corte Suprema, en forma expresa en su sentencia, establezca la nulidad absoluta, lo que podría producirse, por ejemplo, en algunos Supuestos de usurpación de funciones, concepto constitucional enteramente distinto al señalado de usurpación de autoridad.<sup>132</sup>

De acuerdo con lo anteriormente señalado, puede por tanto concluirse que, como principio general, toda sentencia declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de una ley dictada por la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, conforme al artículo 215, ordinales 3º y 4º, de la Constitución, tiene efectos erga omnes, y el carácter de una sentencia constitutiva, de nulidad relativa, salvo que el propio texto de la sentencia declare la nulidad absoluta de la ley o esta se pronuncie en virtud de lo previsto en los artículos 46 y 119 de la Constitución, en cuyo caso tendría carácter declarativo. Sin embargo, inclusive en estos casos, esta irretroactividad de la sentencia no es absoluta, sino que en realidad implica que todas las situaciones particulares nacidas de la aplicación de la ley declarada nula *son susceptibles de impugnación*,<sup>133</sup> por lo que en muchos supuestos podría sostenerse que permanecerían incólumes las situaciones jurídicas respecto de cuya impugnación se hayan consumado los lapsos de caducidad o prescripción de las acciones correspondientes.

Allan-Randolph BREWER-CARÍAS  
*Profesor de Derecho Administrativo*  
*Universidad Central de Venezuela*

---

<sup>132</sup> Vid. Allan-R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales...*, cit., p. 60.

<sup>133</sup> Este es el criterio, con el cual coincidimos, de la Procuraduría General de la República. Diferimos del mismo en el sentido de que la Procuraduría estima que todas las sentencias declaratorias de nulidad de una ley tienen carácter declarativo y, por tanto, efectos hacia el pasado. Vid. el criterio de 12-11-68 en *Doctrina PGR*, 1968, Caracas, 1969, pp. 20 y ss., en particular p. 25.



## 6.

# ASPECTOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL EN VENEZUELA

en *Revista de Administración Pública*, N° 92, Madrid, mayo agosto 1980, pp. 425-440.\*

### I. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho implica no sólo el sometimiento de la Administración Pública a la legalidad, sino la consagración de la responsabilidad del propio Estado y de los funcionarios por los actos que realicen en ejercicio de sus funciones.

Esta responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos es el fundamento de las potestades de control que se asignan a diversos órganos públicos para declararla y hacerla efectiva. Sin responsabilidad pública y sin controles públicos no habría Estado de Derecho.

Dentro de la variada gama de controles que se ejercen sobre la Administración y sus funciones se destaca el control político, es decir, aquel ejercido por los órganos representativos del pueblo, y en particular, por las asambleas representativas. Así, a nivel nacional, el control político sobre la Administración se traduce en el control parlamentario, formalmente consagrado en el texto constitucional.

Además, recientemente se han ido delineando diversos mecanismos de control político de carácter informal asumidos por grupos de intereses de la comunidad o grupos de presión. Algunos de estos grupos han encontrado, incluso, consagración legal, como actualización de la idea política de la participación, en el ámbito municipal, con la regulación de las Asociaciones de Vecinos.

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-92-mayoagosto-1980/aspectos-del-control-parlamentario-sobre-la-administracion-publica-nacional-en-venezuela-2>

Las modalidades de esta participación de grupos de intereses en la Administración y del control que ejercen sobre ella no se analizarán en estos comentarios, los cuales se concretarán al análisis del control parlamentario sobre la Administración.

En efecto, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, las Cámaras Legislativas que integran el Congreso (Cámara del Senado y Cámara de Diputados) tienen dos funciones fundamentales: legislar sobre las materias de competencia nacional y controlar a la Administración Pública.

En esta forma, el artículo 139 de la Constitución es claro y preciso:

«Artículo 139. Corresponde al Congreso legislar sobre las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder nacional.

Es privilegio del Congreso decretar amnistías, lo que hará por ley especial.

El Congreso ejerce también el control de la Administración Pública nacional en los términos establecidos por esta Constitución.»

Por tanto, tan importante es la función de legislar de las Cámaras Legislativas, como su función de controlar la Administración Pública. Dichas funciones, sin embargo, tienen un límite genérico previsto en la norma: el poder de legislar de las Cámaras Legislativas se refiere a las materias que sean de la competencia nacional, por lo que aquéllas no pueden legislar sobre materias de la competencia estatal o municipal; y la potestad de control sobre la Administración está circunscrita “a la Administración Pública Nacional en los términos establecidos por esta Constitución.”

Ahora bien, concretándonos a las potestades parlamentarias de control sobre la Administración Pública Nacional, debe destacarse que dichas potestades de control, en el Estado de Derecho, resultan del principio, también de orden constitucional, de la responsabilidad de funcionarios o empleados públicos. Por ello, en las líneas que siguen analizaremos en primer lugar el fundamento de las potestades de control sobre la Administración Pública: la responsabilidad del Estado y de los funcionarios.

Hecho esto debemos estudiar en segundo lugar los términos establecidos por la Constitución para el ejercicio de las funciones de control por el Congreso, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 139 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las potestades genéricas de control del Congreso sobre la Administración Pública no sólo están previstas en el artículo 139 de la Constitución, sino en el artículo 236 de la misma Carta Fundamental.

En efecto, esta norma consagra expresamente la función del Congreso de control sobre la Hacienda Pública, en cuyo ejercicio puede, si lo estima conveniente, recurrir a la Contraloría General de la República como órgano; auxiliar que esta institución es del Congreso.

Queda claro, por tanto, qué, constitucionalmente, el Congreso y sus Cámaras Legislativas tienen potestades genéricas de control sobre la Administración Pública y, en particular, sobre la Hacienda Pública.

Estos poderes de control, soberanos, por ser ejercidos por el órgano de representación popular, sin embargo, no excluyen los poderes de control que puedan tener respecto de la propia Administración Pública o de la Hacienda Pública otros órganos del Estado constitucional o legalmente previstos; y el ejercicio por éstos de sus facultades no impide al Congreso ejercer las suyas.

Por tanto, en tercer lugar deben precisarse, conforme el texto constitucional, los otros órganos del Estado con potestades de control sobre la propia Administración Pública y sus funcionarios, para poder estudiar en cuarto lugar el ámbito y efecto del control sobre la Administración Pública y de apreciación de la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos, que puede ser realizada por las Cámaras Legislativas, y su relación con los poderes de control de otros órganos del Estado.

## **II. EL FUNDAMENTO DE LAS POTESTADES DE CONTROL Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

La posibilidad de controlar la Administración Pública, como se dijo, tiene su fundamento en la consagración de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Un Estado responsable puede ser controlado; en cambio, cuando el Estado es irresponsable no tiene sentido hablar de control sobre su Administración. Por tanto, el control parlamentario sobre la Administración Pública está indisolublemente unido y vinculado a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, y existe en Venezuela, precisamente, por la responsabilidad de éstos, constitucionalmente prevista.

En efecto, de acuerdo al artículo de la Constitución, el Gobierno de Venezuela es y será siempre responsable (art. 3), conforme se precise en las Disposiciones Fundamentales de la Constitución. Por tanto, sus órganos y funcionarios responden por los actos que produzcan. Así lo prevé expresamente el artículo 121 de la Constitución: «El ejercicio del Poder público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o violación de Ley» y lo precisa el artículo 46 del mismo texto en los términos siguientes:

«Art. 46. Todo acto del Poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las Leyes.»

Corresponde al Ministerio Público, por otra parte, intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones (art. 220, ord. 5°). 1

La Constitución consagra, además, la responsabilidad de las personas jurídico-territoriales (República, Estados y Municipios), la cual se produce siempre que los daños o perjuicios se hubiesen causado por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública (art. 47.)

En cuanto a la responsabilidad particular de algunos funcionarios públicos de orden político la Constitución trae normas expresas en relación al presidente de la República y los ministros. En tal sentido, el artículo 192 señala que «el Presidente de la República es responsable de sus actos, de conformidad con esta Constitución y las leyes», y en cuanto a los ministros, el artículo 196 del texto fundamental dispone que «los ministros son responsables de sus actos de conformidad con esta Constitución y las leyes, aun en el caso de que obren por orden expresa del Presidente. De las decisiones del Consejo de Ministros serán solidariamente responsables los ministros que hubieren concurrido, salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo».

De las normas anteriores resulta, por tanto, la previsión de la responsabilidad tanto del Estado como de los funcionarios públicos. La garantía del Estado de Derecho “responsable” es, precisamente, que esa responsabilidad pueda ser controlada, constatada y declarada por los órganos estatales, por iniciativa propia o a instancia de los ciudadanos, según los casos. De acuerdo al órgano que la constate y declare, la decisión respectiva tendrá los efectos previstos expresamente en la Constitución y las Leyes.

Ahora bien, esta potestad de controlar la Administración la tienen tanto el Congreso, como órgano político, como otros órganos estatales.

---

<sup>1</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal”, en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Caracas, 1980, pp. 179 a 183.



### III. LAS DIVERSAS MODALIDADES DE CONTROL PARLAMENTARIO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN

La Constitución, en efecto, establece diversas modalidades o términos dentro de los cuales deben ejercerse las potestades de control del Congreso y sus Cámaras Legislativas, sobre la Administración Pública Nacional. Estas modalidades de control podrían clasificarse en dos grandes grupos: controles de carácter previo y controles de carácter posterior.

#### 1. *Controles de carácter previo*

La Constitución, en efecto, establece en muchas de sus normas la necesaria intervención del Congreso o sus Cámaras Legislativas, con anterioridad a la adopción de una decisión administrativa por el Ejecutivo Nacional. Esto da origen a los controles parlamentarios previos sobre la Administración, los cuales se pueden realizar por ley del Congreso o por actos privativos de las Cámaras Legislativas.

##### A. *Controles previos mediante leyes*

Los controles previos mediante ley sobre la Administración son, básicamente, de orden presupuestario y financiero: los gastos que pueden hacerse del Tesoro Nacional por la Administración tienen que haber sido autorizados por la Ley de Presupuesto (art. 227); y las operaciones de crédito público requieren para su validez, en general, una ley especial que las autorice (art. 231).

Por otra parte, la facultad del Presidente de la República de dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público, requiere una autorización previa mediante ley especial (art. 190, ord. 8°).

##### B. *Controles previos mediante actos parlamentarios sin forma de ley*

En general, los controles previos sobre la Administración Pública que corresponden al Congreso y sus Cámaras conforme a la Constitución se realizan a través de actos parlamentarios sin forma de ley. Estos pueden estar atribuidos al Congreso o a una de las Cámaras Legislativas.

##### a. *Controles previos ejercidos por las Cámaras en sesión conjunta*

Las Cámaras legislativas, en sesión conjunta, deben autorizar previamente los créditos adicionales al presupuesto (art. 227) que decreta el presidente de la República (art. 190, ord. 14). y las Cámaras en sesión conjunta deben autorizar el otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos u otros recursos naturales que determine la ley (art. 126) por parte del Ejecutivo nacional.

b. *Controles previos ejercidos por el Senado*

Corresponde al Senado, conforme a lo previsto en el artículo 150 de la Constitución, autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación (Ord. 2°); autorizar a los funcionarios o empleados públicos para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros (Ord. 3°); autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior (Ord. 4°); autorizar el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas (Ord. 5°); autorizar al Presidente de la República para salir del país (Ord. 6); autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los jefes de misiones diplomáticas permanentes (Ord. 7°); y autorizar el enjuiciamiento del Presidente de la República (Ord. 8°).

2. *Controles de carácter posterior*

La Constitución prevé, además, controles parlamentarios sobre la Administración Pública de carácter posterior, es decir, que se producen con posterioridad a la adopción de una decisión del Ejecutivo Nacional. Estos controles pueden realizarse mediante ley o mediante actos parlamentarios sin forma de ley, y pueden ser el resultado de una investigación realizada por las Cámaras o sus Comisiones.

A. *Controles posteriores mediante ley*

La Constitución en general, prevé controles parlamentarios por vía de ley, con carácter previo en las mencionadas materias presupuestarias y financieras. Excepcionalmente prevé un control posterior por ley en caso de los Tratados o Convenios Internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, los cuales deben ser aprobados mediante ley para que tengan validez (art. 128).

B. *Controles posteriores mediante actos parlamentarios sin forma de ley*

Además, la Constitución prevé algunas modalidades de control posterior del Congreso y de las Cámaras Legislativas sobre la Administración de particular importancia, las cuales corresponden o al Congreso o a la Cámara de Diputados.

a. *Controles posteriores ejercidos por el Congreso*

Conforme al artículo 126 de la Constitución, corresponde al Congreso la aprobación de los contratos de interés nacional que celebren las autoridades públicas. Además, los Decretos que declaren el estado de emergencia u ordenen la restricción o suspensión de las garantías constitucionales deben someterse a la consideración de las Cámaras en sesión conjunta (art. 242). Las Cámaras pueden revocar el Decreto de restricción o suspensión de garantías cuando estimen que cesaron las causas que lo motivaron (art. 243).

Asimismo, las medidas que adopte el Ejecutivo Nacional y que considere indispensables para evitar que se produzcan inminentes trastornos del orden público, conforme a lo previsto en el artículo 244 de la Constitución, deben ser sometidas a la consideración del Congreso, el cual puede declararlas no justificadas, en cuyo caso, cesarían de inmediato.

Por otra parte, de acuerdo a la Constitución, el Presidente y los Ministros deben presentar a las Cámaras reunidas en sesión conjunta respectivamente, un mensaje (art. 191) y unas Memorias y Cuentas (art. 197) sobre la gestión correspondiente al año inmediatamente anterior.

Las Cámaras Legislativas pueden adoptar “pronunciamientos” sobre las Memorias y Cuentas de los Ministros (Art. 198), lo cual no libera de responsabilidad a los Ministros por los actos del respectivo Despacho.

b. *Controles posteriores ejercidos por la Cámara de Diputados*

En particular, la Cámara de Diputados tiene atribución para “dar voto de censura a los Ministros”, la cual puede decidir, por las dos terceras partes de los Diputados presentes, que el voto de censura acarrea la remoción del Ministro (art. 153, ord. 2). La Cámara de Diputados en ejercicio de esta función de control, puede apreciar la responsabilidad penal de los Ministros, y tal como lo dice la Constitución, “ordenar su enjuiciamiento” (art. 153, ord 2).

c. *Controles posteriores ejercidos por el Senado*

El Senado debe ratificar los convenios entre Estados y entre éstos y el Distrito Federal y los territorios o dependencias federales sobre cesión o modificaciones de territorios o de límites (art. 10).

C. *Controles posteriores mediante interpelaciones*

De acuerdo a lo previsto en el artículo 199 de la Constitución, los ministros están obligados a concurrir a las Cámaras legislativas o sus comisiones «cuando sean llamados a informar o a contestar las interpelaciones que se les hagan». Las Cámaras legislativas o sus comisiones en esta forma pueden, mediante la solicitud de informaciones, conocer la exactitud de hechos o actos administrativos. Además, en los casos de interpelaciones pueden valorar la política ministerial y adoptar decisiones sobre la responsabilidad de los ministros, por lo que se configuran en auténticos medios de control político de la actividad ministerial. Por ello, en general, la interpelación a los ministros se reserva a las Cámaras legislativas, tal como la regulan sus reglamentos internos y de debates.

D. *Controles posteriores de carácter investigativo*

En virtud de las potestades de control sobre la Administración Pública que tiene el Congreso conforme a la Constitución, el artículo 160 del texto fundamental prevé la potestad investigativa de las Cámaras Legislativas

Este artículo, en efecto, dispone lo siguiente-.

«Art. 160. Los cuerpos legislativos o sus comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes, en conformidad con el reglamento.

Todos los funcionarios de la Administración Pública y de los institutos autónomos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante ellos y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Esta obligación incumbe también a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución establece.

En todo caso, se notificará al interesado el objeto de su citación con cuarenta y ocho horas de anticipación, cuando menos.»

Además, el artículo 198 reitera la potestad de control parlamentario de carácter investigativo y de examen de los actos de los Ministerios de los cuales se dé cuenta en la Memoria y Cuenta de los Ministerios.

Estas normas constitucionales, relativas al ejercicio del control investigativo de las Cámaras Legislativas consagran una potestades de control muy amplias, pues queda a la apreciación discrecional de las Cámaras, las investigaciones que decidan realizar, y para ello tienen los más amplios poderes de citación de funcionarios y particulares (arts. 160 y 199); de evacuación de pruebas a través de los jueces, quienes están en la obligación de cumplir la comisión de las Cámaras o sus Comisiones (art. 161) y de obtener informes de la Contraloría cuando el Congreso se los solicite (art. 162). En ejercicio de estas facultades investigativas, las Cámaras o sus Comisiones pueden constatar y apreciar la responsabilidad de los funcionarios públicos pero sin consecuencias jurídicas concretas. Para hacerlas efectivas, en efecto, se requiere el envío de los recaudos al Ministerio Público (art. 220, ord. 5) por lo que tal declaratoria no tiene efectos condenatorios, sino meramente políticos.

Por ello, el propio artículo 161 de la Constitución señala que el ejercicio de la facultad de investigación a que se refiere el artículo 160 “no afecta las atribuciones que correspondan al Poder Judicial de acuerdo con esta Constitución y las leyes”.

#### IV. LOS CONTROLES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DISTINTOS AL CONTROL PARLAMENTARIO

La Administración Pública puede ser controlada, además de por el Parlamento, por otros órganos del Estado, y particularmente, por los órganos del Poder Judicial y por los órganos administrativos que gozan de autonomía funcional. Estos órganos también pueden constatar y declarar la responsabilidad del Estado o de los funcionarios públicos, según los casos.

##### 1. *El control de la Administración Pública por los órganos del Poder Judicial*

Los Tribunales de la República pueden controlar la Administración Pública y sus funcionarios, por razones de ilegalidad o declarando la responsabilidad tanto de la Administración como de los funcionarios.

En efecto, como hemos señalado, 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; al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en *responsabilidad de la Administración*, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (art. 206).

En cuanto a la responsabilidad de carácter civil o penal de los funcionarios públicos, los jueces de la jurisdicción civil o penal tienen competencia para declararla, y para, en base a ello, hacerla efectiva, condenando a los funcionarios mediante sentencias, a las cuales la legislación les ha atribuido efectos particulares efectos particulares.

##### 2. *El control de la Administración Pública por los órganos con autonomía funcional*

###### A. *La Contraloría General de la República*

De acuerdo con el artículo 234 de la Constitución, la Contraloría General de la República ejerce el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Se trata de un órgano con autonomía funcional en el sentido de que no depende de ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, aun cuando su titular sea designado por las Cámaras legislativas en sesión conjunta (art. 236 y 238).

En el ejercicio de sus funciones la Contraloría General de la República puede dictar un auto de responsabilidad administrativa respecto de los funcionarios públicos y puede formularles reparos en cuanto a las cuentas que tienen que rendir, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (arts. 34, 35, 50 a 55, 82 y 84). Si de las averiguaciones administrativas realizadas por la Contraloría surgiesen indicios

de responsabilidad civil o penal, se debe enviar el expediente a las autoridades competentes para que éstas la hagan efectiva (art. 86 de la Ley Orgánica). En esta forma, además de apreciar y declarar la responsabilidad administrativa, la Contraloría puede apreciar la responsabilidad civil y penal y exigir al Ministerio Público que la haga efectiva.

#### B. *La Fiscalía General de la República*

El Ministerio Público, a cargo de la Fiscalía General de la República, tiene como atribución velar por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes (art. 218), y en relación a la Administración Pública, además, tiene entre sus atribuciones (art. 220) el velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales (ord. 1°); ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o perseguirla no fuere necesario instancias de parte (ord. 3°); velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión (ord. 4°), e intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones (ord. 5°).

Conforme a estas atribuciones, la Fiscalía General de la República puede constatar y declarar la responsabilidad administrativa, civil o penal de los funcionarios y, en consecuencia, intentar las acciones respectivas para hacerlas efectivas. Este órgano, también previsto en la Constitución, tiene autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones en el sentido de que no está sujeto a órdenes o indicaciones de ninguno de los tres poderes clásicos del Estado. Su titular, el fiscal general de la República, también es designado por las Cámaras legislativas en sesión conjunta (art. 219).

#### C. *La Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito*

Aun cuando no se trata de un órgano de rango constitucional, la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito ha sido configurada como un órgano con autonomía funcional para ejercer el control de los funcionarios públicos en el campo del enriquecimiento ilícito. Este organismo también constata, aprecia y declara la responsabilidad penal de los funcionarios públicos incurso en los delitos previstos en los artículos 195, 196, 198, 199 y 209 del Código Penal y debe remitir los recaudos al Ministerio Público a los efectos de que se intente la acción penal (art. 20 de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos). Es clara la ley en señalar además que «las averiguaciones practicadas por la Comisión investigadora no impiden ni menoscaban la competencia del contralor general de la República y de los tribunales penales sobre los hechos que están conociendo y en ningún caso podrán ser opuestas a aquéllas como cuestión prejudicial» (art. 23 de la ley). Además, se prevé expresamente que «las decisiones de la Comisión investigadora no constituyen cosa juzgada, pero los

funcionarios fiscales o judiciales encargados de decidir en definitiva podrán atribuirles fuerza probatoria a las diligencias que haya practicado aquélla» (art. 24 de la ley).

## **V. ÁMBITO Y EFECTOS DE LA POTESTAD PARLAMENTARIA DE CONTROL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Tal como se ha señalado anteriormente, las modalidades de control sobre la Administración Pública son muy variadas como consecuencia de la consagración del Estado de Derecho y de la responsabilidad, tanto de la Administración como de los funcionarios públicos. Todos los órganos estatales a los cuales se atribuyen potestades de control, necesariamente, tienen que apreciar y declarar la responsabilidad de los funcionarios públicos, aun cuando tal declaratoria tenga variados y diferentes efectos. Insistimos, no tendría sentido controlar sin poder apreciar la responsabilidad. Así como la consagración de un Estado responsable, de una administración responsable y de unos funcionarios responsables como garantía del Estado de Derecho da origen a las potestades de control, asimismo no tendría sentido el que ciertos órganos estatales puedan controlar a la Administración sin poder apreciar y declarar la responsabilidad en la cual, el Estado o los funcionarios hubiesen incurrido. El Estado como tal, por supuesto, sólo podría ser declarado responsable civilmente por los órganos jurisdiccionales; en cambio, los funcionarios públicos podrían ser declarados política, civil, penal y administrativamente responsables por variados órganos estatales, aun cuando sólo los Tribunales podrían condenarlos.

Ahora bien, y concretándonos al control parlamentario sobre la Administración Pública, las Cámaras legislativas, al poder controlar la actuación de sus funcionarios, tienen competencia para apreciar y declarar la responsabilidad civil, penal y administrativa en la cual hubieren incurrido los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y aun cuando ya hubieren cesado en dicho ejercicio. He aquí el ámbito del control parlamentario. Sin embargo, por supuesto, esta declaración tiene sus efectos específicos y se pronuncia independientemente de la declaratoria de responsabilidad civil, penal y administrativa que pueda corresponder a otros órganos del Estado, particularmente los jurisdiccionales. Por supuesto, el control parlamentario no puede conducir nunca a declarar responsabilidad alguna de particulares.

Ahora bien, en cuanto a los funcionarios públicos, la responsabilidad política puede ser apreciada y declarada respecto a los funcionarios políticos (Presidente y los Ministros) y la responsabilidad penal, civil y administrativa respecto de éstos y todos los demás funcionarios públicos.

1. *La apreciación de responsabilidad penal*

En efecto, ante todo el Congreso, sus Cámaras y sus Comisiones tienen competencia para apreciar y constatar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, independientemente de que ella se haga efectiva mediante condena, por los tribunales de la jurisdicción penal. Ello se deduce de algunas normas constitucionales expresas. En efecto, cuando el Senado, por ejemplo, autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República, previa declaratoria de la Corte Suprema de Justicia de que hay mérito para ello (art. 150, ord. 8), sin duda que está apreciando y constatando una responsabilidad penal de dicho funcionario para poder autorizar dicho enjuiciamiento por los Tribunales penales. Asimismo, cuando la Cámara de Diputados decide un voto de censura a un Ministro y ordena su enjuiciamiento (art. 153, ord. 22), sin duda que está apreciando la responsabilidad penal de dicho funcionario, para poder ordenar ese enjuiciamiento por los Tribunales penales.

Por otra parte, como resultado de una investigación parlamentaria (art. 160), el Congreso, sus Cámaras Legislativas o sus Comisiones pueden también apreciar y constatar la responsabilidad penal de los funcionarios, aun cuando en ninguno de esos casos los órganos legislativos pueden “condenar” plenamente al cumplimiento de penas y sanciones.

En efecto, en todos estos casos, los órganos legislativos pueden apreciar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, pero esa apreciación, de sólo valor político, no tiene efecto condenatorio. La condena penal es una potestad del Poder Judicial, y sólo los Tribunales pueden pronunciarla. Por ello expresamente el artículo 161 de la Constitución establece, que “el ejercicio de la facultad de investigación a que se refiere el artículo anterior (art. 160), no afecta las atribuciones que correspondan al Poder Judicial de acuerdo con esta Constitución y las leyes”.

Por tanto, la declaratoria de responsabilidad penal de los funcionarios públicos puede pronunciarse por los órganos legislativos como manifestación del control parlamentario, como declaración política, aun cuando no tenga dicha declaratoria efectos de condena. La condena penal al cumplimiento de penas y sanciones establecidas en las leyes es potestad exclusiva de los Tribunales y aquella declaratoria de responsabilidad penal pronunciada por el órgano político no tiene efectos condenatorios ni menoscaba las atribuciones de los jueces penales.

2. *La apreciación de responsabilidad civil*

Con fundamento en las mismas normas constitucionales citadas, el Congreso, sus Cámaras Legislativas y sus Comisiones pueden apreciar y constatar la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. Así, cuando el Senado autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República, por una responsabilidad civil (daños causados a la Administración, enriquecimiento



ilícito, etc.), tiene que apreciarla y constatarla; y cuando la Cámara de Diputados ordena el enjuiciamiento de un Ministro, por una responsabilidad civil, tiene también, que apreciarla y constatarla. Lo mismo resulta de las funciones de investigación de las Cámaras Legislativas y sus comisiones; éstas pueden apreciar y constatar la responsabilidad civil en que hubieren incurrido los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por los daños y perjuicios que hubieren causado a la Administración o por enriquecimiento ilícito.

Sin embargo, también en este caso esa declaratoria de responsabilidad civil tiene solamente efectos políticos y no tiene efectos condenatorios, lo cual es potestad de los Tribunales. Las Cámaras legislativas, al declarar la responsabilidad civil no pueden condenar al pago de sumas de dinero ni a la devolución de bienes. Ello es una potestad exclusiva de los Tribunales. De allí, de nuevo, la norma del artículo 161 de la Constitución, que establece que el ejercicio de las facultades de investigación por los órganos legislativos «no afecta las atribuciones que correspondan al poder judicial de acuerdo con esta constitución y las leyes», y, por supuesto, tampoco, afecta las atribuciones de otros órganos, como la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito.

### *3. La apreciación de responsabilidad administrativa*

Además, en ejercicio de sus potestades de control sobre la Administración Pública y sus funcionarios, las Cámaras Legislativas y sus Comisiones pueden apreciar la responsabilidad administrativa de los funcionarios por las acciones u omisiones que hubiesen realizado en el ejercicio de sus funciones.

Si algún aspecto es claro respecto del ámbito de las potestades parlamentarias de control sobre la Administración Pública, es el de la apreciación y constatación de la responsabilidad administrativa. El control investigativo, en efecto, no tendría sentido si no existiese la posibilidad de apreciar y constatar la responsabilidad administrativa de los funcionarios por las irregularidades o violaciones legales o reglamentarias que hubiesen cometido en el ejercicio de sus funciones.

También en este caso la declaratoria de responsabilidad administrativa tiene efectos políticos y carece de otros efectos legales específicos. En el ordenamiento jurídico venezolano, por ejemplo, sólo el auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República (art. 82 de su Ley Orgánica) produce la inmediata destitución del funcionario (art. 62, ord. 5º, de la Ley de Carrera Administrativa). Por ello, la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncien los órganos legislativos respecto de los funcionarios públicos se hace, sin perjuicio de las facultades de la Contraloría General de la República, como órgano que goza de autonomía funcional.

#### 4. *La declaración de responsabilidad política*

Independientemente de la potestad parlamentaria para apreciar la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios públicos, con efectos meramente políticos y sin efectos condenatorios, por supuesto, el Congreso puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos, como resultado de una disconformidad entre el órgano político-parlamentario, y el órgano político electo del Poder Ejecutivo, es decir, el Presidente de la República, así como con los órganos directos del Presidente de la República: los Ministros. Esto sucede, precisamente, con el voto de censura a los Ministros, el cual, independientemente de que conlleve la apreciación de responsabilidad civil, penal o administrativa, implica necesariamente, una declaratoria de responsabilidad política.

También, respecto del Presidente de la República puede haber esta declaratoria de responsabilidad política, cuando el Congreso manifiesta su disconformidad con la política del Poder Ejecutivo.

La declaratoria de responsabilidad política implicaría, en un sistema parlamentario, la pérdida de confianza del gobierno y su inmediata caída con la convocatoria a elecciones generales al disolverse el Parlamento. En un sistema presidencial como el nuestro, no tendría sino meros efectos políticos, eventualmente electorales, sin que esa declaratoria afecte al Gobierno.

### V. CONCLUSIONES

Tal como hemos señalado, la potestad de control que tienen ciertos órganos públicos respecto a la Administración Pública, consecuencia del Estado de Derecho, tiene su fundamento en la consagración del principio del Estado responsable, es decir, de una Administración Pública responsable y de unos funcionarios públicos responsables. Por tanto, el ejercicio de las potestades de control implica siempre la posibilidad del órgano contralor de apreciar y declarar la responsabilidad de los funcionarios públicos controlados.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no atribuye los mismos efectos a la apreciación y declaratoria de responsabilidad de los funcionarios públicos efectuada por todos los órganos de control. El legislador, en efecto, atribuye a los órganos judiciales, por ejemplo, potestades jurisdiccionales de condena, resultantes de su apreciación de la responsabilidad. Así, los tribunales penales y civiles son los únicos que pueden condenar al cumplimiento de penas o al resarcimiento de daños y perjuicios.

Sin embargo, en otros casos, los órganos de control, aun cuando pueden apreciar y declarar la responsabilidad de los funcionarios públicos, sin embargo, no pueden condenarlos. Tal sucede con el control político sobre la Administración Pública, que corresponde al Congreso. Este órgano, sus Cámaras Legislativas y Comisiones, pueden, en la forma más amplia, apreciar

y declarar la responsabilidad de los funcionarios públicos por las acciones u omisiones que hubiesen realizado en ejercicio de sus funciones, y así pueden apreciar y declarar su responsabilidad civil, penal, administrativa y política. Pero en todos estos casos, tratándose de un control político, los efectos del mismo y de la apreciación y declaración de la responsabilidad, son de carácter meramente políticos y no de carácter condenatorio.

Sin embargo, el hecho de que la apreciación y declaración de responsabilidad de los funcionarios por los órganos políticos, como el Congreso, sus Cámaras Legislativas y sus Comisiones, no tenga efectos condenatorios, sino meramente políticos, no restringe en forma alguna las potestades de control parlamentario. El Congreso, sus Cámaras y sus Comisiones tienen la más amplia potestad de control, para lo cual pueden realizar las investigaciones que juzguen conveniente, las cuales pueden y, en general deben, concluir con una apreciación y declaración de responsabilidad civil, penal, administrativa o política, según los casos, de los funcionarios públicos, aun cuando la eventual condena a los mismos sólo pueda efectuarse por otros órganos del Estado, y particularmente por los Tribunales, a quienes corresponde hacerla efectiva.

Caracas, 1980

Allan-Randolph BREWER-CARÍAS

*Director del Instituto de Derecho Público  
Universidad Central de Venezuela*



## 7.

# EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA \*

en *Revista de Administración Pública*, N° 100 102, Vol. I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704.\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DENTRO DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO: 1. La distribución Vertical del Poder Público y los sujetos de derecho estables. 2. La distribución horizontal del Poder Público y la Administración pública como complejo orgánico. 3. Las personas jurídicas en el Derecho Administrativo y la interaplicación del Derecho público y privado. III. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO. IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO: 1. La actividad administrativa como actividad formal del Estado. 2. La actividad administrativa del Estado sometida al Derecho y controlable jurisdiccionalmente. 3. La *actividad* administrativa y los administrados. V. CONCLUSIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

Podría parecer extraño que un profesor de Derecho Administrativo, con más de dos décadas ininterrumpidas de docencia y de investigación, comience una conferencia como ésta, sobre el tema general del Derecho Administrativo en Venezuela, con una definición del Derecho Administrativo. Todos hemos pasado por ciclo de definir y de negar los intentos definatorios de nuestra disciplina, y todos hemos pensado, en más de una ocasión, en la posibilidad de encontrar ese criterio clave, casi mágico, para definir el Derecho

---

\* Texto de la Conferencia leída en el Primer Congreso de Derecho Administrativo Bolivariano, Cartagena, del 17 al 22 de julio de 1983.

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-100-102-enerodiciembre-1983/el-concepto-de-derecho-administrativo-en-venezuela-2>

Administrativo, que por los esfuerzos que han hecho tantos colegas en todo el mundo podría semejarse, para quien cuente la historia de la investigación en Derecho Administrativo, a la incesante búsqueda de El Dorado que motivó a muchos de nuestros conquistadores y que moldeó, más de lo que nos imaginamos, el carácter del latinoamericano.

Pues bien, heme aquí, en esta extraordinaria ciudad por donde salió todo el oro imaginable hacia Europa y que celebra los cuatrocientos cincuenta años de su fundación; en este magnífico Primer Congreso Boliviano de Derecho Administrativo que organizan nuestros colegas de esta tierra colombiana, con la cual los venezolanos estamos unidos desde la Independencia, que protagonizó Bolívar, cuyo natalicio, hace doscientos años, también conmemoramos; heme aquí, decía en el intento de exponerles, en el lapso de una conferencia, las líneas generales que caracterizan el Derecho Administrativo en Venezuela, y para ello es que precisamente he pensado que lo mejor es partir de una definición que, de entrada, les digo, renuncia la existencia de un criterio mágico, pues tengo el convencimiento de que en nuestra disciplina no existe El Dorado.

Entendemos por Derecho Administrativo aquella rama del Derecho que regula a la Administración pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma también las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de alguna actividad administrativa.

De esta definición, por supuesto, resulta claro nuestro rechazo a adoptar un criterio único para definir nuestra disciplina. No se trata de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal. Insistimos. El Dorado no existe, y no creemos que exista el criterio clave absoluto para definir el Derecho Administrativo. De allí que optemos por una definición mixta, que mezcla los diversos criterios, y ello responde a una realidad de nuestra materia: el contenido de la misma es heterogéneo y mutable. El Derecho Administrativo de hace cinco o tres décadas no es el mismo del mundo contemporáneo, y ello por una razón fundamental: el Derecho Administrativo regula una parcela fundamental de la acción del Estado, y el Estado de la década de los años treinta o cincuenta, sobre todo en nuestros países latinoamericanos, no tiene nada que ver con el Estado contemporáneo. Por ello, siendo el contenido del Derecho Administrativo heterogéneo y mutable, más podríamos encontrar un criterio único e inmutable para definirlo.

Ahora bien, en la definición que hemos dado, sin embargo, si está la clave para identificar el contenido del Derecho Administrativo, particularmente en Venezuela.

Hemos dicho que nuestra disciplina regula, en primer lugar, a la Administración pública como complejo orgánico dentro de la estructura del poder del Estado. Ello nos conduce, necesariamente, a identificar el sistema de distribución del Poder público en Venezuela, donde encontramos una de las bases fundamentales de nuestro Derecho Administrativo, distribución que por nuestra peculiar forma federal del Estado no sólo es horizontal, sino vertical. A comentar este aspecto dedicaremos la primera parte de esta conferencia.

También hemos dicho, en segundo lugar, que el Derecho Administrativo regula el ejercicio de la función administrativa, lo que nos obliga a identificar las diversas funciones del Estado como tareas esenciales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con determinadas actividades estatales. Allí está la segunda de las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela, la cual analizaremos en una segunda parte.

Además, hemos dicho que el Derecho Administrativo regula a la actividad administrativa, como una de Las actividades del Estado, que en nuestro país se realiza por todos los órganos del mismo, en ejercicio de variadas funciones. Identificar la actividad administrativa, renunciando al criterio orgánico, pues no sólo es la resultante de la actuación de la Administración pública, y renunciando al criterio material, pues no sólo es la resultante del ejercicio de la función administrativa, es la tercera de las bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano, que trataremos en una tercera parte y que nos resulta de la definición propuesta.

Por supuesto, también hemos dicho, en cuarto lugar, que el Derecho Administrativo regula el conjunto de relaciones que se establecen entre la Administración pública y los administrados o entre los órganos estatales y éstos con motivo del ejercicio de la función administrativa o de una actividad administrativa, y ello no es otra cosa que un colorario de los tres elementos anteriores.

Esto nos conduce a identificar los sujetos de derecho que actúan en el campo del Derecho Administrativo y que pueden entrar en esa relación jurídica. En cuanto a los sujetos estatales, su identificación, en muchos países, resulta del sistema de distribución del Poder público en forma horizontal y del proceso de descentralización funcional que ha provocado la aparición en el mundo contemporáneo de entidades descentralizadas con personalidad propia, lo cual, como dijimos, estudiaremos en la primera parte, y en cuanto a los administrados, su ámbito de acción está íntimamente vinculado al ámbito de intervención del Estado y de regulación y limitación, con base constitucional de los derechos y garantías, es decir, a la actividad administrativa, la cual, como también dijimos, lo analizaremos en la tercera parte.

Por tanto, nuestra conferencia de esta tarde la dividiremos en tres partes, que corresponden a las tres bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano y que resultan de los elementos básicos de la definición que hemos formulado de nuestra disciplina.

## II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DENTRO DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO

Hemos señalado que en Venezuela se ha establecido un sistema de distribución del Poder público, en forma vertical y en forma horizontal, que está a la base de toda la Construcción del Estado y, por ende, del derecho que le es aplicable; y, por supuesto, por Poder público entendemos, en la Constitución, la potestad genérica de actuar que tienen los entes estatales y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular.

Ahora bien, la distribución vertical del Poder público en Venezuela da origen a un sistema de descentralización política-formal, derivada de la forma federal del Estado, y la distribución horizontal del Poder público da origen a la separación orgánica de los poderes, siguiendo los criterios clásicos del constitucionalismo moderno. Veamos qué implicaciones tienen estos dos sistemas en nuestro Derecho Administrativo.

### 1. *La distribución vertical del Poder público y los sujetos de derecho estatales*

Conforme a nuestra Constitución, en sentido vertical, el Poder público tiene tres ramas: el Poder nacional, el Poder de los Estados y el Poder municipal, que se distribuye en un conjunto de tres niveles de personas jurídicas de derecho público estatales, que son: a nivel nacional, la República; a nivel estatal, los Estados que forman la Federación, más las otras entidades políticas federales, como el Distrito federal o los Territorios o dependencias federales, y a nivel municipal, los Municipios, como división político-territorial de los Estados.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en nuestro Derecho Administrativo, en Venezuela no existe una sola Administración pública, como complejo orgánico, ni pueden las Administraciones públicas, como tales, ser personas jurídicas. En efecto, hemos dicho tenemos tres niveles político-territoriales, que son la República, los Estados y los Municipios. Por eso, definitivamente, la Administración pública en Venezuela, en los tres niveles territoriales, se muestra como subordinada a la instancia político-territorial-estatal respectiva. Así, cada una de estas instancias político-territoriales tiene su Administración pública, que no pasa de ser un complejo orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico-pública a la cual pertenece.

Este solo aspecto hace inaceptable en Venezuela la conocida tesis de Eduardo García de Enterría de definir la Administración pública como persona jurídica, negándole tal carácter al propio Estado en el derecho interno, definiendo el Derecho Administrativo como el que regula la actuación de esas personas jurídicas que configuran la Administración pública. En sus propias palabras, dice: “La personificación de la Administración pública es el dato



primario y *sine quan non* del Derecho Administrativo”, y éste se identifica por ser “el Derecho de las Administraciones públicas como persona jurídica”. Debemos decir, además, que tampoco este criterio es aceptable en Venezuela, pues el Derecho Administrativo en nuestro país, como hemos dicho, si bien regula a la Administración pública como complejo orgánico, no se agota en ello. De allí que también rechazemos la conocida tesis orgánica de Fernando Garrido Falla, mediante la cual define el Derecho Administrativo como el que regula la Administración pública como complejo orgánico ubicado en el Poder ejecutivo, que el mismo ha comenzado a revisar y a abandonar después de la entrada en vigencia en España de la nueva Constitución de 1978.

En todo caso, la identificación del sistema de distribución vertical del Poder público y de las personas jurídico-públicas que lo ejercen en las tres ramas territoriales, revalorizan la teoría de la personalidad jurídica en Derecho público. No exageraremos diciendo, como lo hacía Hauriou, que “la teoría de la personalidad comprende todo, explica todo, organiza todo”, pero sí diremos que es una pieza clave en la identificación del Derecho Administrativo en nuestro país.

## 2. *La distribución horizontal del Poder público y la Administración pública como complejo orgánico*

Pero además del sistema de distribución vertical del Poder en tres niveles territoriales, la Constitución establece un sistema de distribución horizontal del Poder público, que sigue las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada uno de los niveles territoriales, nacional, estatal y municipal, el Poder público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar. En el nivel nacional se distinguen tres ramas del Poder público: el Poder legislativo nacional, el Poder ejecutivo nacional y el Poder judicial, correspondiendo su ejercicio a tres complejos orgánicos diferenciados y separados: las Cámaras legislativas; el Presidente, sus Ministros y el resto de la Administración pública, y la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales, respectivamente. Estos tres conjuntos orgánicos se encuentran separados, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales específicas. La Administración pública, como complejo orgánico, se encuentra ubicada, en principio, en el denominado Ejecutivo nacional, que conforma los órganos estatales que ejercen el Poder ejecutivo nacional.

Pero no sólo la Administración pública está integrada al Poder ejecutivo en Venezuela, y he aquí la primera disidencia contemporánea respecto de la teoría clásica de la separación de poderes: a nivel nacional, sobre todo a partir de 1961, han comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que configuran también parte de la organización administrativa y de la Administración pública como complejo orgánico, pero que no dependen del Ejecutivo nacional ni están subordinadas a ninguno de

los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado: el legislativo, el ejecutivo o el judicial. Se trata de órganos con autonomía funcional, que también son órganos de la República, como persona político-territorial nacional y que son: el Ministerio Público, en particular; la denominada Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura, y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, en el Derecho venezolano, éstos son órganos que forman la Administración pública, regulados por Derecho Administrativo, aun cuando no forman parte del Ejecutivo nacional ni tengan personalidad jurídica propia. Por ello, el rechazo a la tesis orgánica y personalista para la definición de nuestra disciplina.

Pero decíamos que la separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no sólo se daba en el nivel nacional, sino también en el nivel estatal e inclusive en el municipal. En los Estados de la Federación, en efecto, se distinguen dos complejos orgánicos que ejercen el Poder legislativo y el Poder ejecutivo, conformados por las Asambleas Legislativas que existen en los Estados y por sus gobernadores, por lo que la Administración pública estatal está integrada, en principio, en las Gobernaciones de Estado, a las cuales hay que agregar otros órganos, como las Contralorías estatales, que en ese nivel tienen autonomía funcional. No existe un Poder judicial ni a nivel estatal ni a nivel municipal, a pesar de la forma federal, pues desde 1945 la Justicia puede decirse que fue nacionalizada en nuestro país.

Por último, en el nivel municipal, en general en Venezuela no ha habido una separación orgánica de poderes, y ejercen los poderes legislativos y ejecutivos locales los Concejos Municipales, como órganos colegiados en los cuales se mezclan, inconvenientemente, las tareas de legislar, gobernar, administrar y deliberar a nivel local. Quizá sólo ha sido en el Distrito federal donde se ha establecido en forma imperfecta un sistema de separación orgánica de poderes entre el Concejo Municipal del Distrito Federal y el Gobernador, que ahora está en vías de reforma, como todo el régimen local para, entre otros aspectos, separar orgánicamente los poderes legislativos de los ejecutivos municipales, entre un Concejo y un Alcalde, figura desaparecida entre nosotros desde la misma época de la Independencia. En todo caso, a nivel municipal, la Administración pública, como complejo orgánico, está en la actualidad, en principio, en los propios Concejos municipales, a los cuales hay que agregar las contralorías municipales, que también son órganos municipales, pero con autonomía funcional.

En todo caso, del principio de la distribución horizontal del Poder resulta que en Venezuela hay Administradores, como complejos orgánicos separados a nivel nacional y a nivel estatal e indiferenciada a nivel municipal.

El Derecho Administrativo regula, sin duda, esas Administraciones públicas, pero, por supuesto, como hemos dicho, no se reduce a ello, además de que también, por supuesto, no todo el Derecho que se aplica a la Administración pública es Derecho Administrativo.

3. *Las personas jurídicas en el Derecho Administrativo y la inter-aplicación del Derecho público y privado.*

En esta forma, aquella clásica ecuación del Derecho Administrativo de principios de siglo: Persona pública, Derecho público, Persona privada y Derecho privado, quedó en la historia bibliográfica del Derecho Administrativo, precisamente por los dos elementos que hemos destacado: La Administración pública es un complejo orgánico de determinadas personas político-territoriales, conforme a nuestro peculiar sistema de distribución vertical y horizontal del Poder, que se rige por el Derecho Administrativo, aun cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

Esto nos conduce, de nuevo, a retomar el problema de la personalidad jurídica en el Derecho Administrativo y rechaza una vieja y confusa noción: la de persona pública como categoría supuestamente contrapuesta a las personas privadas.

En efecto, un dato es evidente en la Administración contemporánea: además de las personas político-territoriales mencionadas, se han venido creando, en virtud de autorización constitucional y legal, diversas personas jurídicas como medios para descentralizar servicios y actividades estatales. Ha surgido así ese museo viviente de entidades descentralizadas, compuestas por institutos o entes autónomos y empresas del Estado, que configuran quizá el signo más característico de las Administraciones contemporáneas.

Todos estos entes son sujetos de derecho, al igual que las personas constituidas por particulares. Sin embargo, ¿podría decirse que ellas, por pertenecer al ámbito de lo público, “son personas públicas” que podemos contraponer a las “personas privadas”, que serían las creadas por los particulares? Evidentemente que no. Ante el universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, esa distinción clásica entre personas públicas y personas privadas es totalmente insuficiente y carente de contenido, y tanto el proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista, como la privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, han provocado su obsolencia.

Hoy por hoy, y ello es así en Venezuela, no se puede establecer la distinción entre los sujetos de Derecho, entre personas públicas y personas privadas, según un pretendido régimen jurídico que les es aplicable, imposible de aprehender en un mundo de interaplicación permanente del Derecho público y del Derecho privado a los diversos sujetos de Derecho, conforme al cual ni el Derecho privado se aplica sólo a los particulares, ni el Derecho Administrativo es el cuerpo normativo de las entidades estatales.

En sustitución de esa dicotomía inexistente, en cambio, surgen dos criterios de distinción paralelos, que en nuestro país se aplican para distinguir los sujetos de derecho: en primer lugar, según la forma jurídica adoptada por el ente concreto se distinguen las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado: las primeras, creadas por la Constitución o la ley o en virtud expresa de una disposición legislativa, que las hace partícipes también del Poder público, y las personas jurídicas de derecho privado, constituidas por medios autorizados en los Código Civil o de Comercio, aun cuando los socios o fundadores sean entes estatales, y, en segundo lugar, según la integración de los sujetos a la organización general de la Administración del Estado, se distinguen las personas estatales y las no estatales, pudiendo ser ambas categorías, indistintamente, entidades de derecho público o de derecho privado.

Como consecuencia de ello, frente a una persona jurídica determinada, en el Derecho Administrativo venezolano dos son las preguntas que nos formulamos: ¿Está o no integrada a la estructura general de la Administración del Estado y en qué forma?, es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal? y, además, ¿qué forma jurídica reviste la entidad?, ¿tiene una forma jurídica del derecho privado o es creada por el legislador?

Las respuestas a estas preguntas, sin duda, dan una serie de datos que contribuyen a construir, en concreto, las modalidades de su régimen jurídico y la preponderancia o no del Derecho Administrativo en el mismo, sin que éste, en caso alguno, sea el régimen exclusivo de algún sujeto de derecho estatal. Además, esas respuestas permiten que se configure como parte de la Administración pública, como objeto del Derecho Administrativo, el universo, tanto de esas personas jurídicas estatales como de las personas jurídicas con forma de derecho público.

### **III. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO**

Pero hemos dicho que el Derecho Administrativo en Venezuela, además de regular la Administración pública como complejo orgánico en todo el universo de los sujetos de derecho que hemos visto, regula también el ejercicio de la función administrativa con los diversos órganos del Estado, lo cual nos conduce a la segunda parte de nuestra exposición.

Se advierte, de entrada, que hemos dicho propiamente que la función administrativa se ejerce por los diversos órganos del Estado, y no sólo por los órganos ejecutivos o por las Administraciones públicas. Y he aquí otra disidencia del Derecho administrativo venezolano respecto de las fórmulas teóricas derivadas de la interpretación extrema de la separación de poderes que la han convertido en una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales al aparato estatal, que le dan razón de ser que no pueden ejercerse sino en virtud de la potestad constitucional que se identifica con el Poder público y se pueden clasificar en cuatro: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función legislativa; la conducción política de la sociedad, que es la función de gobierno; la solución de conflictos entre partes, que es la función jurisdiccional, y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de derecho que se relaciona con los administrados, que es la función administrativa.

Estas cuatro funciones estatales se ejercen, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, por los tres grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el Poder público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal o, si se quiere, de alguno de los tres. “Poderes”. Así, las Cámaras legislativas ejercen función propia la función legislativa, pero ello ni es exclusivo ni es excluyente: primero, porque también ejercen la función legislativa los órganos ejecutivos y judiciales cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque las propias Cámaras legislativas ejercen, además, funciones administrativas y de gobierno, cuando, por ejemplo, administran su personal o su presupuesto o nacionalizan un sector de la economía, respectivamente.

Por su parte, los órganos del Ejecutivo nacional ejercen la función de gobierno y, en general, la Administración pública ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo ni excluyente: primero, en cuanto a la función administrativa, ésta se ejerce por las Cámaras legislativas, como se ha dicho y aun mediante leyes concretas, y por los tribunales cuando administran su personal y su presupuesto; y segundo, porque los propios órganos de la Administración ejercen funciones jurisdiccionales, toda vez que, por ejemplo, en el caso de autorizaciones administrativas, deban resolver conflictos entre partes interesadas o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos y ejercen funciones legislativas al desarrollar la potestad reglamentaria.

Por último, los Tribunales, como función propia, desarrollan la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo ni excluyente: primero, porque, como se dijo, también ejercen la función jurisdiccional los órganos de la Administración pública, y segundo, porque, también como se dijo, los propios Tribunales ejercen en funciones legislativas y administrativas cuando dictan cuerpos reglamentarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por tanto, en Venezuela no coincide la separación de poderes con una pretendida separación de funciones y, al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales. En esta forma,

el Derecho Administrativo no sólo regula a la Administración pública, como complejo orgánico y, por supuesto, al ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional por los órganos de las Administraciones públicas, sino que también regula el ejercicio de la función administrativa, así sea por los órganos del Poder legislativo y del Poder judicial. Contrastando con esta posición del Derecho Administrativo venezolano, la tesis orgánica, tan difundida por tantos tratadistas, ha tratado siempre de ignorar, ocultar o no darles importancia a estas funciones administrativas ejercidas por órganos legislativos o judiciales o ha tratado de convertir en “administrativas” las funciones legislativas o jurisdiccionales ejercidas por los órganos de la Administración pública. Ello, sin embargo, a lo que ha conducido es a confundir y a desnaturalizar conceptos reduciendo la teoría a la práctica, por lo cual ha comenzado ahora a ser abandonada por sus destacados propulsores.

En todo caso, de lo dicho hasta ahora resulta claro que en la estructuración del Estado de Venezuela no hay coincidencia entre órgano y función, pero, aún más interesante, tampoco hay coincidencia entre función y acto estatal. Por ello, rechazamos la fácil y clásica ecuación: órgano administrativo-función administrativa y acto administrativo, pues la actividad administrativa en Venezuela ni está reservada a los órganos administrativos ni es el resultado del solo ejercicio de la función administrativa.

#### **IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO**

Esto nos conduce a la tercera parte de nuestra exposición sobre la actividad administrativa dentro de las actividades del Estado, pues el Derecho Administrativo, como dijimos, además de regular a la Administración pública como complejo orgánico y el ejercicio de la función administrativa de los diversos órganos del Estado, regula también a la actividad administrativa. Por supuesto, la actividad administrativa puede tener dos connotaciones, ambas fundamentales para entender el Derecho Administrativo, una formal y otra material, por lo que me referiré a ambas, conforme al Derecho venezolano.

##### *1. La actividad administrativa como actividad formal del Estado*

Desde el punto de vista formal, la actividad administrativa, como conjunto de actos jurídicos, es el resultado del ejercicio de las diversas funciones del Estado por los diversos órganos del Estado, y para identificarlas no puede seguirse un único criterio, sino la mezcla de los mismos, lo cual, en Venezuela, contrasta con la definición de las otras actividades estatales, las cuales constitucionalmente tienen una connotación orgánica y formal.

En efecto, los actos legislativos son las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos), y son formalmente definidos en la Constitución como emanados de las Cámaras legislativas; los actos del gobierno son los dictados por el Presidente de la República en ejercicio de

atribuciones constitucionales, y en ellos se incluyen los Decretos-leyes. En ambos casos, la noción del acto legislativo y del acto de gobierno es orgánica y formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico de ser actos dictados en ejecución directa de la Constitución.

El acto judicial, la sentencia, en el ordenamiento jurídico venezolano, se define también por el elemento orgánico y el formal: es un acto que sólo puede emanar de los tribunales, y tiene una fuerza definida en el ordenamiento derivado del valor de cosa juzgada, siendo siempre de carácter sublegal, es decir, dictado en ejecución directa de la ley e indirecta de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales, y en ningún caso existen criterios materiales o derivados de la función que se ejerce. La razón jurídica es evidente: esos actos tienen una determinada homogeneidad derivada del carácter de garantía formal en su emisión que establece el ordenamiento jurídico.

En cambio, en la definición del acto administrativo, en Venezuela nada de lo anterior sucede en esta forma matemática, pues éste no se puede identificar ni orgánicamente ni funcionalmente: es dictado por los tres grupos de órganos estatales y en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por el Ejecutivo nacional o los tribunales en ejercicio de la función legislativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por el Ejecutivo nacional, los Tribunales o las Cámaras legislativas en ejercicio de la función administrativa, o un acto derivado por el propio Ejecutivo nacional, en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado el heterogéneo de los mismos: se emplea el criterio orgánico al identificar como actos administrativos los actos de la Administración pública en ejercicio de todas las funciones legislativa, jurisdiccional o administrativa; se utiliza el criterio material al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativas y legislativas y los actos dictados por las Cámaras legislativas en ejercicio de funciones administrativas, y, en todo caso, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución, y he aquí el tercer criterio que se utiliza: el formal.

2. *La actividad administrativa del Estado sometida al Derecho y controlable jurisdiccionalmente*

Esta forma de enfocar la definición del acto administrativo, clave en la misma noción del Derecho Administrativo, nos conduce directamente a otra de las bases fundamentales del Derecho administrativo venezolano: todos los actos estatales están sometidos al Derecho y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad.

En efecto, el sistema jurídico venezolano puede decirse que es un sistema cerrado de control jurisdiccional, conforme al cual ningún acto estatal escapa al control de la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de aquéllos. Así, los actos de ejecución directa en la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno están sometidos al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, en pleno, por la vía de la acción popular y que corresponde a todos los habitantes del país en cualquier tiempo.

En cuanto a las sentencias, éstas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las Salas de Casación Civil y de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, éstos están sometidos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, que corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa; a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo; a ocho Tribunales Superiores Regionales en lo Contencioso-Administrativo y a Tribunales especiales contencioso-administrativos, como los Tribunales del Impuesto sobre la Renta y el Tribunal de la Carrera Administrativa. Estos órganos judiciales forman parte del Poder judicial, por lo que queda claro que para haber jurisdicción contencioso-administrativa en un país no es necesario ni establecer un Consejo de Estado ni crear una jurisdicción administrativa separada de la judicial.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso-administrativo en Venezuela, ejercido así por un cuerpo de tribunales especializados en la materia, es que el mismo se realiza sobre todos los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados de los órganos de la Administración pública, de los órganos legislativos o de los tribunales.

Pero al referirnos a la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela debemos establecer su relación con el Derecho Administrativo para proclamar que, afortunadamente, nuestro país no fue tributario de la influencia francesa en cuanto a definir el Derecho Administrativo a los solos efectos del control jurisdiccional, pues consideramos que es un auténtico desenfoco el identificar el problema teórico de la definición del Derecho Administrativo con el práctico de delimitar la competencia del juez administrativo.



En efecto, la repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, como sabemos, ha sido un factor clave en el nacimiento y desarrollo del Derecho Administrativo y, en definitiva, ha sido la justificación de la propia disciplina, y ello en virtud de la peculiarísima dicotomía jurisdiccional, que distingue una jurisdicción administrativa de una jurisdicción judicial. Pero ello, como hemos dicho, no sucedió así en Venezuela, como tampoco sucedió en la generalidad de los países de América Latina. Insistimos: en nuestro país el Poder judicial es uno y único, y tiene a su cargo el monopolio de la actividad judicial y del control de la legalidad de los actos administrativos, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa, que en nuestro país tiene rango constitucional, es parte del Poder judicial.

Por tanto, no existiendo dicotomía jurisdiccional, el Derecho Administrativo no se define según la competencia de determinados órganos judiciales. No hay que olvidar, sin embargo, que esta postura, sobre todo en Francia, originó la teoría del Derecho Administrativo y, materialmente, todos los países latinos hemos sido tributarios de las concepciones teóricas y de los criterios de las doctrinas y jurisprudencias francesas. Sin embargo, en general, no lo hemos sido respecto de las justificaciones prácticas y pragmáticas, motivadas por la repartición de competencias, por no existir dicha dicotomía. Ello ha provocado que al recibir la influencia teórica sin las justificaciones prácticas surgieran instituciones que no encajaban totalmente en nuestras realidades. De allí que la madurez del Derecho Administrativo en nuestros países comienza a observarse en la tendencia que apreciamos de abandonar tantas teorías y concepciones basadas en situaciones de origen administrativo, circunstancial por lo demás, y de estructurar nuestras propias concepciones. Como lo afirmamos en la conferencia que sobre “La evolución del concepto de contrato administrativo” pronunciamos en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de Bogotá, en 1978, “no se trata innovar por innovar, sino de sustantivar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países para dejar de importar”. Con base a ello, por ejemplo, concluíamos en la tesis de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración, que nosotros mismos hace veinte años propugnábamos en Venezuela. Al contrario, pensamos que los segundos no existen, pues toda la actividad de la Administración pública es administrativa, y, como señalamos, está sometida a un régimen mixto de derecho público y derecho privado. La preponderancia de una y otro y su utilización regular es lo que adquiere ahora importancia, tanto en la institución contractual de la Administración como, en general, en relación a todo el régimen jurídico de los sujetos de Derecho Administrativo y de su actividad.

## *2. La actividad administrativa y los administrados*

Pero además de tener una connotación formal y manifestarse en actos administrativos o en contratos, la actividad administrativa se nos presenta

también con una connotación material al identificar un conjunto de actuaciones del Estado que, en general, inciden en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el Derecho Administrativo, además de regular a la Administración pública, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre los entes públicos y los administrados, resultantes de la gestión del interés público que, en concreto, éstos aumentan.

En estas relaciones está otro de los elementos claves de nuestro Derecho Administrativo y que además puede decirse que es el signo del Derecho Administrativo contemporáneo: el equilibrio que busca establecer nuestra disciplina entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos de los particulares, lo cual plantea unas especiales exigencias dado el régimen democrático que existe en nuestro país.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que consagra la Constitución de 1961, cuya formulación está a la altura de las declaraciones universales de los Derechos Humanos, corresponde al Derecho Administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, dando origen así a las diversas formas de actividad administrativa, que se identifican en nuestro país y que responden a las clásicas formas de policía, fomento, servicio público y gestión económica.

La primera, la actividad de policía, resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta como el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia no es más que la obligación prestacional impuesta al Estado, consecuencia directa de algún derecho a prestaciones previsto constitucional o legalmente, y la cuarta de esas formas, la actividad de gestión, en un proceso creciente de intervencionismo, estatal, es el resultado de la acción del Estado como ordenador y regulador de la economía y como partícipe directo de la propiedad de los medios de producción, propia de un sistema político de economía mixta como el establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues, en definitiva, aquélla se concreta en una regulación, limitación, estímulo o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa en nuestro país, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el Derecho Administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

## V. CONCLUSIÓN

Hemos pretendido hacer una muy apretada síntesis del Derecho Administrativo venezolano, partiendo de una definición de nuestra disciplina y de las implicaciones que ella conlleva. Estas consideraciones, lo sé muy bien, son sin duda polémicas, pues tocan a la vez dogmas y tesis tradicionales, sobre las cuales muchos de nosotros hemos levantado los cimientos de nuestra propia forma de concebir esta disciplina.

No es fácil, a veces, reconocer que los cimientos, o al menos parte de ellos, están fallos, sobre todo porque todo esfuerzo de revisión implica autocríticas. Pero es nuestra responsabilidad, precisamente por haber dedicado ya tantos años al estudio de las instituciones del Derecho Administrativo, hacérsela de vez en cuando, lo que a la vez no es sino un signo de madurez.

Por ello, para concluir, me parece oportuno comentar un trabajo reciente del profesor Fernando Garrido Falla, en el cual se revisan algunos criterios muy arraigados en la doctrina española y que tienen relación con lo que he expuesto anteriormente. En efecto, se trata de un estudio intitulado *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español* lo que de por sí es un título sugestivo, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid y reproducido en esta Revista y donde se revisan diversas concepciones tradicionales de nuestra disciplina.

Debo decirles que al leerlo íntegramente me reconcilié con el Derecho Administrativo español y sus autores, de quienes tanto hemos aprendido, junto con los franceses, inclusive, al separarnos de sus concepciones.

En el libro citado hay una frase que resume el problema y que Garrido formula al comentar el asunto de la personalidad. Dice: “Reducir la personalidad del Estado a la de la Administración no significa otra cosa que *reducir la teoría a la práctica*” Esto último produjo muchas distorsiones en el Derecho Administrativo español, y condujo a reducir la noción de acto administrativo a los solos emanados de la Administración pública orgánicamente considerada (su conocida tesis orgánica), lo que también podría decirse que era reducir la teoría a la práctica.

Los descubrimientos que ahora los autores españoles están haciendo, en cuanto a la reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo partiendo de la nueva Constitución española, ya los habíamos comenzado a lograr nosotros, a la luz de la Constitución venezolana de 1961, con la cual la española, sin saberlo quizá, tiene gran similitud. Estos descubrimientos los reseña Garrido y tocan los aspectos centrales que hemos tratado esta tarde.

En primer lugar, concluye afirmando que la personalidad *jurídica es del Estado* (en nuestro caso, por la estructura federal, en el ámbito nacional de la República) y ello es algo que siempre hemos sostenido. En Venezuela, como

hemos dicho, la Administración pública nunca ha tenido “personalidad”. Como el mismo Garrido lo decía en su *Tratado*: la personalidad del Estado (la República) tiene relevancia práctica normalmente cuando actúan los órganos de la Administración: cierto, pero ello no puede llevar a confundir el todo (el Estado, la República) con la parte (uno de sus órganos). Siempre hemos sostenido que el Estado (la República) es quien tiene personalidad jurídica, y la Administración pública, los Tribunales y las Cámaras legislativas son todos órganos de la República.

En segundo lugar, admite Garrido que todos los actos de los órganos del Poder público (órganos de la Administración pública y del Poder ejecutivo, Cámaras legislativas y Corte Suprema de Justicia y Tribunales) están sometidos a la legalidad y constitucionalidad y son, por tanto, controlables por la propia Corte Suprema de Justicia como órgano de control de la constitucionalidad, lo cual es algo aceptado desde siempre en nuestro país. Nunca hemos compartido la doctrina de los actos excluidos del control jurisdiccional.

En tercer lugar, acepta que todos los órganos del Poder público tienen potestad reglamentaria, lo cual hemos sostenido desde siempre por nuestro Derecho Administrativo. Así no sólo el Presidente de la República tiene potestad de reglamentar las leyes y de dictar reglamentos autónomos, sino que la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores tienen asignada la potestad reglamentaria. En cuanto a las Cámaras legislativas, además de las leyes, dictan actos parlamentarios sin forma de ley, algunos, por supuesto, de carácter reglamentario, pero de la Constitución (Reglamento Interior y de Debates, Estatutos de Personal, etc.). Todos estos actos son fiscalizables por vía de control de la constitucionalidad o legalidad, según los casos.

En cuarto lugar, admite que además de los tres clásicos Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), existen órganos estatales con autonomía funcional e, inclusive, potestad reglamentaria, como el Consejo General del Poder Judicial español, lo cual está aceptado en nuestro ordenamiento desde siempre. Así tenemos, como señalaba, no sólo el Consejo de la Judicatura, sino la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo Supremo Electoral, cuyos actos son controlables jurisdiccionalmente, sin límites, y en cuya formación se siguen las normas de la Ley orgánica de Procedimientos Administrativos.

En quinto lugar, señala que las Cámaras legislativas (Senado y Cámara de Diputados) realizan actividad administrativa, sometida al Derecho Administrativo y pueden dictar actos administrativos, inclusive controlables en vía contencioso-administrativa, lo cual hemos planteado siempre, y ello no afecta, en absoluto, la independencia del Parlamento, derivada de la separación orgánica de Poderes, de nuestro sistema constitucional.

En fin, concluye que acto administrativo es una noción clave del Derecho Administrativo, que no puede definirse orgánicamente (imputable a la Administración pública como una parcela del Poder ejecutivo), sino con una mezcla de criterios, y que, por tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de la impugnación de los actos administrativos que pueden emanar de los tribunales y de las Cámaras legislativas, además de la Administración pública, lo cual también es una tesis que hemos sostenido desde hace años, discrepando de otros autores venezolanos, quienes influenciados por la doctrina española han propugnado el criterio orgánico, ahora afortunadamente abandonado por los propios autores españoles.



## 8.

### **“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)”**

**Notas para la exposición en el Seminario del profesor Eduardo García de Enterría, Departamento de Público y Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1 de abril de 2009**

en *Revista de Administración Pública*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418.\*

**Resumen:** *Este estudio tiene por objeto analizar las actuaciones desarrolladas durante la primera década del siglo XXI por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la cual, como dócil instrumento del gobierno autoritario que asaltó el Poder Público desde 1999, lejos de afianzar el Estado de derecho, ha servido es para justificar y legitimar violaciones de la Constitución cometidas por los órganos del Estado y para efectuar, a petición del propio gobierno, ilegítimas mutaciones constitucionales.*

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-180-septiembrediciembre-2009/el-juez-constitucional-al-servicio-del-autoritarismo-y-la-ilegitima-mutacion-de-la-constitucion-el-2>

**Palabras Claves:** *Jurisdicción Constitucional; Interpretación Constitucional; Mutación Constitucional; Control de constitucionalidad; Gobierno Autoritario.*

**Summary:** *The purpose of this essay is to analyze during the first decade of the 21<sup>st</sup> century, the conduct of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of Venezuela, which as an instrument of the authoritarian government that since 1999 has assaulted all the Branches of government in the country, instead of guarantying the rule of law has served in order to justify and legitimize constitutional violations committed by State organs, and at the request of the Executive, in order to make illegitimate mutations of the Constitution.*

**Key Words:** *Constitutional Jurisdiction; Constitutional Interpretation; Constitutional Mutation; Judicial Review; Authoritarian Government.*

## INTRODUCCIÓN

El profesor Eduardo García de Enterría, en su muy conocido libro sobre *La Constitución como Norma y el Tribunal constitucional*, al hablar del Tribunal Constitucional español, lo calificó como el “comisario del poder constituyente, encargado de defender la Constitución y de velar por que todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos.”<sup>1</sup> Si las Constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país, y que sustentan la validez a todo el orden jurídico,<sup>2</sup> la solución institucional para preservar su vigencia y la libertad, está precisamente en establecer estos comisarios del poder constituyente, como guardianes de la Constitución, que al tener por misión asegurar que todos los órganos del Estado la acaten, también tienen que adaptarse a lo que el texto fundamental establece, sometiéndose a su normativa, estándole vedado mutarla.

Pero lamentablemente esta no ha sido siempre la situación con los tribunales constitucionales, y en la historia constitucional, particularmente en los autoritarismos, no ha sido infrecuente que tribunales constitucionales, dado el poder que tienen asignados, lejos de garantizar el Estado de derecho, hayan sido los instrumentos utilizados por regímenes autoritarios para demoler sus bases. Lamentablemente, eso es precisamente lo que ha ocurrido en Venezuela a la vista del mundo democrático en la última década (1999-2009); y a ello es que quisiera referirme en esta exposición.

---

<sup>1</sup> Véase E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985, p. 198.

<sup>2</sup> *Idem*, pp. 33, 39, 66, 71, 177 y 187.



En efecto, la Constitución Venezolana de 1999 fue adoptada luego de su sanción por una Asamblea Nacional Constituyente, como manifestación de la voluntad del pueblo expresada como poder constituyente originario en el referendo aprobatorio del 15 de diciembre de 1999.<sup>3</sup> El principio de la supremacía constitucional se encuentra incluso formalmente expresado en su artículo 7 (“*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*”), lo que implica que la Constitución prevalece y debe prevalecer sobre la voluntad de todos los órganos constituidos del Estado, incluyendo el Tribunal Supremo de Justicia, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario.

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, *el derecho fundamental a la supremacía constitucional*.<sup>4</sup> Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución, y además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por dicha supremacía.

La supremacía de la Constitución está asegurada mediante la previsión en el mismo texto constitucional, por una parte, de su máximo carácter rígido al disponerse la necesaria e indispensable intervención popular para efectuar cualquier cambio a la Constitución, de manera que sólo el poder constituyente originario del pueblo puede aprobar dichas modificaciones, no existiendo en el texto constitucional poder constituyente derivado alguno; y por la otra, de todo un sistema de justicia constitucional para garantizar dicha supremacía.

En cuanto al sistema institucional para la reforma de la Constitución, en el texto se distinguen tres procedimientos diferentes: la Reforma constitucional, la Enmienda constitucional y la Asamblea Nacional Constituyente. El último medio de la convocatoria por referendo de una *Asamblea Nacional*

---

<sup>3</sup> Véase sobre la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, 2 vols.

<sup>4</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)” en Manuel José Cepeda (editor), *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Editorial Temis, Bogotá 1993, pp. 21-81.

*Constituyente* está dirigido a transformar el Estado, a establecer un nuevo orden jurídico y a reformar íntegramente la Constitución (artículo 347). En cambio, en los casos de los procedimientos de “Reforma Constitucional” y de “Enmienda Constitucional,” los mismos están destinados a introducir reformas al texto sin alterar o modificar la estructura y principios fundamentales de la Constitución (arts. 340 y 342), requiriendo en todo caso, también, de la intervención del pueblo mediante la aprobación popular por referendo de las reformas.

En la Constitución, como se dijo, no se regula “poder constituyente derivado” alguno, y solo hay un “poder constituyente originario” que es el pueblo, el cual tiene que aprobar por referendo tanto la Enmienda como la Reforma Constitucional, o la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente. Es decir, en el sistema venezolano, ninguna modificación a la Constitución se puede adoptar sin aprobación popular,<sup>5</sup> y cualquier modificación de la Constitución efectuada fuera de estos tres procedimientos, es inconstitucional e ilegítima.

En cuanto al sistema de justicia constitucional, la Constitución de 1999<sup>6</sup> como consecuencia de los principios de la supremacía y de la rigidez constitucional, ha establecido todo un sistema de justicia constitucional<sup>7</sup> de

---

<sup>5</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La intervención del pueblo en la revisión constitucional en América latina”, en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 41-52.

<sup>6</sup> Véase los comentarios a la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 Tomos, Caracas 2004

<sup>7</sup> En cuanto a nuestros trabajos, véase Allan R. Brewer-Carías, *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; *Justicia Constitucional, Tomo VII, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; “La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35-44; Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la Constitución de 1999”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961; publicado también en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 255-285; “Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 99, México 2002, pp. 75-99.

carácter mixto o integral<sup>8</sup>, que combina el llamado método difuso con el método concentrado de control de constitucionalidad.

Así, la garantía de la supremacía constitucional se consagra, en primer lugar, mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334). Y, en segundo lugar, además, mediante la asignación al Tribunal Supremo de Justicia de la tarea de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, como “el máximo y último intérprete de la Constitución,” y de velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). También, la Constitución asigna en concreto a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la Jurisdicción Constitucional (arts. 266,1 y 336) mediante la cual ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales (nacionales, estatales y municipales) de rango legal, con potestad para anularlos cuando colidan con la Constitución, y para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas.

Conforme a estas previsiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sin duda, el instrumento más poderoso diseñado para garantizar la supremacía de la Constitución y el Estado de Derecho, la cual, por supuesto, como guardián de la Constitución, también está sometida a la Constitución. Como tal guardián, y como sucede en cualquier Estado de derecho, el sometimiento del tribunal constitucional a la Constitución es una preposición absolutamente sobreentendida y no sujeta a discusión, ya que sería inconcebible que el juez constitucional pueda violar la Constitución que esta llamado a aplicar y garantizar. Esa la pueden violar los otros poderes del Estado, pero no el guardián de la Constitución. Pero por supuesto, para garantizar que ello no ocurra, el Tribunal Constitucional debe gozar de absoluta independencia y autonomía, pues un Tribunal Constitucional sujeto a la voluntad del poder en lugar del guardián de la Constitución se convierte en el instrumento más atroz del autoritarismo. El mejor sistema

---

<sup>8</sup> En cuanto a nuestros trabajos, véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; *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; publicado también en *Revista Tachirensis de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, N° 5-6, San Cristóbal, enero-diciembre 1994, pp. 111-164; en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246; y en G. J. Bidart Campos y J. F. Palomino Manchego (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560.

de justicia constitucional, por tanto, en manos de un juez sometido al poder, es letra muerta para los individuos y es un instrumento para el fraude a la Constitución.

Lamentablemente, sin embargo, esto último es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela en los últimos años, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Juez Constitucional, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido efectuando una inconstitucional interpretación constitucional mediante la cual ha venido asumiendo y auto-atribuyéndose competencias no sólo en materia de interpretación constitucional; sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.<sup>9</sup>

En ejercicio de estas competencias y poderes, como máximo intérprete de la Constitución, al margen de la misma y mediante interpretaciones inconstitucionales, la Sala Constitucional al ejercer su facultad de interpretación del contenido y alcance de las normas constitucionales (art. 334) en muchos casos incluso sin que estas sean ambiguas, imprecisas, mal redactadas y con errores de lenguaje, ha venido ilegítimamente modificando el texto constitucional, legitimando y soportando la estructuración progresiva de un

---

<sup>9</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

Estado autoritario. Es decir, ha falseado el contenido de la Constitución, mediante una “mutación,”<sup>10</sup> ilegítima y fraudulenta de la misma.<sup>11</sup>

Y ello lo ha hecho el Juez Constitucional en Venezuela, lamentablemente, actuando como instrumento que ha sido del régimen autoritario,<sup>12</sup> desde el momento mismo en el cual la Constitución fue sancionada y aprobada por el pueblo en diciembre de 1999, habiendo sucesivamente introducido múltiples modificaciones a la Constitución directamente, mediante sentencias interpretativas, o legitimando decisiones inconstitucionales de otros órganos del Estado, usurpando así el poder constituyente originario.

Estas modificaciones ilegítimas a la Constitución, por supuesto, al haber sido realizadas por el máximo guardián de la misma, que no tiene quien lo custodie, han quedado consolidadas en la vida político constitucional del país, al haber asumido la Sala Constitucional un poder constituyente derivado que no tiene y que no está regulado en el texto constitucional. La pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto, aquí también ha adquirido todo su significado, pues no tiene respuesta.<sup>13</sup> A continuación me referiré a las mutaciones ilegítimas a la Constitución que considero más destacadas, ocurridas en la última década.

## I. LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RECURSO AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIÓN

La primera de las mutaciones ilegítimas de la Constitución efectuada por el Juez Constitucional ha sido la creación por la Sala Constitucional de un recurso autónomo de interpretación de la Constitución no establecido ni en la

---

<sup>10</sup> Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún 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.

<sup>11</sup> Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

<sup>12</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007.

<sup>13</sup> Véase nuestros comentarios iniciales sobre esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *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.

Constitución ni en Ley alguna, que a la vez ha servido de vehículo para las otras mutaciones ilegítimas de la Constitución por la misma Sala Constitucional.

Es decir, muchas de las mutaciones constitucionales ilegítimamente efectuadas tienen su origen en interpretaciones inconstitucionales que ha hecho el Juez Constitucional, no al interpretar la Constitución con motivo de resolver una acción de inconstitucionalidad u otro medio de control de la constitucionalidad de los actos estatales, sino al decidir “acciones o recursos autónomos de interpretación abstracta de la Constitución,” muchos de ellos interpuestos por el propio Estado (Procurador General de la República), que la propia Sala Constitucional creó, a la vez, mutando ilegítimamente la Constitución.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el artículo 42,24 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había atribuido competencia a la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema para interpretar los “textos legales, en los casos previstos en la Ley.” En esa misma tradición, la Constitución de 1999 estableció en forma expresa, la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, para “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debe ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para:

“52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.”

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano sólo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional creó jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos autónomos de interpretación abstracta e la Constitución, mediante una inconstitucional interpretación que le dio artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todas las salas del Tribunal Supremo y no sólo a la Sala Constitucional, el carácter de “máximo y último intérprete de la Constitución”

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000, consideró que los ciudadano no requieren “de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para

interponerlo”<sup>14</sup>, procediendo a “crear” un recurso autónomo de interpretación abstracta de las normas constitucionales no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

“No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la juridicidad.”<sup>15</sup>

En esta forma, la acción de interpretación de la Constitución, en criterio de la Sala Constitucional, es una acción de igual naturaleza que la de interpretación de la ley<sup>16</sup>, es decir, tiene por objeto obtener una sentencia declarativa de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, que no anula el acto en cuestión, pero que busca en efecto semejante, ya que en estos casos, coincide el interés particular con el interés constitucional; agregando que:

“La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva.”<sup>17</sup>

En cuanto a la legitimidad necesaria para interponer la demanda, la Sala Constitucional ha señalado que el recurrente debe tener un interés particular en el sentido de que:

“Como persona pública o privada debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación

---

<sup>14</sup> Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (N° 1347), 21-11-00 (N° 1387), y 05-04-01 (N° 457), entre otras.

<sup>15</sup> Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

<sup>16</sup> *Idem*

<sup>17</sup> *Ibidem*

de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica.”

La Sala precisó además que se “está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales”; por lo que señaló que “puede declarar inadmisibile un recurso de interpretación que no persiga los fines antes mencionados, o que se refiere al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso”.

En la antes mencionada sentencia N° 1077 de 22-09-01, la Sala Constitucional reiteró su criterio sobre la legitimación activa para intentar el recurso de interpretación, señalando que el recurrente debe tener un “interés jurídico personal y directo”, de manera que en la demanda se exprese con precisión, como condición de admisibilidad, “en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente”<sup>18</sup>.

En este caso de esta acción de interpretación constitucional, puede decirse que se está en presencia de un proceso constitucional, que requeriría de un accionante, como consecuencia de lo debería abrirse el proceso a un contradictorio; pues así como puede haber personas con interés jurídico en determinada interpretación de la Constitución, igualmente puede haber otras personas con interés jurídico en otra interpretación. En tal sentido, la Sala debería emplazar y citar a los interesados para garantizarles el que puedan hacerse parte en el proceso, y alegar a favor de una u otra interpretación del texto constitucional. Sin embargo, sobre esto, después de haber creado el recurso, la Sala Constitucional, en sentencia No. 2651 de 2 de octubre de 2003 (Caso: *Ricardo Delgado (Interpretación artículo 174 de la Constitución)*), le negó el carácter de proceso constitucional señalando que en virtud de que “el recurso de interpretación debe tener como pretensión la exclusiva determinación del alcance de normas –en este caso constitucionales–”, entonces “no hay *litis*, enfrentamiento entre unas partes, respecto de las cuales haya que procurar su defensa”.

---

<sup>18</sup> Caso: *Servicio Tulio León Briceño*, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Adicionalmente, en otra sentencia, N° 1029 de 13-06-2001, la Sala Constitucional atemperó el rigorismo de declarar inadmisibile el recurso si no precisaba el contenido de la acción, ya que señaló que “La solicitud deberá expresar: 1.- Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial; 2.- Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados; 3.- Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción.”



Por último, debe indicarse que en sentencia N° 1347, de 9 de noviembre de 2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, señalando que:

“Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.”

Como puede observarse de lo anterior, estamos en presencia de una mutación constitucional mediante la ampliación de competencias constitucionales propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, a través de una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas constitucionales,<sup>19</sup> el cual, por lo demás no encuentra ningún antecedente en el derecho comparado sobre los sistemas de justicia constitucional.

## **II. LA ACEPTACIÓN POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DE UN RÉGIMEN CONSTITUCIONAL TRANSITORIO NO APROBADO POR EL PUEBLO, EN PARALELO AL RÉGIMEN TRANSITORIO INCORPORADO EN LA CONSTITUCIÓN**

La Constitución de 1999 fue sancionada por una Asamblea Nacional Constituyente conforme a un estatuto adoptado en referendo consultivo realizado en abril de 1999, en el cual se dispuso que la misma luego de sancionada tenía que someterse a aprobación popular. Y así fue que el pueblo, el 15 de diciembre de 1999, mediante referendo aprobó la Constitución, con lo cual concluyó la misión de la Asamblea Nacional Constituyente.

Sin embargo ello no ocurrió así, pues una semana después de aprobada la Constitución, el 22 de diciembre de 1999, la Asamblea nacional Constituyente sancionó un Decreto de “Régimen de Transición del Poder Público,”<sup>20</sup> fundamentándose en supuestos poderes que se había auto atribuido en el artículo 1° de su Estatuto de Funcionamiento, respecto de la potestad de decidir la cesación de las autoridades de los órganos del Poder Público “para hacer efectivo el proceso de transición hacia el régimen establecido en la Constitución de 1999”, y en el supuesto “carácter supraconstitucional” de las

---

<sup>19</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Venezuela”, en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70

<sup>20</sup> *Gaceta Oficial* No. 36.859 de 29-12-1999.

normas que aprobase la Asamblea, lo que por supuesto no estaba establecido en previsión alguna del ordenamiento. Para supuestamente “permitir la vigencia inmediata de la Constitución” (art. 1), en el decreto la Asamblea procedió dictar normas constitucionales que supuestamente “desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias” (art. 2) de la nueva Constitución, procediendo sin atribución alguna prevista en la nueva Constitución, a eliminar el anterior Congreso con sus Senadores y Diputados, y a nombrar en su lugar una Comisión Legislativa Nacional no prevista en la Constitución; a disolver las Asambleas Legislativas de los Estados, y nombrar en su lugar unas Comisiones Legislativas Estadales tampoco previstas en la Constitución; a intervenir las Alcaldías y Consejos Municipales; a eliminar la anterior Corte Suprema de Justicia, crear las Salas del Tribunal Supremo y fijarles el número de magistrados, lo que no estaba establecido en la Constitución, y nombrarlos sin cumplir lo que la Constitución exigía; a crear una Comisión de reorganización y Funcionamiento del Poder Judicial para intervenirlo, destituyendo jueces sin debido proceso, la cual aún en 2009 convive con el Tribunal Supremo, con su complicidad; a designar a los altos funcionarios de los diversos Poderes del Estado; y a dictar un Estatuto Electoral sin poder alguno para ello.

Ninguna de estas reformas fue aprobada por el pueblo. El Decreto de Régimen de Transición fue impugnado ante la Sala Constitucional por violación de la Constitución que venía de ser aprobada por el pueblo, la dicha Sala Constitucional que había sido producto de ese régimen de Transición constitucional, decidió en causa propia (la impugnación de su propia existencia), considerando que la Asamblea Nacional Constituyente tenía poder supraconstitucional para crear “normas constitucionales” sin aprobación popular, y que como consecuencia, en Venezuela existían dos regímenes constitucionales de transición: el que estaba en las disposiciones Transitorias aprobadas por el pueblo al aprobar la Constitución mediante referendo; y las aprobadas por la Asamblea Nacional Constituyente después de esa aprobación popular de la Constitución, sin que el pueblo las hubiera aprobado, pero antes de publicarla.

En sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000, la Sala Constitucional decidió que como el régimen de transición era un acto “publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no esta sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.<sup>21</sup> Luego en sentencia de 28 de marzo de 2000 (*caso: Allan R. Brewer-Carías y otros*), con motivo de declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Constituyente el 30 de

---

<sup>21</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 y ss.

enero de 2000,<sup>22</sup> el Juez Constitucional ratificó su tesis de que para crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución que sustituyera a la de 1961, supuestamente la Asamblea Constituyente tenía varias alternativas para regular el régimen constitucional transitorio: *Una*, elaborar unas Disposiciones Transitorias que formaran parte de la Constitución para ser aprobada por el pueblo mediante referendo; y *otra*, dictar actos constituyentes aparte, de valor y rango constitucional, que originarían un régimen transitorio constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo.

Con ello, fue el Juez Constitucional el que procedió a mutar ilegítimamente la Constitución, violando la soberanía popular, admitiendo que supuestamente, la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar normas de rango constitucional, no aprobadas mediante referendo por el pueblo,<sup>23</sup> con lo que se inició un largo período de transitoriedad constitucional que diez años después no ha concluido, como se evidencia de la supervivencia de la misma Comisión de reorganización y funcionamiento del Poder Judicial, que ejerce las funciones disciplinarias sobre los jueces, que la Constitución exige que se realice solo por jueces disciplinarios integrantes de una jurisdicción disciplinaria (art. 267). Venezuela, así ha tenido un régimen de transición constitucional no aprobado por el pueblo, por obra y gracia del Juez Constitucional el cual legitimó la usurpación de la voluntad popular.

### III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE CARGOS ELECTIVOS EN REFERENDOS “RATIFICATORIOS”

En Venezuela el artículo 72 de la Constitución estableció como derecho político de los ciudadanos la revocatoria de mandatos de todos los cargos de elección popular, a cuyo efecto se previó que transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario, por iniciativa popular de un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción, para convocar un referendo para revocar su mandato. La Constitución dispuso que “*Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre*

---

<sup>22</sup> Véase en *G.O.* N° 36.884 de 03-02-00.

<sup>23</sup> La Sala Constitucional llegó a afirmar que “Tal disposición, emanada del poder constituyente *que podía lo más*, cual era la transformación del Estado, lo que iba a adelantar mediante la aprobación de una nueva Constitución y del régimen de transición, claro *que podía lo menos*, dentro de su cometido de transformación del Estado, cual era dictar las normas que permitirían la transición entre el sistema constitucional abrogado y el nuevo, que conforme al texto constitucional de 1999, no podía de inmediato constituirse en todas sus instituciones”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 86.

que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al 25 % de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.”

Es decir que los votos necesarios para que se produzca la revocatoria del mandato deben ser en un número igual o mayor de los votos de los electores que eligieron al funcionario, con independencia del número de votos que se hayan depositados contra la revocación; como incluso lo ratificó la Sala Constitucional en varias sentencias,<sup>24</sup> ya que de lo que se trata es de un referendo revocatorio de mandatos de elección popular y no de un referendo “ratificatorio” (plebiscitos) de tales mandatos, el cual no existe en el texto constitucional. Precisamente por ello, nada indica la Constitución para el caso de que si bien voten a favor de la revocación de un mandato un número de electores superior al número de votos que obtuvo el funcionario cuando fue electo, sin embargo, en la votación refrendaria se hubiesen pronunciado por la “no revocación” un número mayor de votos. Ello podría ocurrir, pero conforme al texto de la Constitución, no tendría efecto alguno, pues la regulación constitucional lo que establece es un referendo revocatorio: basta que la votación favorable a la revocación sea igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, para que quede revocado. Y ello es así, incluso a pesar de que el Registro Electoral haya variado con el transcurso del tiempo.

Sin embargo, de manera evidentemente inconstitucional, en las *Normas para regular los procesos de Referendos Revocatorios de mandatos de Elección Popular* dictadas por el Consejo Nacional Electoral en 25 de septiembre de 2003<sup>25</sup>, si bien se estableció que se considera revocado el mandato “si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de los electores que eligieron al funcionario”, se agregó la frase: “y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria” (Art. 60). Con este agregado, en una norma de rango sublegal, se restringió el derecho ciudadano a la participación política mediante la revocación de mandatos populares, al establecerse un elemento que no está en la Constitución relativo al voto por la “no revocación,” trastocándose la naturaleza “revocatoria” del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, y en evidente fraude a la Constitución, se lo convirtió en un referendo “ratificatorio” de mandatos de elección popular.

---

<sup>24</sup> Sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003, Caso: *Carlos Enrique Herrera Mendoza*, (*Interpretación del artículo 72 de la Constitución (Exp. 03-1989)*). Sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*) Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 171. Criterio seguido en la sentencia N° 137 de 13-02-2003 (Caso: *Freddy Lepage Scribani y otros*) (Exp. 03-0287).

<sup>25</sup> Resolución N° 030925-465 de 25-09-2003.

Lo inaudito de este fraude constitucional, es que dicha “reforma” constitucional ilegítima fue avalada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo al decidir un recurso de interpretación abstracta de la Constitución en la sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), en la cual señaló que:

“Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, **si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él**, aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato.”<sup>26</sup>

En realidad, en un referendo “revocatorio” no puede haber votos por “la permanencia” del funcionario; lo que puede haber son votos por la “revocación” del mandato o por la “no revocación.” El voto por la “no revocación” del mandato es un voto negativo (No); y un voto negativo no puede ser convertido en un voto positivo (Si) por la permanencia del funcionario. Con esta mutación de la Constitución, la Sala Constitucional cambió la naturaleza del referendo revocatorio, ratificando el trastocamiento de la naturaleza de la revocación del mandato, convirtiéndolo en un voto para “relegitimar” o para “ratificar” mandatos de elección popular, cuando ello no sólo no fue la intención del constituyente, sino que no puede derivarse del texto del artículo 72 de la Constitución. Lo único que la Constitución regula es la revocación de mandatos, y para ello, lo único que exige en materia de votación es que un número “igual o mayor de electores que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocación.” Todo este cambio de la Constitución tuvo un objeto preciso: evitar que el mandato del Presidente de República, Hugo Chávez, fuera revocado en 2004: el mismo fue electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos, por lo que bastaba para que su mandato fuese revocado, que el voto a favor de la revocación superara esa cifra. Como lo anunció el Consejo Nacional Electoral el 27 de agosto de 2004, el voto a favor de la revocación del mandato del Presidente de la República en el referendo efectuado ese mismo mes y año, fue de 3.989.008, por lo que constitucionalmente su mandato había quedado revocado.

Sin embargo, ya se había cambiado ilegítimamente la Constitución, e independientemente de las denuncias de fraude que se formularon respecto del referendo revocatorio del 15 de agosto de 2004, el Consejo Nacional Electoral el mencionado día 27 de agosto de 2004, no sólo dio los datos definitivos de

---

<sup>26</sup> Exp. 03-1989.

la votación efectuada en el referendo revocatorio, sino que acordó “ratificar” al Presidente de la República en su cargo hasta la terminación del período constitucional en enero de 2007.<sup>27</sup>

#### IV. LA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE GOBIERNO ALTERNATIVO, LA REELECCIÓN CONTINUA Y LAS SUCESIVAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

El artículo 6 de la Constitución establece los principios fundamentales del gobierno republicano, en una cláusula de las denominadas “pétreas,” en la cual se dispone que

“*Artículo 6.* El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.”

Entre estos principios fundamentales del sistema constitucional, que por tanto, no pueden ser modificados ni mediante los procedimientos de reforma constitucional ni de enmienda constitucional, sino sólo mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, está el principio de que el gobierno además de ser “democrático” y “electivo” debe ser siempre

---

<sup>27</sup> En efecto, en la *página web* del Consejo Nacional Electoral del día 27 de agosto de 2004, apareció la siguiente nota: “El presidente del Consejo Nacional Electoral, Francisco Carrasquero López, se dirigió al país en cadena nacional para anunciar las cifras definitivas y oficiales del evento electoral celebrado el pasado 15 de agosto, *las cuales dan como ratificado en su cargo al Presidente de la República*, Hugo Rafael Chávez Frías, con un total de 5 millones 800 mil 629 votos a favor de la opción “No”. En la contienda electoral participaron 9 millones 815 mil 631 electores, de los cuales 3.989.008 se inclinaron por la opción “Sí” para revocar el mandato del Presidente Chávez. La totalización arrojó que la opción “No” alcanzó el 59,25% de los votos, mientras el “Sí” logró el 40,74% del total general, y la abstención fue del 30,02%. Vale destacar que para estos comicios el Registro Electoral se incrementó significativamente, alcanzando un universo de 14. 027.607 de electores con derecho a sufragar en el RR. Con base en la expresión de la voluntad popular, el Consejo Nacional Electoral, este viernes 27 de agosto, *ratificará en la Presidencia de la República* Bolivariana de Venezuela a Hugo Chávez Frías, quien culminará su período constitucional en el año 2006. Y en efecto, en acto solemne efectuado ese día, el Consejo Nacional Electoral acordó “ratificar” al Presidente de la República en su cargo, a pesar de que un número de electores mayor que los que lo eligieron hubieran votado a favor de la revocación de su mandato. Otro tanto haría la Asamblea Nacional, sin que esa figura de la ratificación estuviese prevista en norma constitucional alguna.” Véase además, *El Nacional*, Caracas, 28-08-2004, pp. A-1 y A-2.

“alternativo,” y es por tanto, inmodificable. “El gobierno **es y será siempre** ... alternativo”, dice la norma, lo que implica que ello nunca podría ser alterado. Esa fue la voluntad del pueblo al aprobar la Constitución.

El principio fue incorporado por primera vez en la historia constitucional como reacción al continuismo en el poder y entre otros aspectos, con base en la propia “doctrina de Simón Bolívar” en la cual la República se fundamenta conforme al artículo 1 de la Constitución, al expresar en uno de sus escritos que:

“...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. ... nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente”.<sup>28</sup>

De acuerdo con esta doctrina, que como “bolivariana” forma parte de los valores de la propia constitución (artículo 1), en el constitucionalismo venezolano la palabra usada de gobierno “alternativo” o de la “alternabilidad” en el poder, en relación con los cargos públicos siempre ha tenido el significado de que las personas deben **turnarse sucesivamente** en los mismos o que los cargos deben desempeñarse **por turnos** (Diccionario de la Real Academia Española). Como lo señaló la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 51 de 18-3-2002, alternabilidad significa “**el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.**”

Este principio de la alternabilidad, como principio fundamental, se concibió históricamente para enfrentar las ansias de perpetuación en el poder, es decir, el continuismo, y evitar las ventajas en los procesos electorales de quienes ocupan cargos y a la vez puedan ser candidatos para ocupar los mismos cargos. El principio de “gobierno alternativo,” por tanto, no es equivalente al de “gobierno electivo.” La elección es una cosa, y la necesidad de que las personas se turnen en los cargos es otra, y por ello el principio se ha reflejado siempre en el establecimiento de límites a la reelección de los funcionarios electos, lo que por lo demás es propio de los sistemas presidenciales de gobierno. Así sucedió en las Constituciones de 1830, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1845 y 1947 en las cuales se estableció, por ejemplo, la prohibición de la reelección del Presidente de la República para el período constitucional inmediato.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Véase Simón Bolívar, “Discurso de Angostura” (1819), en *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982.

<sup>29</sup> En la historia constitucional del país, en realidad, la prohibición de la reelección presidencial inmediata solamente dejó de establecerse en las Constituciones de los

Esta prohibición, en cambio, respecto del Presidente de la República, en el período democrático iniciado en 1958 fue más amplia y se extendió en la Constitución de 1961 a los dos períodos siguientes (10 años). La flexibilización del principio se produjo en la Constitución de 1999, en la cual se permitió la posibilidad de reelección presidencial de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período. Conforme a ella, el Presidente de la República después de haber sido “ratificado” en 2004, fue reelecto en 2006.

La alternabilidad del gobierno, por tanto, es un principio del constitucionalismo que se opone al continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona, por lo que toda previsión que permita que esto pudiera ocurrir, sería contraria al mismo. El principio, por tanto, no se puede confundir con el principio “electivo” del gobierno o con el más general principio “democrático” que el mismo artículo 6 de la Constitución establece. Una cosa es poder elegir a los gobernantes, y otra cosa es el principio de alternabilidad que impide poder escoger al mismo gobernante ilimitadamente.

Es contrario a la Constitución, por tanto, interpretar, como lo hizo la Sala Constitucional en su sentencia No. 53 de 3 de febrero de 2009, que el principio de la alternabilidad “lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes”, confundiendo “gobierno alternativo” con “gobierno electivo.” Por ello es falso lo que afirmó la Sala Constitucional en el sentido de que “sólo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”. Con su sentencia, la Sala Constitucional de nuevo lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución, y al contrario de lo que afirmó, la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano sí trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder.<sup>30</sup>

---

gobiernos autoritarios: en la efímera Constitución de 1857; en las Constituciones de Juan Vicente Gómez de 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931, y en la Constitución de Marcos Pérez Jiménez de 1953.

<sup>30</sup> Lo expuesto por la Sala Constitucional se refiere al principio de gobierno “electivo” que en los términos del mismo artículo 6 de la Constitución, es el que implica que “el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social;” pero no al principio de gobierno “alternativo” que implica que no se pueda elegir indefinidamente una misma persona para el mismo cargo, así haya hecho un “buen gobierno.” El principio de la alternabilidad, para evitar el continuismo en el poder, precisamente implica la limitación que el pueblo, como poder constituyente originario, se ha impuesto a sí mismo, en cuanto a que supuestamente pueda tener la “oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras del poder cuando su desempeño haya sido pobre.” Esta



Es decir, al contrario de lo decidido por la Sala Constitucional, la posibilidad de reelección continua sí altera el principio fundamental del gobierno “alternativo”, que es uno de los valores democráticos que informan el ordenamiento jurídico venezolano. Dicho principio, que se ha alterado al establecer la posibilidad de elección continua de cargos electivos y que es distinto del principio del gobierno “electivo,” al tener una formulación pétrea en el artículo 6 de la Constitución (es y será siempre) no podía ser objeto de modificación constitucional alguna, como la que ocurrió con la Enmienda de febrero de 2009, y en el supuesto negado de que hubiera podido ser constitucionalmente modificado, ello no se podía realizar ni por los procedimientos de Enmienda ni de Reforma Constitucional sino sólo mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Y precisamente, con su sentencia No. 53 de febrero de 2009, al mutar la Constitución a través de una interpretación, modificando ilegítimamente el sentido del principio del gobierno “alternativo” lo que hizo la Sala Constitucional fue allanar el camino para que se realizara el referendo aprobatorio que fue convocado para el 15 de febrero de 2009 a los efectos de votar por la aprobación o rechazo de un proyecto de “Enmienda Constitucional” relativa a los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, para establecer en Venezuela el principio de la reelección continua de cargos electivos, contrariando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6).

Con ello, además, la Sala Constitucional, No. 53 de febrero de 2009, realizó otra ilegítima mutación adicional a la Constitución, al allanar el camino para la realización de una consulta popular sobre modificaciones a la Constitución que ya habían sido rechazadas por el pueblo en un mismo período constitucional (art. 345). La Constitución establece en efecto, una prohibición expresa de que se pueda presentar a la Asamblea Nacional otra iniciativa de “reforma constitucional” rechazada por el pueblo en el mismo período constitucional; y si bien nada se establece en cuanto a los efectos del rechazo de una “Enmienda Constitucional,” ni si rechazada una “reforma constitucional” por el pueblo la misma modificación se puede presentar de seguidas mediante el procedimiento de “enmienda constitucional,” sin duda el espíritu de esa restricción es que si en un período constitucional se ha producido un referendo rechazando una propuesta de reforma de la

---

supuesta “oportunidad,” por el principio de la alternabilidad en la Constitución, pudo ejercerse antes de 1999, sólo después de que, en sus casos, transcurrieron uno o dos períodos constitucionales siguientes al ejercicio de la Presidencia por quien pretendiera de nuevo optar a dicho cargo, y en la Constitución de 1999 sólo ocurrió en 2006, por una sola vez para un período inmediato, mediante la reelección ya efectuada del Presidente Chávez. Pero establecer dicha “oportunidad” como reelección continua, sin límite, sería contrario al principio de la alternabilidad.

Constitución para establecer la posibilidad de la reelección continua del Presidente de la República, no se podía volver a someter de nuevo a consulta popular la misma propuesta de reforma en el mismo período constitucional.

Este fue otro de los temas que se sometieron a la interpretación de la Sala Constitucional sobre lo cual confundiendo el sentido de la norma, la misma sostuvo que ella no estaba destinada a regular los efectos de la manifestación de rechazo popular de la modificación propuesta, sino que supuestamente solo estaba **dirigida a regular a la Asamblea Nacional**, en el sentido de que lo que no podría era exigírsele que debatiera una reforma constitucional una vez que ya la ha debatido en el mismo período constitucional y había sido rechazada por el pueblo. La Sala olvidó que la norma constitucional a lo que está dirigida es a regular las consultas a la voluntad popular en materia de modificación de la Constitución y sus efectos, y no los efectos de los debates en la Asamblea Nacional, que no es poder constituyente, ni siquiera derivado, ya que no puede haber modificación constitucional alguna sin aprobación popular.

La decisión de la Sala Constitucional fue una nueva burla a la Constitución al ignorar la prohibición de sucesivas consultas populares, basándose en dos artilugios que se utilizaron en este caso de la Enmienda constitucional de febrero de 2009: primero, el utilizado por la Asamblea Nacional, en su iniciativa de Enmienda, al extenderla a otros artículos constitucionales además del 230, para tratar de diferenciar la Enmienda Constitucional de 2009 de la rechazada Reforma Constitucional de 2007; y segundo, el utilizado por la Sala Constitucional al considerar que la prohibición constitucional de consultar al pueblo sobre reformas rechazadas es sólo formal respecto de las discusiones en la Asamblea Nacional, ignorando su propósito esencial de respetar la voluntad popular una vez que esta se ha expresado en forma negativa respecto de una modificación de la Constitución.

Esa voluntad había que respetarla, que es lo que perseguía la Constitución, por lo que una vez que el pueblo se manifestó rechazando una modificación al texto constitucional no se lo podía estar convocando sucesivamente sin límites en el mismo período constitucional para volver a pronunciarse sobre lo mismo.

## **V. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS BASES DEL SISTEMA FEDERAL TRASTOCANDO LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LOS ESTADOS EN COMPETENCIAS CONCURRENTES SOMETIDAS AL PODER NACIONAL**

El artículo 4 de la Constitución de 1999 declara que “la República Bolivariana de Venezuela es un *Estado federal descentralizado* en los términos consagrados en esta Constitución,” norma que sin embargo, se contradice en otras previsiones de la propia Constitución que permiten

calificar la forma de Estado como la de una federación Centralizada.”<sup>31</sup> Pero en todo caso, y a pesar de esas contradicciones, en la Constitución se puede identificar un núcleo esencial del sistema de distribución de competencias entre los niveles territoriales, es decir, entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional, que no puede cambiarse sino mediante una reforma constitucional (artículos 136, 156, 164, 178 y 179).<sup>32</sup>

Específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución establece por una parte que, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional “el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales (artículo 156,27),<sup>33</sup> pero que corresponde en forma exclusiva a los Estados, “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional;” competencia que deben ejercer sujetos a “la coordinación con el Poder Nacional,” que éste debe regular.

Este tema de la forma federal del Estado y de la distribución territorial de competencias establecidas en los artículos 156 y 164 de la Constitución, fue uno de los que se quiso cambiar con la propuesta de reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República, se pretendió aprobar durante el año 2007, y que fue rechazada por el pueblo en referendo de 2 de diciembre de 2007, con la que se buscaba modificar el mencionado sistema, centralizando aún más al Estado, y terminando de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional.<sup>34</sup> En particular

---

<sup>31</sup> Véase nuestros estudios sobre el tema, elaborados apenas la Constitución fue sancionada: Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750.

<sup>32</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999” en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

<sup>33</sup> Véase Decreto N° 1.445, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en *G.O.* N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

<sup>34</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las*

con la reforma se buscaba “nacionalizar,” la referida competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuye a los Estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales.”<sup>35</sup>

Como se ha dicho, la reforma constitucional propuesta fue rechazada expresa y abrumadoramente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007, por lo que la competencia de los Estados establecida en el referido artículo 164,10 de la Constitución, quedó sin modificación. Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia No. 565 de 15 de abril de 2008<sup>36</sup>, dictada con motivo de decidir un recurso autónomo de interpretación de dicho artículo formulado por el Procurador General de la República, pura y simplemente ha modificado el contenido de esta norma constitucional y dispuso, como interpretación vinculante de la misma, que esa “competencia exclusiva” *no es tal competencia exclusiva*, sino una competencia concurrente y que, incluso, el Poder Nacional puede revertirla a su favor eliminando toda competencia de los Estados.

La Sala Constitucional, en efecto, decidió que la Administración Nacional “en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” y que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial,” en aquellos casos que la prestación del servicio “por parte de los Estados es deficiente o inexistente.”

Con esta interpretación, lo que el Juez Constitucional hizo fue mutar el texto constitucional usurpando la soberanía popular a la cual está reservado el poder constituyente, cambiado la forma federal del Estado al trastocar el sistema de distribución territorial de competencias entre el Poder Nacional y los Estados, y en particular “nacionalizando,” contra lo que expresamente dispone la Constitución, competencias atribuidas en forma exclusiva a los Estados. La reforma constitucional de 2007 que fue rechazada por el pueblo,

---

*propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ss.

<sup>35</sup> 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, No. 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ss.

<sup>36</sup> *Cfr.* Sentencia de la Sala Constitucional, n° 565, caso Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

en fraude a la Constitución, y a solicitud del representante del Poder Nacional (Procurador General de la República) fundamentándose en la existencia de una supuesta “incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia” que existía en el Ministerio de Infraestructura.” El Procurador General de la República, en efecto, consideró que la norma “no era lo suficientemente clara para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los Estados de la administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”

El resultado de la petición de interpretación fue que la Sala Constitucional, de oficio, reformó la Constitución, y pura y simplemente, eliminó la competencia exclusiva de los Estados en la materia, y la convirtió en una competencia concurrente sujeta a la técnica puntual de “descentralización” que puede ser intervenida, revertida y reasumida por el Poder Nacional. Después de una ilegítima “modificación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante interpretación vinculante, que trastocó el orden jurídico o, como lo dijo la propia Sala, la misma “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente.” Por supuesto, después de lo que hizo, la Sala Constitucional no pudo concluir en otra forma que no fuera advirtiendo “de oficio y por razones de orden público constitucional, ... que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente,” para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que “proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión<sup>37</sup>, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.” Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por la propia Sala. Ello provocó que después del triunfo electoral de la oposición en Estados y Municipios claves, desplazando los Gobernadores oficialistas en las elecciones de diciembre de 2008, la Asamblea Nacional muy diligentemente reformara en marzo de 2009, entre otras, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,<sup>38</sup> a los efectos de eliminar las competencias exclusivas de los Estados establecidas en los ordinales 3 y 5 del artículo 11 de dicha Ley, agregando dos

---

<sup>37</sup> De ello resulta según la sentencia: “la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.”

<sup>38</sup> Gaceta Oficial N° 39 140 del 17 de marzo de 2009.

nuevas normas en dicha Ley en las cuales se dispone que “el Poder Público Nacional por órgano del Ejecutivo Nacional, podrá revertir por razones estratégicas, de mérito, oportunidad o conveniencia, la transferencia de las competencias concedidas a los estados, para la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes o servicios considerados de interés público general, conforme con lo previsto en el ordenamiento jurídico y al instrumento que dio origen a la transferencia” (art. 8); y que “El Ejecutivo Nacional, por órgano del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá decretar la intervención conforme al ordenamiento jurídico, de bienes y prestaciones de servicios públicos transferidos para su conservación, administración y aprovechamiento, a fin de asegurar a los usuarios, usuarias, consumidores y consumidoras un servicio de calidad en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales, fundamentales para la satisfacción de necesidades públicas de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad” (art. 9). Con ello se completó el fraude constitucional dispuesto por la Sala Constitucional, trastocándose el régimen federal.

## VI. LA ELIMINACIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El artículo 67 de la Constitución de 1999 expresamente prohibió “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, al establecer enfáticamente que el mismo “no se permitirá”,<sup>39</sup> cambiando así, radicalmente, el régimen de financiamiento público a los partidos políticos que se había previsto en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998.<sup>40</sup> Con la prohibición constitucional, al derogarse este artículo de la Ley Orgánica, quedó derogado con el régimen de financiamiento público a los partidos políticos, abandonándose la tendencia inversa que predomina en el derecho comparado.

Esta prohibición constitucional expresa sobre el financiamiento público de los partidos políticos, fue uno de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República,<sup>41</sup> se pretendió

<sup>39</sup> Véase sobre la versión inicial de esta norma y sobre nuestra propuesta para su redacción en 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. 129.

<sup>40</sup> Véase en general sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela” en *Financiamiento y democratización interna de partidos políticos. Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, Costa Rica, 1991, pp. 121 a 139.

<sup>41</sup> Véase el documento *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional*.

aprobar durante el año 2007, con la cual expresamente se buscó modificar la mencionada prohibición constitucional del artículo 67, previéndose en la norma, al contrario, que “el Estado podrá financiar las actividades electorales”, pero sin indicarse si se trata de un financiamiento a los partidos políticos en general. Como es sabido, la antes mencionada propuesta de Reforma Constitucional de 2007, fue rechazada por voluntad popular expresada abrumadoramente contra su aprobación en el referendo del 2 de diciembre de 2007,<sup>42</sup> con lo que el régimen de financiamiento a los partidos políticos, a su funcionamiento interno y a sus actividades electorales continuó prohibida en la Constitución.

Sin embargo, a pesar de dicha prohibición constitucional y del rechazo popular a modificarla, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, actuando como Jurisdicción Constitucional, en sentencia No. 780 de 8 de mayo de 2008 (Exp. n° 06-0785), mediante una interpretación constitucional vinculante, ha mutado la Constitución, sustituyéndose a la voluntad popular y al poder constituyente originario, disponiendo que “en lo que respecta al alcance de la prohibición de financiamiento público de asociaciones políticas” contenida en la mencionada norma, la misma:

“se circunscribe a la imposibilidad de aportar fondos a los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas, pero ...dicha limitación, no resulta extensiva a la campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral”.

Es decir, la Sala Constitucional, ante una norma tan clara e igualmente tan criticable como la contenida en el artículo 67 de la Constitución, cuya reforma se había intentado hacer en 2007 pero sin lograrse por ser rechazada por la voluntad popular, en esta sentencia ni más ni menos, se erigió en poder constituyente, sustituyendo al pueblo, y dispuso la reforma de la norma, vía su interpretación, en el mismo sentido que se pretendía en la rechazada reforma constitucional, disponiendo en definitiva, que la prohibición constitucional “no limita que en el marco del proceso electoral y como gasto inherente a una fase esencial del mismo, el Estado destine fondos con el objeto de financiar el desarrollo de las campañas electorales, de los partidos y asociaciones políticas,” es decir, lo contrario de lo que dispone la Constitución.

---

*Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; y la publicación: Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías Editorial Atenea, Caracas agosto 2007, p. 19.*

<sup>42</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La proyectada reforma constitucional de 2007”, rechazada por el poder constituyente originario”, en *Anuario de Derecho Público 2007*, Universidad Monteavila, Caracas 2008.

Es evidente que siendo el financiamiento de las campañas electorales la motivación fundamental del financiamiento de los partidos políticos, pues los mismos tienen por objeto conducir a la ciudadanía en las opciones democráticas que necesariamente desembocan en elecciones, la Ley Orgánica del Sufragio y participación Política había dispuesto el financiamiento de los partidos políticos; y ello fue lo que sin embargo, se eliminó expresamente en la Constitución de 1999.<sup>43</sup> Y eso fue precisamente lo que se quiso corregir, de nuevo, con la proyectada Reforma Constitucional de 2007, la cual, sin embargo, fue rechazada por el pueblo.

Pero la Sala Constitucional, sin límite alguno, se sustituyó al pueblo y asumió el rol de poder constituyente originario, disponiendo que lo que la Constitución prohíbe cuando establece en el artículo 67 que no se permite “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, es sólo una prohibición al financiamiento por el Estado de “los gastos corrientes e internos de las distintas formas de asociaciones políticas”, pero no de la “campaña electoral, como etapa fundamental del proceso electoral.”

Es decir, el Juez Constitucional, simplemente, dispuso que la Constitución no dice lo que dice, sino todo lo contrario; que cuando dice que no se permite “el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”, no es eso lo que establece, sino lo que prohíbe es solamente “el financiamiento de los gastos corrientes e internos de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado”; y que los gastos de las campañas electorales de dichas asociaciones con fines políticos, en cambio, si pueden ser financiadas con fondos provenientes del Estado. Se trata por lo demás, de una conclusión absurda, que contra toda lógica democrática se deriva de una premisa falsa, y es que en sistemas democráticos supuestamente podría ocurrir que el Estado financie los gastos corrientes e internos de los partidos. Ello no se concibe en las democracias, por lo que no requiere de prohibición alguna. En democracias lo que se financia es el funcionamiento de los partidos pero con miras siempre a las campañas electorales, al punto de que este se suspende si los mismos no llegan a obtener un determinado porcentaje de votación en las elecciones.

---

<sup>43</sup> Por ello fue, incluso, que entre otros aspectos salvamos nuestro voto en relación con dicha norma. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999). Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. pp. 239, 259. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela” en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 655-686.



Puede ser muy loable la intención del Juez Constitucional de permitir el financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, pero habiendo sido ello prohibido expresamente por la Constitución, sólo reformándola es que se podría lograr lo contrario. Y ello fue lo que en este caso hizo el Juez Constitucional en Venezuela: reformar la Constitución, usurpando el poder constituyente originario que es del pueblo e, incluso contra su propia voluntad expresada cinco meses antes al rechazar precisamente esa reforma constitucional en igual sentido, estableció la posibilidad de financiar las campañas electorales de los partidos políticos.

## VII. LA ELIMINACIÓN DEL RANGO SUPRACONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Siguiendo una tendencia universal contemporánea, que ha permitido a los tribunales constitucionales la aplicación directa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para su protección, ampliando progresivamente el elenco de los mismos, en el propio texto de las Constituciones se ha venido progresivamente reconociendo en forma expresa el rango normativo de los referidos tratados, de manera que en la actualidad pueden distinguirse cuatro rangos diversos reconocidos en el derecho interno, rango supra constitucional, rango constitucional, rango supra legal o rango legal.<sup>44</sup>

En el caso de la Constitución venezolana de 1999, el artículo 23 dispuso expresamente lo siguiente:

*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.

---

<sup>44</sup> En relación con esta clasificación general, véase: Rodolfo E. Piza R., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; y 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; 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, No. 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 y ss.

Esta norma, sin duda, es uno de las más importantes en materia de derechos humanos en el país, única en su concepción en América Latina, pues por una parte, le otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos no sólo rango constitucional, sino rango *supra constitucional*, es decir, un rango superior respecto de las propias normas constitucionales, los cuales deben prevalecer sobre las mismas en caso de regulaciones más favorables a su ejercicio. Además, por otra parte, el artículo establece el principio de la aplicación inmediata y directa de dichos tratados por los tribunales y demás autoridades del país. Su inclusión en la Constitución, sin duda, fue un avance significativo en la construcción del esquema de protección de los derechos humanos, que se aplicó por los tribunales declarando la prevalencia de las normas de Convención Americana de Derechos Humanos en relación con normas constitucionales y legales.<sup>45</sup>

Sin embargo, en sentencia No. 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*) la Sala Constitucional al declarar inejecutable una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, dictada en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (*Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*), ha resuelto definitivamente que:

“el citado artículo 23 de la Constitución 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,

---

<sup>45</sup> Fue el caso, por ejemplo, del derecho a la revisión judicial de sentencias, a la apelación o derecho a la segunda instancia que en materia contencioso administrativa se excluía en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 respecto de la impugnación de actos administrativos ante la Jurisdicción contencioso administrativa emanados de institutos autónomos o Administraciones independientes. La Constitución de 1999 solo reguló como derecho constitucional el derecho de apelación en materia de juicios penales a favor de la persona declarada culpable (art. 40,1); por lo que en el mencionado caso de juicios contencioso administrativos, no existía una garantía constitucional expresa a la apelación, habiendo sido siempre declarada inadmisibles la apelación contra las decisiones de única instancia de la Corte Primera de lo Contencioso. La aplicación del artículo 23 de la Constitución llevó finalmente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, a resolver en 2000 la aplicación prevalente de la Convención Interamericana de Derechos Humanos garantizando el principio de las dos instancias. Véase sentencia No. 87 del 13 de marzo de 2000, Caso: C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia), en *Revista de Derecho Público*, No. 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Josefina Calcaño de Temeltas, *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1978.

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.”

A los efectos de fundamentar su decisión, y rechazar la existencia de valores superiores no moldeables por el proyecto político autoritario, la Sala aclaró los siguientes conceptos:

“Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluye la sentencia que: “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución” y que son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala N° 1265/2008 estableció 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...”<sup>46</sup>

En esta forma, la Sala Constitucional en el Venezuela ha dispuesto una ilegítima mutación constitucional, reformando el artículo 23 de la Constitución al eliminar el carácter supranacional de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos en los cuales contenga previsiones más favorables al goce y ejercicio de derechos humanos respecto de las que están previstas en la propia Constitución.

---

<sup>46</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

Debe advertirse, por otra parte, que tan se trata de una reforma constitucional ilegítima, que esa fue una de las propuestas de reforma que se formularon por el “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,” designado por el Presidente de la República,<sup>47</sup> en informe de junio de 2007,<sup>48</sup> en el cual, en relación con el artículo 23 de la Constitución, lo que se buscaba era eliminar totalmente la jerarquía constitucional de las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos y su prevalencia sobre el orden interno, proponiéndose la formulación de la norma sólo en el sentido de que: “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, mientras se mantenga vigentes, forma parte del orden interno, y son de aplicación inmediata y directa por los órganos del Poder Público”.

Esa propuesta de reforma constitucional que afortunadamente no llegó a cristalizar, era un duro golpe al principio de la progresividad en la protección de los derechos que se recoge en el artículo 19 de la Constitución, que no permite regresiones en la protección de los mismos.<sup>49</sup> Sin embargo, lo que no pudo hacer el régimen autoritario mediante una reforma constitucional, la cual al final fue rechazada por el pueblo, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su larga carrera al servicio del autoritarismo.<sup>50</sup>

#### **VIII. LA ELIMINACIÓN DE LA POTESTAD DE LOS JUECES PARA APLICABILIDAD INMEDIATA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

En materia de derechos humanos, el artículo 23 de la Constitución no sólo otorga rango supraconstitucional a las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos suscritos y

---

<sup>47</sup> Véase Decreto No. 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial* N° 38.607 de 18-01-2007

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Véase esta proyectada reforma constitucional Allan R. Brewer-Carías, *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, pp. 122 y ss.

<sup>50</sup> Véase entre otros aspectos, los contenidos en el libro 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, Caracas 2007.

ratificados por Venezuela, “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”, lo que como antes se ha visto ya ha sido mutado ilegítimamente; sino que declara además expresamente que los mismos son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (art. 23).

Sobre esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al reivindicar un carácter de máximo y último intérprete de la Constitución y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos que no tiene, pues todas las Salas del Tribunal Supremo lo tienen, ha establecido en sentencia N° 1492 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de diversos artículos del Código Penal*), que por adquirir los mencionados tratados jerarquía constitucional e 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 allí la Sala señaló que

“es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”<sup>51</sup>.

Con esta decisión inconstitucional, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente la Constitución, pues conforme a la norma de su artículo 23, esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez constitucional, por ejemplo, al ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo. La pretensión de la Sala Constitucional en concentrar toda la justicia constitucional no se ajusta a la Constitución y al sistema de justicia constitucional que regula, de carácter mixto e integral; y menos aún en materia de derechos humanos, cuando es la propia Constitución la que dispone que los tratados, pactos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales” (art. 23).

---

<sup>51</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 135 y ss.

## IX. LA NEGACIÓN DEL DERECHO CIUDADANO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA “INEJECUTABILIDAD” DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pero además del desconocimiento del rango supra constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Sala Constitucional en la sentencia indicada No. 1.939 de 18 de diciembre de 2008, que se identifica como Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*, cuando en realidad es el Caso: *Estado venezolano vs. La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ha desconocido las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declarándolas inejecutables, contrariando el régimen internacional de los tratados.

Con dicha sentencia, dictada en juicio iniciado por la Procuraduría General de la República que es un órgano dependiente del Ejecutivo Nacional, la sala Constitucional declaró “inejecutable” en Venezuela la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2008,” dictada en el caso de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (*Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*).

En dicha sentencia, la Corte Interamericana en demanda contra el Estado formulada por la Comisión Interamericana de derechos Humanos a petición de dichos ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, decidió que el Estado Venezolano les había violado las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana al haberlos destituido de sus cargos, condenando al Estado a pagar las compensaciones prescritas, a reincorporarlos en sus cargos o en cargos similares, y a publicar el fallo en la prensa venezolana.<sup>52</sup>

Ahora bien, aparte de que el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos una vez que los Estados Partes han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al artículo 68.1 de la Convención, los mismos “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes;”<sup>53</sup> es la propia Consti-

---

<sup>52</sup> Véase en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 182.

<sup>53</sup> Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la decisión del *Caso Castillo Petruzzi*, sobre “Cumplimiento de sentencia” del 7 de noviembre de 1999 (Serie C, núm. 59), “Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado,” (par. 3) agregando “Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual

tución la que ha garantizado expresamente en Venezuela el acceso de las personas a la protección internacional en materia de derechos humanos, con la obligación del Estado de ejecutar las decisiones de los órganos internacionales. A tal efecto el artículo 31 de la Constitución dispone:

**Artículo 31.** Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

No han faltado Estados, sin embargo, que se hayan rebelado contra las decisiones de la Corte Interamericana y hayan pretendido eludir su responsabilidad en el cumplimiento de las mismas. La sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Castillo Petrucci* de 30 de mayo de 1999 (Serie C, núm. 52), es prueba de ello, pues después de que declaró que el Estado peruano había violado en un proceso 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,<sup>54</sup> la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú se negó a ejecutar el fallo, considerando que la misma desconocía la Constitución Política del Perú y la sujetaba a “la Convención

---

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). Véase 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

<sup>54</sup> Como consecuencia, en la sentencia la Corte Interamericana declaró “la invalidez, por ser incompatible con la Convención, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petrucci” y otros, ordenando “que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal,” y además, “al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.” Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan *ad-libitum* en esa sentencia.”<sup>55</sup>

Ahora le ha correspondido a Venezuela seguir los pasos del régimen autoritario del Presidente Fujimori en el Perú, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo también ha declarado en la mencionada decisión No 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), como “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Primera de 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela* acusando a la Corte Interamericana de haber usurpado el poder del Tribunal Supremo.<sup>56</sup>

En su decisión, la Sala Constitucional, citando la previa decisión No. 1.942 de 15 de julio de 2003, y considerando que se trataba de una petición de interpretación formulada por la República, precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía “pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno,” y que había dictado “pautas de carácter

---

<sup>55</sup> Precisamente frente a esta declaratoria por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú sobre la inejecutabilidad del fallo de 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú, fue que la misma Corte Interamericana dictó el fallo subsiguiente, antes indicado, de 7 de noviembre de 1999, declarando que “el Estado tiene el deber de dar pronto cumplimiento a la sentencia de 30 de mayo de 1999 dictada por la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi y otros.” 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, p. 629 Ello ocurrió durante el régimen autoritario que tuvo el Perú en la época del Presidente Fujimori, y 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 fue declarado inadmisibles por la propia Corte Interamericana, en la sentencia del caso *Ivcher Bronstein* de 24 de septiembre de 1999, considerando que un “Estado parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo.” *Idem*, 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.

<sup>56</sup> El tema, ya lo había adelantado la Sala Constitucional en su conocida sentencia No. 1.942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato*) (Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.) en la cual al referirse a los Tribunales Internacionales “comenzó declarando en general, que en Venezuela “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 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.”



obligatorio sobre gobierno y administración del Poder Judicial que son competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia” y establecido “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.”

Acusó, además, a la Corte Interamericana de haber utilizado su fallo “para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia,” argumentando que con la “sentencia cuestionada” la Corte Interamericana pretendía “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.” Para realizar estas afirmaciones, la Sala Constitucional recurrió como precedente para considerar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era inejecutable en Venezuela, precisamente la decisión 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*.

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, solicitó instó “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.”

Así concluyó el proceso de desligarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Venezolano, utilizando para ello a su propio Tribunal Supremo de Justicia.

Debe recordarse en efecto, que en esta materia la Sala Constitucional también ha dispuesto una ilegítima mutación constitucional, reformando el artículo 23 de la Constitución en la forma cómo se pretendía en 2007 en la antes mencionada propuesta del “Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución,” designado por el Presidente de la República, al buscar agregar al artículo 23 de la Constitución, también en forma regresiva, que “corresponde a los tribunales de la República conocer de las violaciones sobre las materias reguladas en dichos Tratados”, con lo que se buscaba establecer una prohibición constitucional para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudiera conocer de las violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es decir, con una norma de este tipo, Venezuela hubiera quedado excluida constitucionalmente de la jurisdicción de dicha Corte internacional y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.<sup>57</sup>

En esta materia, también, lo que no pudo hacer el régimen autoritario mediante una reforma constitucional, la cual al final fue rechazada por el pueblo, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en su larga carrera al servicio del autoritarismo.

### APRECIACIÓN FINAL

Un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución como el que hemos señalado, en manos de un Juez Constitucional autónomo e independiente, sin duda que podría ser un instrumento eficaz para adaptar las normas constitucionales a los cambios operados en el orden constitucional de un país en un momento determinado. Sin embargo, un recurso de esa naturaleza en manos de un Juez Constitucional totalmente dependiente del Poder Ejecutivo, en un régimen autoritario como el que se ha estructurado en Venezuela en los últimos 10 años, resolviendo en particular las peticiones interesadas que le formule el propio Poder Ejecutivo a través del Procurador General de la República, es un instrumento de mutación ilegítima de la Constitución, para cambiarla y ajustarla a la voluntad a los efectos de afianzar el autoritarismo. Eso es lo que ha ocurrido en Venezuela, donde el Tribunal Supremo de Justicia ha sido intervenido políticamente, al distorsionarse las normas constitucionales destinadas a asegurar su nombramiento a propuesta de la sociedad civil y su remoción sólo en casos excepcionales.

En efecto, en cuanto a la selección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la Constitución de 1999 creó un novedoso sistema, mediante el establecimiento de un Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), que debería estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad. Ello, sin embargo, no se ha garantizado en los 10 años de vigencia de la Constitución: No se garantizó en la designación de Magistrados en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente; ni se garantizó en 2001, con la nueva la designación de Magistrados mediante una “Ley Especial” que convirtió dicho Comité en una comisión parlamentaria ampliada. Luego, después de años de transitoriedad constitucional, tampoco se garantizó en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, la cual, en lugar de regular dicho Comité, lo que estableció fue una Comisión parlamentaria ampliada, totalmente controlada por la mayoría oficialista del Parlamento,

---

<sup>57</sup> Véase sobre esta proyectada reforma constitucional Allan R. Brewer-Carías, *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, p. 122.

burlando la disposición constitucional<sup>58</sup>. Con dicha reforma, además, se aumentó el número de Magistrados de 20 a 32, los cuales fueron elegidos por la Asamblea Nacional en un procedimiento que estuvo enteramente controlado por el Presidente de la República, lo que incluso fue anunciado públicamente en víspera de los nombramientos, por el entonces Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de escoger los candidatos a Magistrado.<sup>59</sup>

Por otra parte, en cuanto a la estabilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 265 de la Constitución dispuso que los mismos sólo podían ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano. Con esta sola disposición, sin embargo, podía decirse que la autonomía e independencia de los Magistrados quedaba cuestionada pues permitía una inconveniente e inaceptable injerencia de la instancia política del Poder en relación con la administración de Justicia, y con ella, efectivamente, la Asamblea Nacional comenzó a ejercer un control político directo sobre los Magistrados del Tribunal Supremo, los cuales permanentemente han sabido

---

<sup>58</sup> Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 200, pp. 32 ss. El asalto al Tribunal Supremo de Justicia se inició antes con el con el nombramiento “transitorio”, en 1999, por la Asamblea Nacional Constituyente, de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplirse los requisitos constitucionales ni asegurarse la participación de la sociedad civil en los nombramientos. Las previsiones constitucionales sobre condiciones para ser magistrado y los procedimientos para su designación con participación de los sectores de la sociedad se continuaron violando por la Asamblea Nacional al hacer las primeras designaciones en 2002 conforme a una “Ley especial” sancionada para efectuarlas transitoriamente, con contenido completamente al margen de las exigencias constitucionales

<sup>59</sup> El diputado Pedro Carreño, quien un tiempo después fue designado Ministro del Interior y de Justicia, afirmó lo siguiente: “Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y su opinión fue tenida muy en cuenta.” (Resaltado añadido). Agregó: “Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos.” Véase en *El Nacional*, Caracas, 13-12-2004. Con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en su *Informe* a la Asamblea General de la OEA correspondiente a 2004 que “estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180.

que en cualquier momento pueden ser investigados y removidos. Pero en la norma constitucional al menos había la garantía con la exigencia de una mayoría calificada para la votación, lo cual sin embargo fue absurdamente eliminada, al preverse otra modalidad de remoción, llamada de “revocación del acto administrativo de nombramiento” con el voto de la mayoría absoluta de los diputados, lo que se estableció en evidente fraude a la Constitución, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en 2004.<sup>60</sup> Esta inconstitucional previsión legal, incluso, se buscó constitucionalizar con la rechazada reforma constitucional de 2007.<sup>61</sup>

En esta forma, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, y dentro del mismo, su Sala Constitucional, se ha configurado como un cuerpo altamente politizado<sup>62</sup>, lamentablemente sujeto a la voluntad del Presidente de la República, lo que en la práctica ha significado la eliminación de toda la autonomía del Poder Judicial. Con ello, el propio postulado de la separación de los poderes, como piedra angular del Estado de Derecho y de la vigencia de las instituciones democráticas, ha sido eliminando desapareciendo toda posibilidad de control judicial efectivo del poder por parte de los ciudadanos.

El propio Presidente de la República incluso, llegó a decir en 2007 que para poder dictar sentencias, el Tribunal Supremo debía consultarlo previamente.<sup>63</sup> Con todo esto, el Poder Judicial ha pospuesto su función

---

<sup>60</sup> Se estableció, en efecto, la posibilidad de la “revocación del acto administrativo de nombramiento los Magistrados” por mayoría para burlar la exigencia de la mayoría calificada prevista para la “remoción”. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 200, pp. 41 ss.

<sup>61</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralista, Policial y Militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 114 ss.; *La Reforma Constitucional de 2007 (Inconstitucionalmente sancionada por la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2007. pp. 108 ss.

<sup>62</sup> Véase lo expresado por el magistrado Francisco Carrasqueño, en la apertura del año judicial en enero de 2008, al explicar que : “no es cierto que el ejercicio del poder político se limite al Legislativo, sino que tiene su continuación en los tribunales, en la misma medida que el Ejecutivo”, dejando claro que la “aplicación del Derecho no es neutra y menos aun la actividad de los magistrados, porque según se dice en la doctrina, deben ser reflejo de la política, sin vulnerar la independencia de la actividad judicial”. Véase en *El Universal*, Caracas 29-01-2008.

<sup>63</sup> Así lo afirmó el Jefe de Estado, cuando al referirse a una sentencia de la Sala Constitucional muy criticada, en la cual reformó de oficio una norma de la Ley del Impuesto sobre la renta, simplemente dijo: “Muchas veces llegan, viene el Gobierno

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

La Constitución de Venezuela de 1999, sin duda, formalmente contiene en su texto el elenco de valores del Estado democrático y social de derecho más completo que pueda desearse así como una de las declaraciones de derechos humanos más completas de América Latina, con especificación de los medios para su protección por medio de la acción de amparo, y los recursos ante la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa difícilmente contenidos con tanto detalle en otros textos constitucionales. Esas declaraciones, sin embargo, en contraste con la realidad del sistema autoritario, lo que confirman es que para que exista control de la actuación del Estado es indispensable que el Poder Judicial sea autónomo e independiente, y fuera del alcance del Poder Ejecutivo. Al contrario, cuando el Poder Judicial está controlado por el Poder Ejecutivo, las declaraciones constitucionales de derechos se convierten en letra muerta.

En otras palabras, para que exista democracia como régimen político en un Estado constitucional y democrático de derecho, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen del derecho al sufragio y a la participación política; ni de la división o separación horizontal del Poder Público, ni de su distribución vertical o territorial del poder público, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente; así como tampoco bastan las declaraciones que se refieran a la posibilidad de los ciudadanos de controlar el poder del Estado, mediante elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana; mediante un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático; mediante la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que movilice la opinión pública; o mediante el ejercicio de recursos judiciales ante jueces independientes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho.

---

Nacional Revolucionario y quiere tomar una decisión contra algo por ejemplo que tiene que ver o que tiene que pasar por decisiones judiciales y ellos empiezan a moverse en contrario a la sombra, y muchas veces logran neutralizar decisiones de la Revolución a través de un juez, o de un tribunal, o hasta en el mismísimo Tribunal Supremo de Justicia, a espaldas del líder de la Revolución, actuando por dentro contra la Revolución. Eso es, repito, traición al pueblo, traición a la Revolución.” Discurso del Presidente de la Republica en el Primer Evento con propulsores del Partido Socialista Unido de Venezuela, Teatro Teresa Carreño, Caracas 24 marzo 2007.

Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre la “democracia participativa y protagónica” o la descentralización del Estado; así como tampoco la declaración extensa de derechos humanos.

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

Lamentablemente, en Venezuela, después de cuatro décadas de práctica democrática que tuvimos entre 1959 y 1999, durante esta última década entre 1999 y 2009, en fraude continuo a la Constitución efectuado por el Legislador y por el Tribunal Supremo de Justicia, guiados por el Poder Ejecutivo, a pesar de las excelentes normas constitucionales que están insertas en el Texto fundamental, se ha venido estructurando un Estado autoritario en contra de las mismas, que ha aniquilado toda posibilidad de control del ejercicio del poder y, en definitiva, el derecho mismo de los ciudadanos a la democracia. Ello es lo único que puede explicar que un Jefe de Estado en pleno comienzo del Siglo XXI, pueda llegar a afirmar públicamente retando a sus opositores frente a las críticas por el uso desmedido de poderes de legislación delegada: “*Yo soy la Ley. Yo soy el Estado,*”<sup>64</sup> o “*La Ley soy yo. El Estado soy yo.*”<sup>65</sup> Esas frases, repetidas por el Presidente de Venezuela en 2001 y 2008, fueron textualmente atribuidas en 1661 a Luis XIV, al asumir, a la muerte del cardenal Mazarino, el ejercicio del poder sin nombrar un sustituto como ministro de Estado, quien sin embargo nunca la llegó a expresar.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Expresión del Presidente Hugo Chávez Frías, el 28 de agosto de 2008. Ver en Gustavo Coronel, *Las Armas de Coronel*, 15 de octubre de 2008: <http://lasarmasdecoronel.blogspot.com/2008/10/yo-soy-la-leyyo-soy-el-estado.html>

<sup>65</sup> “*La ley soy yo. El Estado soy yo*”. Ver en *El Universal*, Caracas 4-12-01, pp. 1,1 y 2,1.

<sup>66</sup> La frase atribuida a Luis XIV cuando en 1661 decidió gobernar solo después de la muerte del Cardenal Mazarin, nunca llegó a pronunciarla. Véase Yves Guchet, *Histoire Constitutionnelle Française (1789-1958)*, Ed. Erasme, Paris 1990, p. 8.

Por ello, pensar sólo que puedan pronunciarse por un Jefe de Estado de nuestros tiempos, lo que pone en evidencia es una tragedia institucional, precisamente caracterizada por la completa ausencia de separación de poderes, de independencia y autonomía del Poder Judicial y, en consecuencia, de gobierno democrático y de derecho ciudadano a la democracia.<sup>67</sup>

Madrid, abril 2009

---

<sup>67</sup> Véase el resumen de esta situación en Teodoro Petkoff, “Election and Political Power. Challenges for the Opposition”, in *ReVista. Harvard Review of Latin America*, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, Fall 2008, pp. 12. Véase, además, Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder,” en Diego Valadés (Coord.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 73-96.





## 9.

# **“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.\*

**Resumen:** *Este comentario tiene por objeto analizar los razonamientos jurídicos constitucionales formulados por la High Court of Justice y la Supreme Court del Reino Unido, basados en el principio de la soberanía parlamentaria y su prevalencia sobre la voluntad popular expresada en el referendo de 23 de junio de 2016, y en el rango constitucional de la European Communities Act de 1972, para imponerle al Gobierno la necesidad de acudir ante Parlamento y obtener su aprobación previa para poder notificar la salida del Reino Unido de la Unión Europea, ejerciendo así un control de constitucionalidad respecto de la amenaza del Gobierno de formular esa notificación con base solo en el ejercicio de sus poderes ejecutivos (prerogative powers).*

**Palabras clave:** *Soberanía parlamentaria; Unión Europea; control de constitucionalidad; leyes constitucionales; referendo.*

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-202-eneroabril-2017/el-caso-brexit-ante-los-jueces-constitucionales-del-reino-unido-comentarios-la-sentencia-de-la-alta-3>

**Abstract:** *This comment analyzes the constitutional arguments followed by the High Court of Justice and the Supreme Court of the United Kingdom, exercising judicial review upon the intention of the Government to give notice to the European Union for the exit of Great Britain only exercising its prerogative powers, based on the principle of Parliament Sovereignty, its prevalence upon the popular will expressed in the European Union Referendum of 23 of June of 2016, and on the constitutional statute character of the European Communities Act de 1972, imposing the Government the need to request the previous authorization from the Parliament to give such notice.*

**Keywords:** *Parliament Sovereignty; European Union; Judicial Review; Constitutional Statute; Referendum.*

SUMARIO: I. ALGUNOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO BRITÁNICO. II. EL CASO BREXIT. III. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL PLANTEADA. IV. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL REINO UNIDO CONSIDERADOS. V. UNA LECCIÓN SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL REINO UNIDO: 1. Sobre el principio de la soberanía del Parlamento del Reino Unido. 2. Sobre el tema de los límites de los poderes de prerrogativa de la Corona. VI. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. VII. LA CONFIRMACIÓN DE LA DECISIÓN DE LA ALTA CORTE DE JUSTICIA POR LA CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO. VIII. LA DESESTIMACIÓN DE LOS ALEGATOS SOBRE DEVOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LA CUESTIÓN DE LA INJERENCIA DE IRLANDA DEL NORTE, ESCOCIA Y GALES EN LA DECISIÓN SOBRE EL BREXIT

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.<sup>1</sup>

Nuestra intención, en esta nota, es dar cuenta del 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.

## I. 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,<sup>2</sup> 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 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.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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/>

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*,<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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:

---

<sup>4</sup> *Idem*

<sup>5</sup> 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?*”

<sup>6</sup> 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

“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.”

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.<sup>7</sup>

## II. 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,<sup>8</sup> 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),<sup>9</sup> 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.

---

<sup>7</sup> Algo que unas décadas atrás no era comúnmente aceptado. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

<sup>8</sup> Véase en general sobre los procesos constitucionales: Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2015.

<sup>9</sup> Véase en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>

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.”

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,<sup>10</sup> intentada precisamente contra dicha

---

<sup>10</sup> 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.

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.

### III. 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 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*)<sup>11</sup> 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.

#### IV. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL REINO UNIDO CONSIDERADOS

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.

---

<sup>11</sup> 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.”



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.

## V. 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.

### 1. *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.”<sup>12</sup>

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.”<sup>13</sup>

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...”

## 2. *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

---

<sup>12</sup> Cita de la Corte: “p. 38 of the 8<sup>th</sup> edition, 1915, the last edition by Dicey himself; and see chapter 1 generally.”

<sup>13</sup> Cita de la Corte: “*ibid.* pp. 57 and 72.”

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 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.<sup>14</sup>

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

---

<sup>14</sup> 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.

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.

## VI. 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 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.<sup>15</sup> La Alta Corte continuó su argumento indicando que:

---

<sup>15</sup> 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).”

“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 esta 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*).

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.<sup>16</sup> 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

---

<sup>16</sup> Cita de la Corte: “see for example the New Zealand decision in *Fitzgerald v Muldoon* [1976] 2 NZLR 615 at 622.”

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.<sup>17</sup> 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 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

---

<sup>17</sup> Cita de la Corte: “see *Thohurn v Sunderland City Council*, at [60]-[64], and section 2(4) of the ECA 1972.”

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 ello 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.”

## VII. 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)),<sup>18</sup> 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

---

<sup>18</sup> 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>

fuerza 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 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 vaciara irrevocablemente al propio Parlamento de poder actuar.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> 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 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. 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.

#### **VIII. LA DESESTIMACIÓN DE LOS ALEGATOS SOBRE DEVO- LUCIÓN 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*)<sup>20</sup> 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’),<sup>21</sup> 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 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

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Véase en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/contents>

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,<sup>22</sup> 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 1998<sup>23</sup> 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*,<sup>24</sup> 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 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,

---

<sup>22</sup> 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.”

<sup>23</sup> Véase en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/136652/agreement.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/136652/agreement.pdf)

<sup>24</sup> Véase en <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02084#fullreport>

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

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.

New York, 24 de enero de 2017

## 10.

### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA CAUTELAR EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE LA ORDEN EJECUTIVA SOBRE ASUNTOS DE INMIGRACIÓN DE 27 DE ENERO DE 2017**

en *Revista de Administración Pública*, No. 203 (mayo/agosto 2017)  
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp.  
443-478.\*

**Resumen:** *Este comentario tiene por objeto analizar los razonamientos jurídicos constitucionales formulados tanto por el Juez de Distrito del Distrito Oeste del Estado del Estado de Washington en los Estados Unidos de América como de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito con sede en San Francisco, en sentencias dictadas los días 3 y 9 de febrero de 2017, al decidir la demanda de inconstitucionalidad intentada por los Estados de Washington y Minnesota, contra relación con la de la Orden Ejecutiva dictada por el Presidente Donald J. Trump, en materia de inmigración el 27 de enero de 2017, en las cuales se reafirmó el principio de la competencia de los tribunales de los Estados Unidos para ejercer el control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo, y con base en la presunción de inconstitucionalidad de la medida, mediante una decisión de amparo cautelar suspendieron sus efectos a nivel nacional.*

**Palabras clave:** *Órdenes Ejecutivas; Política migratoria; control de constitucionalidad; Medidas de amparo cautelar.*

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-203-mayoagosto-2017/control-de-constitucionalidad-y-justicia-cautelar-en-los-estados-unidos-el-caso-de-la-orden-3>

**Abstract:** *This comment analyzes the constitutional arguments followed by the District Court of the West District of the State of Washington in the United States, as well as by the Court of Appeal for the Ninth Circuit in decisions of February 3 and 9, 2017, resolving the claims filed by the States of Washington and Minnesota on grounds of unconstitutionality, against the Executive Order issued by President Donald J. Trump on January 27, 2017 on matters of Immigration, in which the courts reaffirmed their jurisdiction to judicial review Executive acts, and based on the presumption of unconstitutionality argued in the case, issued a Temporary Restraining Order suspending the effects of the Order with national effects.*

**Key words:** *Executive Orders; Immigration Policy; Judicial review; Temporary Restraining Order.*

El viernes 27 de enero de 2017, el Presidente de los Estados Unidos Donald J. Trump emitió un “Orden Ejecutiva para proteger la Nación de la entrada de terroristas extranjeros a los Estados Unidos” 82 Fed. Reg. 8.977.<sup>1</sup> Se trató de un acto ejecutivo de carácter reglamentario dictado conforme a los poderes que la Constitución y las leyes le otorgan al jefe del Poder ejecutivo, y entre ellas, la *Immigration and Nationality Act* (INA), 8 U.S.C. 1101 *et seq.*, y la sección 301 del título 3 del *United States Code*.

Contra dicha Orden Ejecutiva se intentaron de inmediato diversas acciones judiciales buscando la protección de derechos fundamentales de las personas afectadas, mediante la declaración de su inconstitucionalidad, entre las cuales destacó la acción de invalidación por razones de constitucionalidad con petición de amparo constitucional (*Preliminary Injunction*) intentada por dos Estados de la Unión norteamericana, los Estados de Washington y Minnesota, con solicitud de suspensión parcial de los efectos de la misma (en relación con las Secciones 3.c; 5.a; 5.b; 5.c; y 5.e), por ante el Juez de Federal de Distrito del Distrito Oeste del Estado del Estado de Washington.

Con la acción se formuló adicionalmente una petición para la emisión de una medida de amparo cautelar, una *Temporary Restraining Order*, la cual en definitiva fue acordada por el Juez de Distrito mediante decisión del 3 de febrero de 2017, la cual fue ratificada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito con sede en San Francisco, de fecha 9 de febrero de 2017.

---

<sup>1</sup> Véase en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>



Nuestro propósito en este comentario es analizar las principales cuestiones jurídicas debatidas en el proceso hasta la ratificación en segunda instancia de la medida cautelar, y sus vicisitudes procesales, para lo cual nos referiremos antes a algunas líneas generales del control de constitucionalidad y de la protección judicial de los derechos fundamentales en los Estados Unidos.

## **I. ASPECTOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROTECCIÓN O AMPARO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

En los Estados Unidos, como es sabido, el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, como es el caso de las Órdenes Ejecutivas dictadas por el Presidente, se ejerce por todos los tribunales mediante el denominado método difuso de control de constitucionalidad, que deriva del principio de la supremacía constitucional, y que tiene su fundamento en la “Cláusula de Supremacía” contenida en el artículo VI, Sección 2 de la Constitución. Dicho principio fue desarrollado a partir de 1803 en el conocido caso *Marbury vs. Madison* 3 US (1 Cranch) 137, (1803), en el cual el Juez John Marshall consideró que si la Constitución es la ley suprema de un país y como tal, prevalece sobre las otras leyes, ningún otro acto del Estado que sea contrario a la Constitución puede ser una ley efectiva y, al contrario, debe ser considerado como nulo. En sus propias palabras si la Constitución es “la ley fundamental y suprema de una nación... un acto del legislador que repugne a la Constitución es nulo.” Por tanto, la supremacía de la Constitución implica que los actos que colidan con la misma son, en efecto, nulos, y como tales, así tienen que ser considerados por los tribunales, los cuales son, precisamente, los órganos estatales llamados a aplicar las leyes.<sup>2</sup>

Por ello, en los Estados Unidos, todos los tribunales deben en consecuencia decidir los casos concretos que están considerando, como se sostuvo en el mismo caso *Marbury vs. Madison* 5 US (1 Cranch), 137 (1803), “conforme a la Constitución desaplicando la ley inconstitucional” siendo esta “la verdadera esencia del deber judicial”.

---

<sup>2</sup> Véase sobre el sistema norteamericano de justicia constitucional en el marco del derecho comparado en Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; *Judicial Review. Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses (1985-2011)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

En consecuencia, en el método difuso de control de la constitucionalidad, este rol corresponde a todos los jueces y no sólo a una Corte Suprema, y no debe ser sólo visto como un poder atribuido a los tribunales, sino como un deber de los mismos para decidir conforme a las reglas constitucionales, desaplicando las leyes contrarias a sus normas.<sup>3</sup>

Dicho control judicial de constitucionalidad en ningún caso es un control abstracto, sino que solo puede realizarse en un proceso en curso ante un tribunal, lo que implica que el control de constitucionalidad es siempre de carácter incidental, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley u otro acto estatal y su inaplicabilidad, se plantea en un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso.

En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el *thema decidendum*, es decir, el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o acto ejecutivo o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino más bien, la decisión de un caso concreto por ejemplo, en materia civil, penal, administrativa, mercantil, laboral, de protección de algún derecho constitucional, etc., en el cual la cuestión de constitucionalidad es un aspecto incidental en el proceso que sólo debe ser considerada por el juez para resolver la aplicabilidad o no de una ley en la decisión del caso concreto, cuando surgen cuestiones relativas a su inconstitucionalidad.

Por eso la decisión del juez en materia de constitucionalidad en el método difuso solo tiene efecto *inter partes*, pudiendo alcanzar efectos generales *erga omnes* cuando el asunto llega por ejemplo a la Corte Suprema, en virtud del principio del precedente (*stare decisis*).

Por otra parte, en el sistema judicial norteamericano, en cuanto a la protección efectiva de los derechos fundamentales, la misma se asegura mediante los remedios judiciales ordinarios del proceso o a través de remedios extraordinarios de equidad (como las *injunctions*), las cuales también se utilizan para la protección de cualquier tipo de derechos o intereses de las personas (*civil rights injunctions*).

Estas *injunction* tienen su equivalente en los sistemas latinoamericanos, en las acciones o peticiones de amparo constitucional de los derechos fundamentales, en particular en los sistemas de amparo difuso que existen en

---

<sup>3</sup> En general sobre el método difuso de control de constitucionalidad véase Allan R. Brewer-Carías, "El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano", en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, Tomo I, pp.671-690.

la mayoría de los países de América Latina, donde todos los tribunales de primera instancia son competentes para conocer de las acciones de amparo.<sup>4</sup>

Al igual que en materia de amparo, las *injunctions* son también acciones que en principio son *in personam* por lo cual el accionante debe ser precisamente la persona agraviada, que tiene un interés personal en el caso y su resultado.<sup>5</sup> Por ello, para intentar una *injunction*, el demandante debe evidenciar daños actuales, sustanciales y graves o una posibilidad cierta de tales daños; es decir, un demandante no tendrá derecho a una *injunction*, cuando un daño en su contra no se evidencie como resultante de la actividad que se denuncia o se procura evitar.<sup>6</sup>

Sin embargo, de materia de protección de derechos humanos, en los Estados Unidos, algunos funcionarios públicos, y en particular a los *Attorney General* se los ha considerado con suficiente legitimación activa para intentar *injunctions*,<sup>7</sup> lo cual se generalizó después de la sentencia de la Suprema Corte en el caso *Brown v. Board 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 1957, 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

---

<sup>4</sup> Véase sobre los sistemas de protección judicial de los derechos fundamentales en el derecho comparado Allan R. Brewer-Carías, *Constitucional Protection Of Human Rights In Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2008; y *El Proceso de Amparo en el Derecho Constitucional Comparado de América Latina*, Colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México, 2016.

<sup>5</sup> 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. 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

<sup>6</sup> Véase *U.S. Boyle v. Landry*, 401 U.S. 77, 91 S. Ct.758, 27 L. Ed. 2d 696 (1971), en John Bourdeau et al., “Injunctions,” en Kevin Schroder, John Glenn and Maureen Placilla (Ed.), *Corpus Juris Secundum*, Vol. 43A, Thomson West, 2004, p. 66.

<sup>7</sup> 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 *injunctions* a fin de impedir restricciones al comercio.

Enmienda al referirse, por ejemplo, al derecho de votar sin discriminaciones.<sup>8</sup> 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 curie* solamente, y ha jugado un papel prominente incoando *injunctions* en protección de derechos civiles<sup>9</sup> procurando la protección por ejemplo, en materia de seguridad y salud públicas.<sup>10</sup>

El resultado final de la petición de *injunction*, luego de asegurarse el debido proceso y por tanto la participación en el juicio de los demandados, quienes tienen derecho a ser oídos,<sup>11</sup> es en todo caso una decisión judicial u orden dictada por el tribunal para la protección de los derechos amenazados o para la restitución del disfrute del derecho lesionado, la cual puede consistir, por ejemplo, en una decisión ordenando o previniendo una actuación o en una orden de hacer, no hacer o deshacer alguna acción.<sup>12</sup> Esto quiere decir que el

---

<sup>8</sup> Véase lo señalado por 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.

<sup>9</sup> Véase Owen M. Fiss and Doug Rendleman, *Injunctions*, Second Edition, University Casebook Series, The Foundation Press, Mineola, New York, 1984, p. 35.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> De manera similar, respecto de las *injunctions* definitivas, éstas solo pueden declararse si se libra compulsas de la demanda y se ha hecho citación del accionado. Véase por ejemplo, los casos: *U.S. v. Crusco*, 464 F.2d 1060, Cir. 1972; *Murphy v. Washington American League Baseball Club, Inc.*, 324 F2d. 394, D.C. Cir. 1963, en John Bourdeau *et al.*, “*Injunctions*,” en Kevin Schroder, John Glenn and Maureen Placilla, *Corpus Juris Secundum*, Volumen 43A, Thomson West, 2004, p. 339.

<sup>12</sup> En la *injunction* de los Estados Unidos, la orden puede ser ejecutiva o preventiva de virtualmente cualquier tipo de acción (*Dawkins v. Walker*, 794 So. 2d 333, Ala. 2001; *Levin v. Barish*, 505 Pa. 514, 481 A.2d 1183, 1984) o puede ordenar a alguien que deshaga un ilícito o un daño (*State Game and Fish Com'n v. Sledge*, 344 Ark. 505, 42 S.W.3d 427, 2001). Es una orden judicial demandando a una persona a hacer o abstenerse de hacer determinados actos (*Skolnick v. Altheimer & Gray*, 191 Ill 2d 214, 246 Ill. Dec. 324, 730 N.E.2d 4, 2000), por cualquier periodo de tiempo

mandamiento de amparo, como la *injunction* norteamericana,<sup>13</sup> es un decreto judicial de protección judicial de los derechos fundamentales.

En el juicio iniciado por los Estados de Washington y Minnesota contra Donald J. Trump y los otros altos funcionarios del Poder Ejecutivo con motivo de la Orden Ejecutiva sobre política de inmigración de 7 de enero de 2017, comenzó mediante la interposición de una acción cuyo objeto fue la declaratoria de invalidación de dicha Orden por los daños que causaba a dichos Estados y a derechos de sus residentes, solicitando su declaratoria de invalidez por inconstitucional; acción que además se acompañó de una petición de protección de derechos constitucionales que se consideraron violados, mediante una *preliminar injunction*, que como se dijo, es similar a una pretensión de amparo constitucional; a lo que se agregó una petición para que se dictase una medida cautelar, una *Temporary Restraining Order*, para suspender los efectos de la decisión impugnada mientras dura el juicio, en sentido equivalente a las peticiones de amparo cautelar en algunos derechos latinoamericanos.

## II. LA ORDEN EJECUTIVA DEL PRESIDENTE DONALD J. TRUMP SOBRE MATERIA INMIGRATORIA Y SU IMPUGNACIÓN

La Orden Ejecutiva impugnada relativa a temas inmigratorios adoptada por el Presidente Donald J. Trump el 27 de enero de 2017,<sup>14</sup> a los pocos días de la toma de posesión del Presidente, en cumplimiento de una de las promesas electorales formuladas durante la campaña presidencial de 2016, que en su momento no habían dejado de no originar polémicas, y que fue sin embargo emitida en una forma relativamente inconsulta con los Departamentos con responsabilidad en la materia en el Gobierno federal,<sup>15</sup> tuvo como propósito, buscar corregir las fallas existentes en el sistema de control de otorgamiento

---

independientemente de su propósito (*Sheridan County Elec. Co-op v. Ferguson*, 124 Mont. 543, 227 P.2d 597, 1951). *Idem*, p. 19.

<sup>13</sup> Véase el caso *Nussbaum v. Hetzer*, 1, N.J. 171, 62 A. 2d 399 (1948). *Idem*, p. 19.

<sup>14</sup> Véase el texto en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>

<sup>15</sup> La Orden fue emitida, según reportó la prensa, sin la opinión legal del Departamento de *Homeland Security*. Véase lo expresado por John F. Kelly, Secretario de *Homeland Security*, en Michael D. Shear and Ron Nixon, “How a Rushed Order Ignited Global Confusion,” en *The New York Times*, New York, 30 de enero de 2017, p. A1. Véase igualmente en Damian Paletta and Aruna Viswanatha, “Homeland Chief and Withe House Clash,” en *The Wall Street Journal*, New York, 31 de enero de 2017, p. A5. El Secretario Kelly igualmente ratificó ante el Congreso con la decisión había sido adoptada con extrema rapidez, y que debió haberse discutido con el Congreso. Véase Laura Meckler and Aruna Viswanatha, “Kelly Says Ban Was Rushed,” en *The Wall Street Journal*, New York, 8 de febrero de 2017, p. A4.

de visas de entrada de extranjeros, que no habría funcionado completamente incluso después de las reformas introducidas luego del ataque terrorista ocurrido en Nueva York el 11 de septiembre de 2001. En la misma se planteó que los Estados Unidos no debía admitir a quienes no apoyasen la Constitución o que pudieran pretender colocar ideologías violentas sobre la ley americana; ni a quienes realizasen acciones de odio (como los asesinatos de “honor” y otras formas de violencia contra la mujer, o persecuciones religiosas), ni a quienes pudieran oprimir a los americanos de cualquier raza, género u orientación sexual.

Con base en lo anterior, el Presidente definió como política en la Orden Ejecutiva, la de “proteger a sus ciudadanos de los extranjeros que intenten cometer ataques terroristas en los Estados Unidos, y prevenir la admisión de extranjeros que intenten utilizar las leyes de inmigración americanas con propósitos malévolos” (Sección 2), estableciendo para ello una serie de medidas, entre ellas “la suspensión del otorgamiento de visas y otros beneficios de inmigración a nacionales de determinados países de particular preocupación” (Sección 3), ordenando a los órganos ejecutivos competentes la realización de las actividades administrativas y presentación de informes necesarios para ello, y proclamando entre otras medidas, como la más destacada, en la Sección 3.c:

“Que la entrada de extranjeros inmigrantes o no inmigrantes de los países indicados en la sección 217(a)(12) del INA, 8 U.S.C. 1187(a)(12), es perjudicial para los intereses de los Estados Unidos, y en consecuencia suspende la entrada en los Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, a dichas personas por 90 días desde la fecha de esta Orden (excluyendo los extranjeros viajando con visas diplomáticas, visas de la Organización del Atlántico Norte, visas C-2, visas para viajes a las Naciones Unidas, y visas G-1, G-2, G-3, y G-4).

Esos países enumerados en dichos estatutos son: Irán, Iraq, Libia, Somalia, Sudan, Siria y Yemen.

La misma Orden Ejecutiva también dispuso una “Reordenación del Programa de Admisión de Refugiados en los Estados Unidos para el año fiscal 2017” (Sección 5), ordenando la suspensión de dicho programa por 120 días (Sección 5.a), estableciendo de antemano que cuando se reasuma, deberá darse prioridad a personas perseguidas por motivos religiosos, cuando dicha religión sea minoritaria en el país de la nacionalidad (Sección 5.b). Además, en la misma Orden Ejecutiva, el Presidente proclamó conforme a la sección 212(f) de la INA, 8 U.S.C. 1182(f), que

“la entrada de nacionales de Siria como refugiados es prejudicial a los intereses de los Estados Unidos y en consecuencia suspende cualquier entrada de los mismos hasta que yo determine que suficientes cambios se han efectuado a la USRAP para asegurar que la admisión de refugiados de Siria es consistente con el interés nacional” (Sección 5.c).

### III. LAS PRIMERAS ACCIONES CONTRA LA ORDEN EJECUTIVA ANTE DIVERSAS CORTES FEDERALES DE DISTRITO

Dada la instrucción de implementación inmediata que contuvo la Orden Ejecutiva, al comenzar a aplicarse lo que produjo fue confusión y caos precisamente durante todo el fin de semana del 28 y 29 de enero que siguió a su adopción, particularmente en los principales aeropuertos de los Estados Unidos, donde fueron detenidos e incluso deportados muchos nacionales de los países vetados, incluso aun siendo residentes legales en el país o teniendo visa de entrada legalmente expedida. Como lo resumió la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito con sede en San Francisco en su sentencia de 9 de febrero de 2017 (*State of Washington et al. v. Donald Trump et al.*), que se comenta más adelante:

“El impacto de la Orden Ejecutiva fue inmediato y extendido. Fue reportado que miles de visas fueron canceladas inmediatamente, cientos de viajeros con visas fueron impedidos de abordar aviones hacia los Estados Unidos, o les fue negada la entrada a su llegada, y algunos viajeros fueron detenidos.”<sup>16</sup>

Ello provocó que diversas personas intentaran acciones judiciales de amparo ante los jueces locales buscando protección de los derechos de varios de los extranjeros detenidos y amenazados de deportación, asistidos por asociaciones y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, y entre ellas, por la *American Civil Liberties Union*.<sup>17</sup>

Esta actividad judicial originó que al día siguiente de dictada la Orden Ejecutiva, el sábado 28 de enero de 2017 en la noche, la Juez Ann Donnelly de la Corte Federal del Distrito Este de Nueva York, en Brooklyn, dictara una *temporary injunction* (amparo cautelar) en protección de los derechos al debido proceso e igualdad de unos nacionales iraquíes (Caso *Hameed Khalid Darwesh et al vs. Donald Trump et al*) detenidos en el aeropuerto J.F Kennedy

---

<sup>16</sup> Véase el texto en <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>

<sup>17</sup> Véase la información en *The New York Times*, New York, 28 de enero de 2017 en [https://www.nytimes.com/2017/01/28/us/refugees-detained-at-us-airports-prompting-legal-challenges-to-trumps-immigration-order.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2017/01/28/us/refugees-detained-at-us-airports-prompting-legal-challenges-to-trumps-immigration-order.html?_r=0); y en *The Wall Street Journal*, New York, 30 de enero de 2017, p. 5.

en Nueva York, prohibiendo que fueran deportadas aquellas personas con solicitudes de refugiado aprobadas, o titulares de visas válidas y otros individuos de Iraq, Siria, Irán, Sudan, Libia, Somalia y Yemen con autorización legal de entrada a los Estados Unidos.<sup>18</sup>

En sentido similar decidieron otras tres Cortes Federales de Distrito en otras partes de los Estados Unidos,<sup>19</sup> en las ciudades de Boston (Juez Allison D. Burroughs), Alexandria (Juez Leonie M. Berinkema) y Seattle (Juez Ythomas S. Zilly), no solo prohibiendo la deportación sino la detención de los extranjeros con autorización de entrada en los Estados Unidos<sup>20</sup>

La consecuencia inmediata de esta actividad judicial fue la enmienda realizada por el Consultor Jurídico de la Casa Blanca, que se reflejó en la precisión que hizo el *Department of Homeland Security* excluyendo de la aplicación de la Orden Ejecutiva a los tenedores de residencia permanente (*Green Card*) que estuviesen regresando al país.<sup>21</sup> Luego fue anunciada una segunda enmienda en el sentido de que la Orden no se aplicaría a los iraquíes que habían trabajado como intérpretes para los Estados Unidos.<sup>22</sup>

En todos los casos judiciales, las acciones intentadas plantearon la inconstitucionalidad de la Orden Ejecutiva, y si bien en los mismos se acordaron amparos cautelares, de orden temporal, ello fue mientras se desarrollaban los juicios en los cuales el Gobierno federal debía intervenir como demandante.

El lunes 30 de enero de 2017, la abogada Sally Yates, encargada de la Oficina del *Attorney General* de los Estados Unidos ya que su titular había renunciado por el cambio de gobierno y no había aprobado al sucesor en el Senado, consciente de la inconstitucionalidad que afectaba la Orden Ejecutiva,<sup>23</sup> instruyó a los servicios del Departamento de Justicia que no

---

<sup>18</sup> Véase en <https://assets.documentcloud.org/documents/3437026/Darweesh-v-Trump-Order-on-Emergency-Motion-For.pdf>

<sup>19</sup> Véase la información en *The Wall Steet Journal*, New York, New York, 30 de enero de 2017, p. 4.

<sup>20</sup> Véase en Adam Liptak, “Rulings Blocking Parts of Trump’s Order Are the First Step on a Long Legal path,” en *The New York Times*, New York, 30 de enero de 2017, p. A10.

<sup>21</sup> Véase Peter Baker, “Trump Modifies Ban On Migrants as Outcry Grows,” en *The New York Times*, New York, 30 de enero de 2017, pp. A1 y A11.

<sup>22</sup> Véase David Zucchino, “Visa Ban Is Amended to Allow Iraqi Interpreters Into US,” en *The New York Times*, New York, 3 de febrero de 2017, p. A19.

<sup>23</sup> La abogada Yates expresó que “Actualmente, no estoy convencida que la defensa de la Orden Ejecutiva sea consistente con mis responsabilidades, ni estoy convencida de que la Orden Ejecutiva sea legal.” Véase en Michael D. Shear, mark Landler, Matt



defendieran en las Cortes la Orden Ejecutiva, lo que fue considerado por la Casa Blanca como una “traición al Departamento de Justicia” habiendo sido despedida por ello de su cargo el mismo día 30 de enero.<sup>24</sup>

Ese mismo día, el Gobernador del Estado de Washington y el *Attorney General* del mismo, Bob Ferguson, anunciaron que intentarían una demanda judicial contra la Orden Ejecutiva con mayor amplitud que las que se habían intentado hasta el momento, buscando invalidarla a nivel nacional, por inconstitucional y violatoria de la ley federal, considerando que se trataba de un ataque frontal contra la fe musulmana que podía dañar los negocios y las personas en el Estado, anunciando que la demanda estaría acompañada de testimonios de grandes empresas como Amazon y Expedia, sobre el carácter dañoso de la orden del Presidente Trump.<sup>25</sup>

Adicionalmente, el *Attorney General* del Estado de Massachusset anunció que se haría parte en el proceso que se había iniciado en Boston por la *American Civil Liberties Union*, alegando contra la Orden Ejecutiva daños contra las instituciones del Estado, incluyendo la Universidad de Massachusetts, donde estudiantes y profesores serían directamente afectados por la Orden, forzando a dichas instituciones a discriminar ilegalmente a las personas por su religión o por su país de origen.<sup>26</sup>

Adicionalmente, el Consejo de las Relaciones Americanas-Islámicas intentó otra demanda en Virginia representando a 27 musulmanes residentes en los Estados Unidos que se consideraba serían afectados por la Orden Ejecutiva, calificándola como una “Orden de Exclusión de Musulmanes” citando lo que el Presidente Trump había definido como política durante su campaña para las primarias en su nominación como candidato presidencial, de que cerraría la inmigración musulmana en los Estados Unidos.<sup>27</sup>

---

Apuzzo and Eric Lichtblau, “Trump Fires Justice Chief who Defied Him,” en *The New York Times*, New York, 31 de enero de 2017, pp. A1, A12.

<sup>24</sup> Véase en Damian Paletta and Aruna Viswanatha, “President Outs Acting Justice Chief,” en *The Wall Street Journal*, New York, 31 de enero de 2017, p. A1;

<sup>25</sup> Véase Alexander Burns, “Legal Challenges Mount Against Travel Ban Ordered by Trump,” en *The New York Times*, 31 de enero de 2017, pp. A8; y “How Washington State Banded Together to halt Trump’s Travel Decree,” en *The New York Times*, New York, 5 de febrero de 2017, pp. 13.

<sup>26</sup> Véase Alexander Burns, “Legal Challenges Mount Against Travel Ban Ordered by Trump,” en *The New York Times*, 31 de enero de 2017, pp. A8.

<sup>27</sup> *Idem*.

**IV. LA DEMANDA INTENTADA POR EL ESTADO DE WASHINGTON CONTRA LA ORDEN EJECUTIVA Y LA DECISIÓN CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE SUS EFECTOS A NIVEL NACIONAL POR LA CORTE FEDERAL DEL DISTRITO OESTE DEL ESTADO DE WASHINGTON DE 3 DE FEBRERO DE 2017**

1. *La demanda del Estado de Washington a la cual se sumó el Estado de Minnesota*

Tal como se había anunciado, el mismo día 30 de enero de 2017, el Estado de Washington efectivamente intentó ante la Corte Federal del Distrito Oeste de Washington en Seattle, a cargo del Juez James Robart, una demanda contra los “Donald J. Trump, en su carácter oficial de Presidente de los Estados Unidos, el Departamento de *Homeland Security* de los Estados Unidos, John F. Kelly, en su carácter oficial de Secretario del Departamento de *Homeland Security*, Tom Shannon, en su carácter oficial de Secretario de Estado encargado, y los Estados Unidos de América” como demandados, solicitando la invalidación de la antes identificada Orden Ejecutiva dictada por el Presidente Trump el 29 de enero de 2017, junto con una petición de amparo (*injunctive relief*) buscando la suspensión de los efectos de dicha Orden. Con fecha 1º de febrero de 2017, el Estado de Washington modificó la demanda añadiendo a la misma como demandante, al Estado de Minnesota.

Los argumentos formulados por la *Solicitor General* del Estado de Washington, Noah G. Putcell, para solicitar la protección de la Corte respecto de las personas que viven en el Estado y cuyas vidas estimó que cambió de repente con la Orden Ejecutiva, estuvieron enfocados en relación con:

“las personas que han estado aquí y de la noche a la mañana han perdido su derecho a viajar, su derecho a visitar sus familias, su derecho a investigar, su derecho de hablar y dar conferencias alrededor del mundo. Y también personas que han vivido aquí por mucho tiempo y que por casualidad estaban en el exterior al momento de la emisión de la Orden, que se adoptó sin aviso de ninguna clase, perdieron de repente su derecho a regresar a los Estados Unidos.”<sup>28</sup>

Como lo resumió la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en su decisión del 9 de febrero de 2017, que se comenta más adelante, para la solicitud de declaratoria parcial de inconstitucionalidad e legalidad de la Orden Ejecutiva:

---

<sup>28</sup> Véase en Adam Liptak, “The President has Much Power Over Immigration, but How Much?,” en *The New York Times*, New York, 6 de febrero de 2017, p. A11.

“Washington alegó que la Orden Ejecutiva dejó varadas inconstitucional e ilegalmente en el exterior a residentes, separó sus familias, restringió sus viajes, y dañó a la economía del Estado y a las universidades públicas en violación de la Primera y Quinta Enmienda. la Ley de Inmigración Nacional, la Ley de reforma y reestructuración de Asuntos Exteriores, la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa y la Ley de Procedimiento Administrativo. Washington también alegó que la Orden Ejecutiva no estaba en verdad destinada a proteger contra ataques terroristas por nacionales extranjeros, sino más bien estuvo destinada a establecer una “Prohibición Musulmana” como el Presidente afirmó que lo haría durante su campaña presidencial”.

El mismo día de presentada la demanda, el Estado de Washington formuló una petición de emergencia para la emisión de una medida cautelar (*Temporary Restraining Order*) de suspensión de la aplicación de las secciones 3(c), 5(a)-(c), and 5(e) de la Orden Ejecutiva, con el objeto de preservar el *status quo* hasta que la Corte realizara la Audiencia para decidir sobre la moción de amparo (*preliminary injunction*.) que se formuló con la demanda. Posteriormente el Juez Robart procedió a efectuar la audiencia respectiva, luego de la oposición del Gobierno Federal respecto de dicha medida, como consecuencia de lo cual pasó a dictar sentencia el 3 de febrero de 2017 (caso *Washington v. Trump*, No. C17-0141-JLR, 2017 WL 462040 (W.D. Wash. Feb. 3, 2017),<sup>29</sup> solo sobre la referida petición de la medida cautelar que intentaron los demandantes.<sup>30</sup>

## 2. *La decisión sobre la medida cautelar de amparo y su fundamento legal*

Para decidir la petición de medida cautelar (*Temporary Restraining Order*) formulada, el Juez comenzó por declarar su jurisdicción para conocer de la demanda contra los demandados federales, constatando que los Estados habían realizado los esfuerzos necesarios para contactarlos, habiendo cumplido razonable y sustancialmente con el requerimiento establecido en la *Federal Rule of Civil Procedure* 65(b); habiendo dichos demandados comparecido y defendido su posición ante la Corte.

---

<sup>29</sup> Véase en <https://assets.documentcloud.org/documents/3446145/WA-Order.pdf>.

<sup>30</sup> La Corte citó en apoyo sobre la naturaleza de la Orden Restrictiva Temporal la sentencia *Granny Goose Foods, Inc. v. Bhd. Of Teamsters & Auto Truck Drivers Local No. 70 of Alameda City*, 415 U.S. 423, 439 (1974); *Am. Honda Fin. Corp. v. Gilbert Imports, LLC*, No. CV-13-5015-EFS, 2013 WL 12120097, at \*3 (E.D. Wash. Feb. 22, 2013), en la cual se estableció que “El propósito de la *Temporary Restraining Order* es preservar el *status quo* hasta que haya una oportunidad to realizar una audiencia en relación con la aplicación de la *preliminary injunction*....”

En cuanto a la medida cautelar solicitada, el Juez constató que los requisitos para dictarla son los mismos que los exigidos para dictar una *preliminary injunction*,<sup>31</sup> considerando que la *Temporary Restraining Order*, como cualquier medida cautelar en los derechos latinoamericanos, es un “remedio extraordinario que solo puede acordarse cuando hay una clara evidencia de que el demandante es acreedor de tal medida,”<sup>32</sup> considerando además que los requisitos para acordar un *preliminary injunctive relief* son que la parte demandante haya demostrado:

“(1) que es muy probable que triunfe en cuanto al mérito; (2) que es muy probable que sufra un daño irreparable en ausencia de remedio preliminar (3) que el balance de equidad se inclina a su favor; y 4) que la *injunction* es en interés público.”<sup>33</sup>

Es decir, en otros términos, los mismos requisitos exigidos para dictar una medida cautelar en los derechos latinoamericanos, para lo cual el juez debe analizar en primer término, *el fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional alegado por la parte quejosa y que lo vincula al caso concreto; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, es decir, la convicción de que el derecho debe ser preservado o restituido de forma inmediata, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.

Por ello el Juez precisó como *test* alternativo, que una *preliminary injunction* es apropiada si “hay cuestiones serias envueltas en el mérito que se hayan planteado y que el balance de la privación se inclinen a favor del demandante,” permitiendo por tanto la preservación del *status quo* cuando cuestiones complejas requieran ulterior inspección y deliberación.<sup>34</sup> Sin embargo, admitió la Corte que la aproximación sobre las “cuestiones serias” envueltas en la petición apoyan la decisión de la Corte para otorgar una medida cautelar (*Temporary Restraining Order*). “solo si el demandante también evidencia que existe una buena posibilidad de que se produzca un daño irreparable y de que la *injunction* es en interés público.”<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Cita de la Corte: *New Motor Vehicle Bd. of Cal v. Orrin W. Fox Co.*, 434 U.S. 1345, 1347 n.2 (1977).

<sup>32</sup> Cita de la Corte: *Winter v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 24 (2008).

<sup>33</sup> Cita de la Corte: *Stormans, Inc. v. Selecky*, 586 F.3d 1109, 1127 (9th Cir. 2009) (citing *Winter*, 555 U.S. at 20),

<sup>34</sup> Cita de la Corte: *All. for the Wild Rockies v. Cottrell*, 632 F.3d 1127,1134-35 (9th Cir. 2011).

<sup>35</sup> Cita de la Corte: *Id.* at 1135

La parte requirente tiene la carga de la persuasión y debe mostrar claramente que tiene derecho a la protección.”<sup>36</sup>

Partiendo de estos principios, la Corte consideró que los Estados demandantes habían satisfecho los estándares para otorgar la medida cautelar (*Temporary Restraining Order*), y que debía entonces otorgarla. En particular consideró que los Estados habían satisfecho los requisitos establecidos en el caso *Winter*, ya que habían demostrado que tenía buena probabilidad de triunfar en el mérito de la demanda que les da derecho a protección; que los Estados muy probablemente, en ausencia de la medida cautelar, sufrirían daños irreparables; que el balance de lo discutido favorecía a los Estados; y que la medida cautelar era en interés público.

La Corte también encontró que los Estados habían satisfecho el *test* “alternativo” establecido en el caso *Cottrell*, porque habían establecido al menos cuestiones serias en relación con el mérito de su demanda y que el balance de los asuntos precisamente estaba a su favor. La Corte también consideró que como en el *test* del caso *Winter*, los Estados establecieron una buena probabilidad de que se ocasionaría un daño irreparable, y que la medida cautelar (*Temporary Restraining Order*), era en interés público.

Específicamente, a los efectos de otorgar la medida cautelar,

“la Corte encontró que los Estados han satisfecho la carga de demostrar que los mismos enfrentan un daño inmediato e irreparable como resultado de la firma e implementación de la Orden Ejecutiva. La Orden Ejecutiva afecta adversamente a los residentes de los Estados en áreas de empleo, educación, negocios, relaciones familiares y libertad de viajar. Estos daños se extienden a los Estados en virtud de sus roles como *parens patriae*<sup>37</sup> de los residentes que viven dentro de sus fronteras. Adicionalmente los Estados mismos están lesionados en virtud del daño que ha provocado la implementación de la Orden Ejecutiva en relación con las operaciones y misiones de sus universidades públicas y otras instituciones de alta educación, al igual que las lesiones a las operaciones, base impositiva y fondos públicos de los Estados. Estos daños son significantes y están en curso. En consecuencia, la Corte concluye que una *Temporary Restraining Order* contra los demandados federales es necesaria hasta que la Corte oiga y decida la demanda de los Estados sobre la *preliminary injunction* demandada.”

---

<sup>36</sup> Cita de la Corte: *Winter*, 555 U.S. at 22

<sup>37</sup> Del latín: “padre de la nación,” en el sentido del poder inherente que tiene la autoridad en un Estado de proteger a las personas que no pueden legalmente actuar en su propio interés.

En consecuencia de esta decisión, la Corte ordenó a los demandados: “Donald J. Trump, en su carácter oficial de Presidente de los Estados Unidos, el Departamento de *Homeland Security* de los Estados Unidos, John F. Kelly, en su carácter oficial de Secretario del Departamento de *Homeland Security*, Tom Shannon, en su carácter oficial de Secretario de Estado encargado, y los Estados Unidos de América,” que ellos mismos y sus respectivos “oficiales, agentes, sirvientes, empleados, abogados y personas actuando en concierto o participando con ellos” están obligados a no cumplir con las Secciones siguientes de la Orden Ejecutiva: Sección 3.c; Sección 5.a; Sección 5.b o que procedan con cualquier acción que priorice reclamos de refugiados basados en ciertas minorías religiosas; Sección 5.c; Sección 5.e en cuanto a que persigue priorizar reclamos de refugiados basados en ciertas minorías religiosas.

El Juez aclaró en su decisión que, en todo caso, la medida cautelar otorgada era de ámbito nacional, prohibiendo la aplicación de las Secciones mencionadas de la Orden Ejecutiva en todas las fronteras de los Estados Unidos y puertos de entrada hasta que se produzcan nuevas decisiones de la Corte. La Corte argumentó que aun cuando los demandados argumentaron que la medida cautelar debía limitarse a los Estados demandantes, una implementación parcial de la Orden Ejecutiva “afectaría el principio constitucional de la Regla uniforme de Naturalización” y la instrucción del Congreso de que las leyes de inmigración de los Estados Unidos deben ser aplicadas uniformemente.<sup>38</sup>

3. *La puntualización final de la sentencia, a manera de conclusión, sobre los poderes de los jueces federales en materia de control de constitucionalidad*

La sentencia del Juez de Distrito Robart concluyó con una serie de reflexiones sobre el tema de la importancia de la independencia judicial. El Juez dijo:

“Es fundamental para el trabajo de esta Corte, el reconocimiento vigilante de que es solo una de las tres ramas iguales de nuestro gobierno federal. El trabajo de la Corte no es crear una política o juzgar la sabiduría de cualquier política particular promovida por las otras dos ramas.

Ese es el trabajo de las ramas legislativa y ejecutiva y de los ciudadanos de este país quienes ultimadamente ejercen el control democrático sobre esas ramas. El trabajo de la Judicatura, y de esta Corte, está limitado a

---

<sup>38</sup> Cita de la Corte: *Texas v. United States*, 809 F.3d 134, 155 (5th Cir. 2015) (footnotes omitted) (quoting U.S. CONST, art. I, § 8, cl. 4 (emphasis added) and Immigration and Reform Control Act of 1986, Pub. L. No. 99-603, § 115(1), 100 Stat 3359, 3384 (emphasis added). An equally divided Supreme Court affirmed *Texas v. United States*, 809 F.3d 134, in *United States v. Texas*, –, U.S., –136 S. Ct. 2271 (2016) (per curiam)

asegurar que las acciones adoptadas por las otras dos ramas se ajustan a las leyes de nuestro país, y aún más importante, a nuestra Constitución. La estrecha cuestión que esta Corte es llamada a considerar hoy es si es apropiado emitir una medida cautelar contra ciertas acciones adoptadas por el Ejecutivo en el contexto de esta específica demanda. Aun cuando la cuestión es estrecha, la Corte es consciente del considerable impacto que su orden puede tener en relación con las partes ante ella, la rama ejecutiva de nuestro gobierno y los ciudadanos y residentes del país. La Corte concluye que las circunstancias que se han traído hoy son tales que debe intervenir para llenar su rol constitucional en nuestro gobierno tripartido. En consecuencia, la Corte concluye que el otorgamiento de la antes descrita medida cautelar es necesaria y por tanto se declara con lugar la petición de los Estados.”

Debe mencionarse que en contraste con la decisión del Juez Robart, en otra demanda intentada ante la Corte de Distrito de Boston, el Juez Nathaniel M. Gorton negó una petición similar de suspender la aplicación de la Orden Ejecutiva.<sup>39</sup>

4. *Los ataques del Poder Ejecutivo contra el Juez de Distrito, la independencia judicial y la apelación.*

En todo caso, razón tenía el Juez Robart de formular las conclusiones antes destacadas, pues no pasaron horas antes de que en comunicado de la Casa Blanca se calificara la sentencia como “indignante,”<sup>40</sup> y de que el Presidente Trump argumenta que la sentencia “ponía en peligro la seguridad de la nación,” de manera que “si sucede algo en el país, culpenlo a él y al sistema judicial.”<sup>41</sup> El Presidente llegó a afirmar que:

“La opinión de este llamado juez, que esencialmente elimina la aplicación de la ley de nuestro país, es ridícula y será revocada.”<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Véase la información en Adam Liptak, “The President Has Much Power Over Immigration, but How Much?”, en *The New York Times*, New York, 6 de febrero de 2017, p. A11.

<sup>40</sup> Véase Nicholas Kulish, Caitlin Dockerson and Charlie Savage, “Judge Issues Interim halt to Travel Ban,” en *The New York Times*, New York 4 de febrero de 2017, p. 1A.

<sup>41</sup> Véase Peter Baker, “Legal Showdown over Immigrants Test Presidency,” en *The New York Times*, New York 6 de febrero de 2017, pp. A1, A10

<sup>42</sup> Véase en Mark Landeler, “Administration files an appeal of Travel Ruling,” en *The New York Times*, New York, 5 de febrero de 2017, pp. 1 y 12A; y Peter Baker, “Legal Showdown over Immigrants Test Presidency,” en *The New York Times*, New York, 6 de febrero de 2017, pp. A1, A10. Véase sobre el ataque a los jueces por el Presidente el comentario del editorial “Mr. Trump Real Fear: The Courts,” en *The New York Times*, New York, 7 de febrero de 2017, p. A20

Unos días después el Presidente comentó: “Si los Estados Unidos no ganan este caso como tan obviamente debe ganar, nunca podremos tener la seguridad a la cual tenemos derecho.”<sup>43</sup> Y agregó: “Pero parece que las Cortes son tan políticas, y sería muy grande para nuestro sistema judicial si las mismas fueran capaces de leer los argumentos y hacer lo que es correcto.”<sup>44</sup>

Los ataques del Presidente Trump al Juez Robart fueron altamente criticadas, y sobre ellos, por ejemplo, el Gobernador del Estado de Washington, demandante en el caso, los calificó como rayando “debajo de la dignidad” de la Presidencia, lo que podría “llevar a América a una calamidad.”<sup>45</sup> Incluso el Juez Neil Gorsuch, nominado por el propio Presidente Trump para Juez de la Corte Suprema, expresó que los ataques de Trump al juez Robart eran “desmoralizadores y desalentadores.”<sup>46</sup> El Vicepresidente de los Estados Unidos, Mike Pence, sin embargo, defendió al Presidente argumentando que “tenía todo el derecho de criticar las otras dos ramas del gobierno. Y nosotros tenemos una larga tradición sobre ello en este país.”<sup>47</sup>

La sentencia del Juez de Distrito de Washington, cuyo cumplimiento fue inmediato por parte de los Departamentos del gobierno, fue apelada por el Gobierno federal el día sábado 4 de febrero de 2017, y el caso pasó a conocimiento de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en San Francisco, la cual negó en domingo 5 de febrero de 2017 una solicitud urgente presentada por el Departamento de Justicia para que se restablecieran de forma inmediata los efectos de la Orden Ejecutiva.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Véase Beth Reinhard and Rebecca Balhaus, “Court Nominee Criticizes Trump’s Attacks,” en *The Wall Street Journal*, 9 de febrero de 2017, p. A14. Véase los comentarios sobre las críticas del Presidente Trump a los jueces en el Editorial “The Quiet Grandeur of the Courts,” en *The Wall Street Journal*, New York, 9 de febrero de 2017, p. A26.

<sup>44</sup> Véase en Julie Hirschfeld Davis, “In Private, Supreme Court Choice Calls Trump’s attack on Judiciary ‘Demoralizing,’” en *The New York Times*, New York 9 de febrero de 2017, p. A16.

<sup>45</sup> Véase en Mark Lander, “Administration files an appeal of Travel Ruling,” en *The New York Times*, New York 5 de febrero de 2017, p.12.

<sup>46</sup> Véase en Beth Reinhard and Rebecca Balhaus, “Court Nominee Criticizes Trump’s Attacks,” en *The Wall Street Journal*, New York, 9 de febrero de 2017, p. A1; en Julie Hirschfeld Davis, “Court Pick Says Trump’s Censure is ‘Demoralizing,’” en *The New York Times*, New York 5 de febrero de 2017, p.A1.

<sup>47</sup> Véase en Peter Baker, “Legal Showdown over Immigrants Test Presidency,” en *The New York Times*, New York 6 de febrero de 2017, p. A10.

<sup>48</sup> Véase Devlin Barrett and Brent Kendall, “Appellate Standoff Looms Over Ban,” en *The Wall Street Journal*, 6 de febrero de 2017, p. A1; y Peter Baker, “Legal Showdown over Immigrants Test Presidency,” en *The New York Times*, New York 6 de febrero de 2017, p. A1.



El argumento del Gobierno federal fue que el Juez Robart, en definitiva cuestionaba el poder del Presidente en materia de seguridad nacional y, en particular, en materia de inmigración que conforme a la Constitución y a la ley federal es muy amplio,<sup>49</sup> no teniendo los jueces en la materia la herramientas necesarias para decidir, ya que “las Cortes no tienen acceso a información clasificada acerca de las amenazas de organizaciones terroristas operando en determinadas naciones, sus esfuerzos por infiltrar los Estados Unidos, o las fallas del proceso de veto [al ingreso de extranjeros].”<sup>50</sup>

El Departamento de Justicia basó su argumento en la extensión del poder del Presidente en esta materia, cuando actúa, como en este caso, con autorización del Congreso, lo que lo coloca, citando el caso *Youngstown Sheet & Tube Co v. Sawyer*, 1952, en el “ápex de su poder.”

Los abogados del Estado de Washington, si bien aceptaron la extensión del poder presidencial para negarle la entrada a extranjeros al territorio americano cuando ello sea perjudicial a los intereses de los Estados Unidos, argumentaron sin embargo que dicho poder, por amplio que fuera no podía ejercerse discriminando por raza, sexo, nacionalidad, lugar de nacimiento o lugar de residencia, que son las limitaciones establecidas en la ley en materia de otorgamiento de visas; y que la Orden violaba la Primera Enmienda en materia de libertad religiosa al establecer provisiones para refugiados favoreciendo religiones minoritarias; en definitiva, “inclinando la escala en favor de refugiados cristianos a costa de musulmanes,” lo cual fue rechazado por la Administración Federal en sus argumentos.<sup>51</sup>

Ante la Corte de Apelaciones también se hicieron parte más de cien empresas tecnológicas oponiéndose a la Orden Ejecutiva por considerar que violaba la Constitución y que afectaba sus actividades;<sup>52</sup> e igualmente formularon alegatos sobre la inconstitucionalidad de la Orden Ejecutiva, los *Attorney General* de quince Estados, entre ellos de Hawái, Distrito de Columbia, New York, California, Massachusetts y Virginia, alegando que la

---

<sup>49</sup> Véase en Adam Liptak, “A look at the Case Stands, en *The New York Times*, New York, 6 de febrero de 2017, p. A10.

<sup>50</sup> Véase la información en Adam Liptak “The President has Much Power Over Immigration, but How Much?”, en *The New York Times*, New York, 6 de febrero de 2017, p. A11.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Véase Greg Bensinger and Rachel King, “Tech CEOs Take Stand vs. Trump,” en *The Wall Street Journal*, New York, 7 de febrero de 2017, p. B1.

misma “causaba daños a los Estados, incluyendo sus instituciones como las universidades públicas, las empresas que sostienen nuestras economías y a nuestros residentes.”<sup>53</sup>

El procedimiento rápido y urgente se desarrolló ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, integrada por los Jueces de Circuito William C. Canby, Richard R. Clifton, y Michelle T. Friedland, ante los cuales el 7 de febrero de 2017 las partes presentaron sus argumentos en audiencia pública.<sup>54</sup>

El Presidente Trump, quien vio por televisión el debate ante la Corte de Apelaciones, se refirió a ello en un discurso ante la Asociación de Jefes de Alcaldías de Ciudades, diciendo que había “oído cosas que no podía creer,” agregando que “Yo nunca quisiera llamar a una Corte parcializada, de manera que no voy a llamar a la Corte parcializada,” agregando que no se iba a referir a los “comentarios formulados en la audiencia por un cierto juez.” Agregó en su discurso, leyendo parte de la ley que le otorga potestad constitucional para determinar quién puede entrar en el país, que “un mal estudiante de bachillerato podría entender esto; cualquiera podría entender esto,” concluyendo que “es realmente increíble para mí que tengamos un caso en una corte que se está tomando tanto tiempo... Digamos simplemente que ellos están interpretando las cosas en forma diferente a probablemente el 100% de las personas en esta sala.”<sup>55</sup>

En ese ambiente polémico, la Corte de Apelaciones dictó sentencia el día 9 de febrero sobre la petición del Gobierno federal de revocación de la medida cautelar que había acordado el Juez de Distrito seis días antes, declarando sin lugar la apelación y ratificando la medida cautelar.

---

<sup>53</sup> Véase la información en Adam Liptak “Justice Department says a Ban on Travel is Vital to Safety,” en *The New York Times*, New York, 7 de febrero de 2017, pp. A1, A10. Sobre el rol que asumieron los *Attorney Generals* de los Estados controlados por los Demócratas, véase Alexander Burns, “Democrats Appear to Find a Bulwark Against Trump: Attorney General,” en *The New York Times*, New York, 7 de febrero de 2017, pp. A9, A10.

<sup>54</sup> Véase un resumen en Devlin Barret, Brent Kendall and Aruna Viswanatha, “Judges Grill Lawyers on Travel Ban,” *The Wall Street Journal*, New York, 8 de febrero de 2017, p. A1, A4; y en Adam Liptak, “Judges Question Government Case for Travel ban,” en *The New York Times*, New York, 8 de febrero de 2017, pp. A1, A15.

<sup>55</sup> Véase Beth Reinhard and Rebecca Balhaus, “Court Nominee Criticizes Trump’s Attacks,” en *The Wall Street Journal*, New York, 9 de febrero de 2017, p. A4.

## V. LA CONFIRMACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LA ORDEN EJECUTIVA POR PARTE DE LA CORTE DE APELACIONES DEL NOVENO CIRCUITO POR SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2017

En efecto, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito con sede en San Francisco, emitió con fecha 9 de febrero de 2017 la sentencia en el caso No. 17-35105 (Estado de Washington, Estado de Minnesota, *Plaintiffs-Appellees* v. Donald J. Trump, Presidente de los Estados Unidos; *U.S. Department Of Homeland Security*; Rex W. Tillerson, *Secretary of State*; John F. Kelly, *Secretary of the Department of Homeland Security*; *United States Of America, Defendants-Appellants*”) sobre la moción de que permaneciera vigente la Orden emitida por la Corte de Distrito del Distrito Oeste de Washington, James L. Robart, Juez de Distrito.<sup>56</sup>

Para dictar la sentencia y considerar la moción del Gobierno federal de revocación de la medida cautelar dictada en primera instancia, la Corte de Apelaciones precisó que debía considerar diversos factores:

“incluyendo si el Gobierno ha demostrado que tiene probabilidades de tener éxito en el mérito de la apelación, el grado de privación causada por la medida cautelar o su permanencia, y el interés público en el otorgamiento o la negativa de la solicitud.”

Concluyendo, luego del estudio de las evidencias que se presentaron ante la Corte, que:

“Gobierno no ha demostrado que tiene probabilidades de tener éxito en el mérito de la apelación, ni ha demostrado que de no revocarse la medida cautelar podría causar algún daño irreparable, por lo que resolvemos negar la solicitud de emergencia de revocarla.”

Para decidir, la Corte de apelaciones resolvió varios aspectos de orden procesal, sobre su propia competencia, sobre la legitimación activa de los Estados demandantes, sobre la posibilidad del control judicial de la propia Orden Ejecutiva, y sobre la incompetencia de funcionarios federales para modificar la Orden Ejecutiva.

### 1. *La reafirmación de su propia competencia por la Corte de Apelaciones*

En cuanto al tema de la competencia de la Corte de Apelaciones para revisar medidas cautelares (*Temporary Restraining Orders*) la misma entendió que si la tenía cuando la medida “posee las cualidades de una *preliminary*

---

<sup>56</sup> Véase el texto de la sentencia en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>

*injunction*,<sup>57</sup> regla que requiere que el apelante demuestre que la medida cautelar ha sido fuertemente cuestionada en un procedimiento entre partes ante la Corte Distrital y que la misma está o va a estar en aplicación por un período mayor a los 14 días indicados en las normas de procedimiento federal (*Federal Rule of Civil Procedure* 65(b)).

En esta materia, la Corte de Apelaciones consideró que en las extraordinarias circunstancias del caso, la orden cautelar de la Corte de Distrito tenía la cualidad de una *preliminary injunction* apelable, ya que las partes habían impugnado vigorosamente ante la misma, tanto por escrito como oralmente, las bases legales de la orden; no teniendo dicha medida cautelar ninguna fecha de expiración, previéndose en consecuencia que la misma tendría una duración de más de 14 días, particularmente por no haberse fijado alguna audiencia para conocer de la petición de la *preliminary injunction*.

Por ello, en vista de los argumentos del Gobierno sobre la urgencia de la decisión, la Corte de Apelaciones afirmó su competencia, considerando que el período de la medida cautelar era lo suficientemente largo como para considerar que la misma tenía las cualidades de una “*reviewable preliminary injunction*.”<sup>58</sup>

## 2. *La decisión sobre la legitimación activa de los Estados para demandar en este caso*

El Gobierno federal, por su parte, alegó que la Corte de Distrito había carecido de materia sobre la cual decidir, porque los Estados no tenían la legitimación necesaria para demandar. Sobre ello, la Corte de Apelaciones consideró que tenía la obligación independiente de decidir sobre su jurisdicción,<sup>59</sup> considerando que, en el caso, los Estados habían probado suficiente legitimación, al menos en la fase preliminar del procedimiento.

En esta materia, la Corte de Apelaciones consideró que el Artículo III, sección 2 de la Constitución permite a los tribunales federales considerar solo “Casos” y “Controversias,” indicando como se decidió en el caso *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 516 (2007), que “esas palabras reducen la competencia de las cortes federales solo respecto de cuestiones presentadas

---

<sup>57</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Serv. Emps. Int'l Union v. Nat'l Union of Healthcare Workers*, 598 F.3d 1061, 1067 (9th Cir. 2010).'

<sup>58</sup> La Corte de apelaciones aclaró que esta consideración no prejulgaba sobre la jurisdicción en apelación sobre el mérito. Cita de la Corte: *See Nat'l Indus. Inc. v. Republic Nat'l Life Ins. Co.*, 677 F.2d 1258, 1262 (9th Cir. 1982).

<sup>59</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Arbaugh v. Y & H Corp.*, 546 U.S. 500, 514 (2006), and we consider the Government's argument de novo, *see, e.g., Hajro v. U.S. Citizenship & Immigration Servs.*, 811 F.3d 1086, 1098 (9th Cir. 2016).

en un proceso entre partes y en una forma considerada históricamente como capaz de ser resuelta en un proceso judicial.”<sup>60</sup>

La Corte de Apelaciones recordó, además, que “la legitimación es una parte esencial e inmodificable del requisito del caso-o-controversia”<sup>61</sup> agregando que “la esencia de la cuestión sobre legitimación” es que el demandante tenga suficiente interés personal en el resultado de la controversia” para asegurar que las partes estarán realmente confrontadas y sus argumentos legales estarán bien afilados.”<sup>62</sup>

Para establecer la legitimación conforme al artículo III de la Constitución, la Corte consideró que el demandante debía demostrar “que ha sufrido un daño concreto y particularizado que debe ser actual o inminente, que la lesión sea fácilmente atribuible al demandado, y que sea probable que una decisión favorable pueda compensar la lesión.”<sup>63</sup> Además, consideró la Corte que en virtud de que la legitimación es “una parte indispensable del caso del demandante” debe “estar soportada en la misma forma como cualquier otra materia en la cual el demandante tenga la carga de la prueba, con la manera y grado de evidencia requerido en los estadios sucesivos del litigio.”<sup>64</sup>

En relación con el caso concreto, en la fase preliminar en la cual se encontraba, la Corte entonces concluyó que los Estados podían basarse en los alegatos contenidos en su demanda o en cualquier otra evidencia que sometieron en apoyo de la moción de *Temporary Restraining Order* (medida cautelar) solicitada a los efectos de lograr esa carga. Con esos alegatos y evidencias, los Estados debían “mostrar claramente cada uno de los elementos de su legitimación.”<sup>65</sup>

Ahora bien, con base en lo anterior, la Corte de Apelaciones apreció que los Estados en el caso “habían argumentado que la Orden Ejecutiva causaba una lesión concreta y particularizada a sus universidades públicas, las cuales las partes no cuestionaron que eran ramas de los Estados conforme a la ley

---

<sup>60</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Id.* (quoting *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 95 (1968)).

<sup>61</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *See Lujan v. Defs. of Wildlife*. 504 U.S. 555, 560 (1992).

<sup>62</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Massachusetts*, 549 U.S. at 517 (quoting *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 204 (1962)).

<sup>63</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Id.* (citing *Lujan*, 504 U.S. at 560-61).

<sup>64</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Id.* (citing *Lujan*, 504 U.S. at 560-61).

<sup>65</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Townley v. Miller*, 722 F.3d 1128, 1133 (9th Cir. 2013). La Corte de Apelaciones agregó en su cita que su decisión en *Townley* se refirió a una moción para una *preliminary injunction*, pero los estándares legales aplicables a las *Temporary Restraining Order* y a las *preliminary injunctions* son “sustancialmente idénticas.” *Stuhlberg Int’l Sales Co., Inc. v. John D. Brush & Co., Inc.*, 240 F.3d 832, 839 n.7 (9th Cir. 2001):

estadal,”<sup>66</sup> haciendo referencia a la situación concreta de algunos profesores y estudiantes nacionales de los siete países afectados, que no podían “viajar para investigar, para colaboración académica, o por razones personales, y sus familias en el extranjero no pueden viajar a visitarlos, “agregando que “algunos se han quedado varados fuera del país, impedidos completamente de regresar a la universidad,” y que “las escuelas no pueden considerar atractivos a candidatos a estudiantes y no pueden contratar profesores de los siete países afectados, como lo han hecho en el pasado.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte de Apelaciones consideró conforme la doctrina de la “*third-party standing*,” que dichas lesiones a las universidades estadales les otorgaba a los Estados legitimación para reivindicar los derechos de los estudiantes, académicos y profesores afectados por la Orden Ejecutiva, citando el caso *Singleton v. Wulff*, 428 U.S. 106, 114-16 (1976), en el cual se explicó que la doctrina “*third-party standing*” es permitida cuando los intereses de la tercera parte están “indisolublemente unidos a la actividad que el litigante busca perseguir;” cuando el litigante está “completamente o muy cerca, como efectivo proponente del derecho” como la tercera parte, o cuando la tercera parte es menos capaz de reivindicar sus propios derechos;<sup>67</sup> y en particular, cuando las escuelas han sido permitidas para reivindicar los derechos de sus estudiantes.<sup>68</sup> En sentido similar a lo resuelto en los casos citados por la Corte de Apelaciones, la misma apreció para admitir la legitimación activa de los Estados impugnantes, que

“los intereses de las universidades de los Estados aquí están en línea con los de sus estudiantes. El éxito educacional de los estudiantes está “indisolublemente unido” en la capacidad de las universidades de enseñarlos *Singleton*, 428 U.S. at 115. Y la reputación de las universidades depende del éxito de las investigaciones de sus profesores. En consecuencia, como operadores de las universidades estadales, los Estados pueden reivindicar no solo sus propios derechos en lo que estén afectados por la Orden Ejecutiva, sino también pueden reivindicar los derechos de sus estudiantes y de los profesores.”

<sup>66</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *See, e.g., Hontz v. State*, 714 P.2d 1176, 1180 (Wash. 1986) (en banc); *Univ. of Minn. v. Raygor*, 620 N.W.2d 680, 683 (Minn. 2001).

<sup>67</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 195 (1976); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); y NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) han sido permitidas para reivindicar los derechos constitucionales de sus miembros, *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

<sup>68</sup> Citas de la Corte de Apelaciones: *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160,175 & n.13 (1976), *Pierce v. Soc’y of Sisters*, 268 U.S. 510, 536 (1925); *Parks Sch. of Bus., Inc. v. Symington*, 51 F.3d 1480, 1487-88 (9th Cir. 1995). *Ohio Ass’n of Indep. Sch. v. Goff*, 92 F.3d 419,422 (6th Cir. 1996).

Por lo que concluyó sobre el tema de la legitimación activa, disponiendo que:

“los Estados han alegado daños a sus intereses de propiedad trazables hasta la Orden Ejecutiva. La necesaria conexión puede establecerse a lo sumo en dos pasos lógicos: (1) La Orden Ejecutiva impide a los nacionales de los siete países entrar a Washington y Minnesota; (2) como resultado, algunas personas no podrán ingresar a las universidades como profesores, algunas no podrán realizar investigaciones, y a algunas no se les permitirá que regresen si se van. Y no tenemos dificultad en concluir que las lesiones a los Estados serán compensadas si pueden obtener la medida que han solicitado, sobre una declaración de que la Orden Ejecutiva viola la Constitución y un amparo exceptuando su aplicación. El Gobierno no argumentó en otra forma. En consecuencia, sostenemos que los Estados tienen legitimación.”<sup>69</sup>

3. *Sobre el poder de las Cortes Federales para controlar la constitucionalidad de los actos ejecutivos*

En el caso, el Gobierno federal cuestionó la competencia de la Corte Distrital de suspender la aplicación de la Orden Ejecutiva alegando que el Presidente tenía “una autoridad no controlable para suspender la admisión de cualquier clase de extranjeros.” Sobre ello, la Corte de Apelaciones destacó que el Gobierno no solamente argumentó que las Cortes deben tener una deferencia sustancial respecto de las decisiones en materia de política de inmigración y de seguridad nacional que corresponden a las ramas políticas del gobierno, lo que es un principio incontrovertido bien fundado en la jurisprudencia de los Estados Unidos,<sup>70</sup> sino que había tomado la posición de afirmar que

“las decisiones del Presidente sobre política de inmigración, particularmente cuando están motivadas en preocupaciones de seguridad nacional, son irrevisables (*unreviewable*), incluso si dichas acciones

---

<sup>69</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: “Los Estados han reivindicado otros intereses de propiedad y también han presentado una teoría alternativa de legitimación basada en su habilidad de defender los intereses de sus ciudadanos como *parens patriae*. En virtud de que hemos concluido que los derechos de propiedad de los Estados como operadores de sus universidades públicas son suficientes para apoyar su legitimación, no necesitamos llegar a esos argumentos.”

<sup>70</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *See, e.g., Cardenas v. United States*. 826 F.3d 1164, 1169 (9th Cir. 2016) (reconociendo que “el poder de expulsar o excluir a extranjeros es una atribución soberana fundamental ejercida por los departamentos políticos del Gobierno ampliamente inmune a control judicial” (citando *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1977))); *see also Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 33-34 (2010).

potencialmente contravienen derechos y protecciones constitucionales. El Gobierno en efecto argumenta que se viola la separación de poderes cuando la judicatura conoce de una cuestión de constitucionalidad contra acciones ejecutivas como en este caso.”

Sobre este alegato del Gobierno, la Corte de Apelaciones expresó que “no hay precedentes para apoyar ese argumento de irrevisabilidad, siendo el mismo más bien contrario a la estructura fundamental de nuestra democracia constitucional,” citando el caso *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 765 (2008), donde se rechazó la idea de que, incluso mediante ley del Congreso, el Congreso y el Ejecutivo puedan llegar a eliminar la jurisdicción de habeas corpus de las cortes federales en relación con los combatiente enemigos, porque las “ramas políticas” del gobierno carecen “del poder de cambiar *on or of*” la Constitución a su voluntad.”

Al contrario, la Corte de Apelaciones sostuvo que en el sistema norteamericano, el rol de la rama judicial es interpretar la ley, que es un deber que en algunas ocasiones requiere “la resolución de litigios cuestionando la autoridad constitucional de algunas de las tres ramas;”<sup>71</sup> y por ello, dijo la Corte de Apelaciones, que sus jueces precisamente estaban llamados a cumplir este deber en este caso.

Así, consideró la Corte que si bien la jurisprudencia desde hace tiempo había aconsejado deferencia respecto de las ramas políticas del gobierno en materia de inmigración y seguridad nacional, en ningún caso, ni la Corte Suprema ni la Corte han sostenido que las cortes carecen de autoridad para revisar las acciones ejecutivas en esas áreas, para verificar que cumplen con la Constitución.

Al contrario, constató la Corte de Apelaciones, que la Corte Suprema repetida y explícitamente ha rechazado toda noción de que las ramas políticas tienen autoridad irrevisable en materia de inmigración o que no están sujetas a la Constitución cuando definen su política en ese contexto, citando el caso *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695 (2001), en el cual se enfatizó que ese poder de las ramas políticas en materia de inmigración, “está sujeto a importantes limitaciones constitucionales;” el caso *Chadha*, 462 U.S. at 940-41, en el cual se rechazó el argumento de que el Congreso “tenga “autoridad irrevisable en materia de regulación de extranjeros “y se afirmó que las Cortes pueden revisar “si el Congreso ha seguido un medio constitucional permitido para implementar tal poder.”<sup>72</sup> En otras palabras, dijo la Corte de Apelaciones

---

<sup>71</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Zivotofsky* ex rel. *Zivotofsky* v. *Clinton*, 566 U.S. 189, 196 (2012) (quoting *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 943 (1983)).”

<sup>72</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *See also, e.g., Galvan* v. *Press*, 347 U.S. 522, 530 (1954) (reafirmando el amplio poder del Congreso en materia de inmigración, pero



citando el caso *American-Arab Anti-Discrimination Comm. v. Reno*, 70 F.3d 1045, 1056 (9th Cir. 1995), “nuestra Corte ha dicho clara que “aun cuando algunas clasificaciones de extranjeros están estrechamente conectadas con materias de política exterior y seguridad nacional,” las Cortes “pueden y deben revisar argumentos de política exterior que con frecuencia se ofrecen como justificativos de acciones legislativas y ejecutivas cuando hay derechos constitucionales involucrados.”

En definitiva, la Corte de Apelaciones concluyó indicando que si bien era consciente de la deferencia debida a las ramas políticas del gobierno, particularmente apropiada respecto de asuntos de seguridad nacional y relaciones exteriores respecto de lo cual poseen más capacidad relativa institucional, acceso a la información y experticia,<sup>73</sup> sin embargo, “las cortes no son impotentes para revisar las “acciones” de las ramas políticas respecto de materias de seguridad nacional.<sup>74</sup> Es decir, como la Corte Suprema ha indicado claramente, “la autoridad y experticia del Gobierno en tales materias no elimina la propia obligación de la Corte de asegurar la protección que la Constitución otorga a los individuos” incluso en tiempos de guerra;<sup>75</sup> citando al efecto el caso *United States v. Robel*, 389 U.S. 258, 264 (1967), en el cual se sostuvo que “la defensa nacional no puede ser considerada un fin en sí misma, justificando cualquier ejercicio del poder de legislar para lograr tal objetivo... Sería en efecto irónico si, en el nombre de la defensa nacional, pudiéramos sancionar la subversión de una de esas libertades ... que hacen que valga la pena la defensa de la nación”; y el caso *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1, 17 (1965), en el cual se sostuvo que “simplemente porque una ley se refiera

---

observando que “en la aplicación de esas políticas, la Rama Ejecutiva del Gobierno debe respetar las salvaguardas procedimentales del debido proceso; el caso *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86,100-01 (1903) (reafirmando en el contexto de decidir un cuestionamiento constitucional a una política de inmigración, que “esta Corte nunca ha sostenido, ni debe entenderse ahora que pueda sostener, que funcionarios de la administración, puedan ignorar los principios fundamentales inherentes al “due process of law” tal como se entendió al momento de la adopción de la Constitución, cuando ejecuten las previsiones de leyes que se refieran a la libertad de las personas;” y el caso *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581, 604 (1889), en el cual se sostuvo que “el poder de declarar la guerra, hacer tratados ...o admitir personas de otras naciones a la ciudadanía, son todos poderes soberanos, restringidos en su ejercicio solo por la Constitución misma y las consideraciones de políticas públicas y justicia que controlan, más menos, la conducta de todas las naciones civilizadas.”

<sup>73</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. at 33- 34.

<sup>74</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Alperin v. Vatican Bank*, 410 F.3d 532, 559 n.17 (9th Cir. 2005).

<sup>75</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Humanitarian Law Project*, 561 U.S. at 34 (quoting *id.* at 61 (Breyer, J., dissenting))

a las relaciones exteriores, [ello no significa que] pueda otorgar al Ejecutivo una total e irrestricta libertad de escogencia.”<sup>76</sup>

En fin, dijo la Corte de Apelaciones, citando a varios jueces de la Corte Suprema en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004): “En cualquier poder que la Constitución de los Estados Unidos prevea para el Ejecutivo en sus relaciones con otras naciones o con organizaciones enemigas en tiempo de conflicto, cuando las libertades individuales estén envueltas, lo más seguro es que se prevea un rol para todas las tres ramas [del gobierno];”<sup>77</sup> concluyendo su sentencia afirmando en materia de control de constitucionalidad de la acción ejecutiva, que:

“a pesar de que las cortes deban considerable deferencia a las determinaciones de política en materia de inmigración y de seguridad nacional, está fuera de toda duda que la judicatura federal retiene la autoridad para decidir sobre los cuestionamientos constitucionales que se formulen en relación con las acciones ejecutivas.”

4. *Sobre la incompetencia de funcionarios federales subalternos para modificar la Orden Ejecutiva*

Otra cuestión planteada con motivo del desarrollo del proceso y decidida por la Corte de Apelaciones fue la relativa a competencia para poder modificar la Orden Ejecutiva que había sido impugnada. Sobre ello, el Gobierno presentó en juicio, junto con sus argumentos, una copia de una “Guía de aplicación” relativa a la Orden Ejecutiva que fue emitida siete días después de su publicación, firmada por el Consultor Jurídico de la Casa Blanca, Donald F. McGahan II, en la cual se indicaba que las Secciones 3.c y 3.e de la Orden, no se aplicarían a los residentes permanentes. Sobre esta supuesta modificación de la Orden Ejecutiva, la Corte de Apelaciones consideró que en el estadio en el que se encontraba el procedimiento, no podía confiar en el argumento del Gobierno de que la Orden Ejecutiva supuestamente ya no se aplicaba a los residentes permanentes, destacando que sobre ello que:

“el Gobierno no había ofrecido ningún apoyo legal (*authority*) estableciendo que el Consultor Jurídico de la Casa Blanca tiene el poder para emitir una orden de enmienda que sustituya la Orden Ejecutiva firmada por el Presidente que ha sido cuestionada por los Estados, siendo ello muy improbable que pueda ocurrir.”

Se trataba, efectivamente, de una violación del clásico principio de la jerarquía de las normas, tan conocido en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, según el cual “ningún acto administrativo podrá violar lo

<sup>76</sup> Otras citas de la Corte de Apelaciones: *Boumediene*, 553 U.S. 723; *Aptheker v. Sec’y of State*, 378 U.S. 500 (1964); *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944).

<sup>77</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Id.* at 536 (*plurality opinion*).

establecido en otro de superior jerarquía,” como por ejemplo así lo indica el artículo 13 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Venezuela, siguiendo en general la orientación de la inicial Ley de procedimientos Administrativos de España emitida en los años cincuenta.<sup>78</sup>

Pero la Corte de Apelaciones fue más allá, e indicó que en este caso, el Gobierno tampoco había establecido que

“la interpretación del Consultor Jurídico de la Casa Blanca era vinculante respecto de todos los funcionarios responsables de la rama ejecutiva para aplicar la Orden Ejecutiva. El Consultor Jurídico de la Casa Blanca no es el Presidente, y no se conoce que esté en la cadena de mando de algún Departamento del Ejecutivo. Más aún, en vista del cambio de interpretación del Gobierno de la Orden Ejecutiva, no podemos decir que la actual interpretación del Consultor de la Casa Blanca, incluso si fuera autoritativa y vinculante, persistiría una vez transcurrida la fase inmediata de este procedimiento. En esta decisión, en consecuencia, no podemos concluir que el Gobierno ha demostrado que sea ‘*absolutamente claro* que la alegada conducta errada no pueda razonablemente esperarse que se repita.’”<sup>79</sup>.

La esencia del razonamiento, en todo caso, aparte de las consideraciones procesales, se basó en otro de los principios universales de la conducta de los funcionarios de la Administración Pública, y es el principio de la competencia, que siempre tiene que ser establecida en texto legal expreso.<sup>80</sup>

5. *Sobre el ámbito de aplicación de la medida cautelar adoptada por el Juez de Distrito, con ámbito a nivel nacional*

Otra cuestión considerada y resuelta por la Corte de Apelaciones, fue el cuestionamiento efectuado por el Gobierno respecto del ámbito de aplicación de la medida cautelar apelada que había emitido el Juez de Distrito. El Gobierno consideró que aún si los Estados podían mostrar en juicio que tendrían probabilidades de triunfar, el Juez de Distrito había errado al haber

---

<sup>78</sup> Véase por todos, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990; *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003, p. 24.

<sup>79</sup> Cita de la Corte de Apelaciones; *Friends of the Earth, Inc., v. Laidlaw Envtl. Servs., Inc.*, 528 U.S. 167, 189 (2000) (*emphasis added*).

<sup>80</sup> Véase igualmente por todos, Allan R. Brewer-Carías, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990; *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003, pp. 186 ss.

extendido los efectos de la *Temporary Restraining Order* a extranjeros que no eran residentes permanentes, y además, con efectos a nivel nacional, más allá del territorio de los Estados de Washington y Minnesota que fueron los demandantes.

El alegato fue desestimado por la Corte de Apelaciones con base en los siguientes argumentos. Primero, en cuanto al alegato del Gobierno de limitar la medida cautelar solo a los residentes permanentes, y a la categoría adicional que se incluyó en el mencionado memorándum del Consultor Jurídico de la Casa Blanca referida a “los extranjeros que habían sido previamente admitidos en los Estados Unidos, que estaban temporalmente fuera y ahora desean regresar en el futuro a los Estados Unidos,” la Corte consideró de entrada que esas modificaciones omitían el caso de los extranjeros que están en los Estados Unidos en forma ilegal, y que sin embargo también tienen derechos del debido proceso,<sup>81</sup> y el caso de reclamos de ciudadanos que tienen interés en viajar al extranjero en una específica capacidad de no-ciudadano.<sup>82</sup>

Segundo, la Corte de Apelaciones también desestimó la petición del Gobierno federal de que se limitara geográficamente el ámbito de aplicación de la medida cautelar, destacando que el Juez de Distrito había argumentado correctamente que una fragmentación de la política inmigratoria en el territorio del país sería contraria al requerimiento constitucional y legal de la aplicación uniforme de la ley y de la política en materia inmigratoria.<sup>83</sup> Si bien en esta materia la Corte de Apelaciones no consideró que en el estado en el cual se encontraba el procedimiento era necesario llegara a esa misma posición, estimó que el Gobierno no había establecido que el punto de vista contrario podría prevalecer. Consideró la Corte que, incluso, aún si considerase que la limitación el ámbito geográfico de la *injunction* fuera deseable, el Gobierno no había propuesto ninguna forma alternativa viable para la medida cautelar, que tomase en cuenta los múltiples puertos de entrada a la nación y el sistema interconectado de tránsito que pueda proteger los derechos propios de los Estados demandantes, solo aplicando la medida a las fronteras de los mismos

Pero, agregó la Corte, incluso si se pudiera considerar que la *Temporary Restraining Order* pudiera ser excesiva en algunos aspectos,<sup>84</sup> no era el rol de

---

<sup>81</sup> Cita de la Corte de Apelaciones *Zadvydas*, 533 U.S. at 693.

<sup>82</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Din*, 135 S. Ct. at 2139 (Kennedy, J., concurring in judgment); *id.* at 2142 (Breyer, J., dissenting).

<sup>83</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Texas v. United States*, 809 F.3d 134, 187-88 (5th Cir. 2015), *aff'd by an equally divided Court*, 136 S. Ct. 2271 (2016).

<sup>84</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *United States v. Nat'l Treasury Emps. Union*, 513 U.S. 454, 479 (1995) (declining to rewrite a statute to eliminate constitutional

la Corte el tratar de reescribir la Orden Ejecutiva, considerando que eran las ramas políticas del gobierno las que estaban mucho mejor equipadas para adoptar las distinciones apropiadas, por lo que consideró que, por ahora, era suficiente concluir que el Gobierno había fracasado en establecer que tenía probabilidades de triunfar en sus argumentos sobre debido proceso formulados en la apelación.

Con base todos los argumentos antes analizados, la Corte de Apelaciones en definitiva desestimó los alegatos del Gobierno, negó la apelación que se había formulado contra la medida cautelar de protección o amparo que había dictado unos días antes el Juez de Distrito Robart, rechazando la moción de emergencia formulada para revocarla, ratificando en consecuencia la suspensión de efectos de la Orden Ejecutiva impugnada a nivel nacional.

Para ello, en definitiva la Corte de Apelaciones consideró que el Gobierno no había probado en forma alguna que la revocación de la medida era necesaria para evitar algún perjuicio irreparable, expresando que aun cuando podía coincidir con que “el interés del Gobierno en combatir el terrorismo es un objetivo urgente del más alto orden;”<sup>85</sup> en el caso, el Gobierno no había hecho nada más sino reiterar tal hecho, de manera que a pesar de los requerimientos del Juez de Distrito y de la propia Corte de que explicara la urgente necesidad de restablecer los efectos de la Orden Ejecutiva de manera inmediata, el Gobierno no había sometido evidencia alguna para contradecir los argumentos de los Estados, de que con la orden del Juez de Distrito lo que se había logrado era solo devolver a la nación temporalmente a la posición que había ocupado en muchos de los años precedentes.

La Corte reiteró además en su sentencia, que el Gobierno no aportó evidencia alguna de que algún extranjero de los países nombrados en la Orden Ejecutiva hubiera perpetrado algún ataque terrorista en los Estados Unidos; y antes que presentar evidencia para explicar la necesidad de la Orden Ejecutiva, el Gobierno lo que había hecho fue adoptar la posición de que las cortes no podían revisar sus decisiones en forma alguna, con lo cual la Corte de Apelaciones no estuvo de acuerdo, y rechazó, como se analizó anteriormente.

## APRECIACIÓN FINAL

Una vez conocida la decisión de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en San Francisco, de nuevo se produjo una inusitada reacción pública por parte del Presidente de Estados Unidos, quien calificó la decisión como

---

defects); *cf Aptheker v. Sec’y of State*, 378 U.S. 500, 516 (1964) (invalidating a restriction on freedom of travel despite the existence of constitutional applications).

<sup>85</sup> Cita de la Corte de Apelaciones: *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 28 (2010)

una “decisión política”<sup>86</sup> y “vergonzosa,”<sup>87</sup> expresando en general que “nuestro sistema legal está roto,”<sup>88</sup> y, en forma amenazante, que “Los veremos en la Corte. La seguridad de nuestra nación está en peligro.”<sup>89</sup> No precisó, sin embargo, en cuál Corte y a quién vería, siendo improbable hacia el futuro que el Gobierno efectivamente recurriera en justicia el asunto ante la Corte Suprema.<sup>90</sup>

Y ello quedó confirmado con la comunicación formulada por el Departamento de Justicia ante la Corte de Apelaciones el 17 de febrero de 2017 en el sentido de que el Gobierno en lugar de continuar con el litigio, pensaba reformular la Orden Ejecutiva y por tanto, no buscaría que se realizara ninguna audiencia adicional en el juicio, de manera que la Corte no tenía razones adicionales para considerar la versión que había sido objeto de litigio.<sup>91</sup> Quedó evidenciada, así, la efectividad de la justicia cautelar de amparo como mecanismo adecuado para la protección inmediata de derechos fundamentales.

En todo caso, la justicia cautelar no concluyó su operación con las decisiones del Juez de Distrito de Washington y de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de San Francisco, sino que continuó manifestándose en otras decisiones de otras Cortes federales de Distrito, como la adoptada en

---

<sup>86</sup> Véase en Adam Liptak, “Judges Refuse to Reinstate Travel ban” en *The New York Times*, New York, 10 de febrero de 2017, p. A1.

<sup>87</sup> Véase en Rebecca Ballhaus and Carol E. Lee, “Trump Eyes New Order on Travel,” en *The Wall Street Journal*, New York, 11 de febrero de 2017, p. A1

<sup>88</sup> Véase en Julie Hirschfeld Davis, “Misleading New Claim On a Rush of Refugees,” en *The New York Times*, New York, 12 de febrero de 2017, p. 15

<sup>89</sup> Véase en Devlin Barrett and Brent Kendall, “Court Deals Fresh Blow to Trump,” en *The Wall Street Journal*, New York, 10 de febrero de 2017, p. A1.

<sup>90</sup> Véase por ejemplo el comentario de Adam Liptak, “After the Ruling, and the Tweet, What Come Next?” en *The New York Times*, New York, 11 de febrero de 2017, p. A8.

<sup>91</sup> Lo expresado ante la Corte de Apelaciones por el Departamento de Justicia fue que “el Presidente tiene la intención en un futuro cercano de rescindir la Orden y reemplazarla con una nueva Orden Ejecutiva sustancialmente revisada, para eliminar lo que la Corte de Apelaciones erróneamente pensó que causaba preocupaciones constitucionales. Procediendo en esta forma, el Presidente despejará el camino para la protección inmediata del país, en lugar de continuar un *potentially time-consuming litigation*.” El Departamento de Justicia solicitó entonces a la Corte esperar la nueva Orden anunciada para la siguiente semana para dejar sin efecto su decisión, lo que en todo caso quedó a juicio de la misma. Véase la información en Adam Lipak, “Justice Dept. Drops Travel ban Case, but Says a New Order Is Coming,” en *The New York Times*, New York, 17 de febrero de 2017, p. A16; y en Brent Kendall and Laura Meckler, “Revamp of Migration Order Looms,” en *The wall Street Journal*, New York, 17 de febrero de 2017, p. A4.

Alexandria, en el Estado de Virginia, el 13 de febrero de 2017, donde la Juez Leonie Brinkema del Distrito Este de dicho Estado, dictó sentencia en el caso *Tareq Aqel Momammed Aziz et al. Vs. Donald Trump*, adoptando una *preliminary injunction* contra la Orden Ejecutiva, pero limitada, suspendiendo sus efectos solo respecto de los residentes del Estado de Virginia.<sup>92</sup>

Lo anterior solo muestra las vicisitudes iniciales de un litigio iniciado en el marco de la justicia constitucional en los Estados Unidos por unos Estados de la Unión norteamericana, los Estados de Washington y de Minnesota contra una Orden Ejecutiva dictada por el Presidente de los Estados Unidos el 27 de enero de 2017, en una materia tan sensible en ese país como es el régimen de la inmigración y de los inmigrantes, que por los argumentos y documentos que se analizaron en las sentencias, aparentemente fue adoptada a la carrera, y sin las necesarias consultas previas con los Departamentos del Gobierno involucrados en su implementación y aplicación; lo que en definitiva ocasionó la decisión de sustituir y reescribir la Orden.<sup>93</sup>

En todo caso, resulta alarmante para cualquier estudioso del derecho público, constatar cómo en el caso, además, por los problemas que originó la aplicación de la Orden Ejecutiva, a los pocos días el Gobierno pretendió modificarla, pero no como correspondía que era mediante una modificación por parte del Presidente o mediante la emisión por éste de una nueva Orden Ejecutiva, sino como lo advirtió la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito,

---

<sup>92</sup> La Juez había dictado una *Temporary Restraining Order* el 8 de febrero de 2017 en relación con residentes en el Estado de Virginia afectados en el aeropuerto de Dulles, cerca de Washington (véase la decisión en <https://www.justice4all.org/wp-content/uploads/2017/01/TRO-order-signed.pdf>), habiendo posteriormente dictado el 13 de febrero de 2017 una *preliminary injunction* (véase en <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCO%2020170214D23/AZIZ%20v.%20TRUMP>). Lo más importante de esta decisión, al contrario de la sentencia dictada por el Juez de Distrito del Estado de Washington, es que la Juez si apreció la denuncia de la “*Muslim ban*” considerada por el Juez de Washington que tocaba intereses sensitivos, concluyendo, como lo comentó el profesor Eric Posner de la Chicago University Law School, que “el Presidente actuó con ánimo contra los Musulmanes cuando dictó la prohibición de viajar” para lo cual la Corte entre otras apreció como evidencia dañosa, las afirmaciones [de Trump] durante la campaña presidencial llamando a la prohibición, musulmana que todavía está en la web” y las entrevistas que le hicieron a Trump. Véase Eric Posner, “Judges v. President: We All Lose?” en *The New York Times*, New York, 16 de febrero de 2017, p. A27.

<sup>93</sup> Ello lo confirmó el propio Presidente Donald J. Trump en la muy publicitada rueda de prensa que dio el 16 de febrero de 2017, en la cual al argumentar que el Gobierno habían caído en una *bad Court* y que lo que habían obtenido había sido una *very bad decision*, emitiría una nueva orden. Véase en Reuters, “Donald Trump to replace travel ban order for seven Muslim-majority countries 'in near future',” en *The Telegraph*, 16 de febrero de 2017, en <http://www.telegraph.co.uk/news/2017/02/16/donald-trump-replace-travel-ban-order-seven-muslim-majority/>

por un funcionario incompetente como era el Consultor Jurídico de la Casa Blanca, que incluso no forma parte de ninguno de los Departamentos del Gobierno encargados de aplicarla.

No es de extrañar, por tanto, que el proceso iniciado por dos de los Estados de la Unión contra la Orden Ejecutiva, en su fase más preliminar, hubiera terminado con una medida de amparo cautelar (*Temporary Restraining Order*) en protección de los derechos de los residentes no solo de los Estados demandantes y de sus derechos de propiedad, sino con ámbito general respecto de todas las personas afectadas, y que fue dictada con carácter de *preliminary injunction* (amparo), como fue la decisión adoptada por el Juez de Distrito del Distrito Oeste del Estado de Washington el 3 de febrero de 2017, ratificada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en San Francisco<sup>94</sup> de 9 de febrero de 2017, que son las que hemos comentado en las líneas precedentes.

New York, 17 de febrero de 2017

---

<sup>94</sup> Véase los comentarios generales a las sentencias en el editorial “Trump’s Judicial Debacle,” en *The New York Times*, New York, 11 de febrero de 2017, p. A12; y en David B. Rivkin Jr. and Lee A. Casey, “The Ninth Circuit Ignores Precedent and Threatens National Security,” en *The Wall Street Journal*, New York, 11 de febrero de 2017, p. A13.



## 11.

# EL JUEZ CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA DECLARANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA POR EL PODER EJECUTIVO DEL TRATADO DE ROMA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, AL HABER SIDO ADOPTADA SIN LA APROBACIÓN PREVIA DEL PARLAMENTO

en *Revista de Administración Pública*, No. 205, enero-abril 2018,  
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2018, pp. 381-396.\*

**Resumen:** *El presente crónica se refiere a la sentencia de la High Court de Suráfrica del 22 de febrero de 2017, que resolvió la demanda intentada por el partido Democratic Alliance contra el Presidente de la República de Suráfrica y sus Ministros de Relaciones Internacionales y de Justicia, en la cual el Alto tribunal declaró inconstitucional la denuncia ejecutiva de denuncia del Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional, porque había sido adoptada sin la previa aprobación del Parlamento, ordenando en consecuencia su revocatoria.*

**Palabras clave:** *Control de constitucionalidad. Actos Ejecutivos; Tratados Internacionales. Denuncia; Parlamento. Poderes de control.*

**Abstract:** *This chronicle is referred to the decision of the High Court of South Africa, dated 22 February 2017, deciding the case Democratic Alliance against the President of the Republic of 'South Africa and its Ministers of International Relations and Justice and Correctional Services,*

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-205-eneroabril-2018/el-juez-constitucional-de-sudafrica-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-denuncia-por-el-poder-3>

*in which it declared the unconstitutionality of the Executive decision to denounce the Rome Statute of the International Criminal Court, because issued without parliament approval, ordering its revocation.*

**Keywords:** *Judicial Review. Executive Acts; International Treaties. Denounce; Parliament. Control Powers.*

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),<sup>1</sup> 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.

## **I. ANTECEDENTES: 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

---

<sup>1</sup> Véase el texto en <https://www.dailymaverick.co.za/documents/document/DA-v-MINISTER-OF-INTERNATIONAL-RELATIONS-20170219-FINAL.pdf>

para su enjuiciamiento por crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, todos relacionados con eventos ocurridos en la región de Darfur, 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,<sup>2</sup> en una decisión que fue apelada por el Gobierno ante la Corte Suprema de Apelaciones. Esta Corte, en definitiva, declaró sin lugar dicha apelación;<sup>3</sup> habiendo sido dicha decisión recurrida por el Gobierno ante la Corte Constitucional buscando

---

<sup>2</sup> *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).

<sup>3</sup> *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).

dejarla sin efectos.<sup>4</sup> 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 Republica 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.<sup>5</sup> 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

---

<sup>4</sup> *Cita de la Corte: Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Southern Africa Litigation Centre and Others (CCT 75/16).*

<sup>5</sup> 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)*.

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.”

## II. BASES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN DE FORMACIÓN DE LOS TRATADOS

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 adhesión, 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 provisiones 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*://<sup>6</sup> 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.

---

<sup>6</sup> *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).*

### **III. 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 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,<sup>7</sup> 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.”

#### **IV. 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,”<sup>8</sup> la Alta Corte concluyó afirmando que en el contexto del caso,

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Cita de la Alta Corte: *Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another 2008 (1) SA 566 (CC) para 68.*

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.<sup>9</sup> 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 laguna 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

---

<sup>9</sup> *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.*

legislativos al Ejecutivo, en una clara ruptura del principio de la separación de poderes y del Estado de derecho. Sobre esta base, el 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,<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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

---

<sup>10</sup> *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.*

<sup>11</sup> *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.*

inválida y no tiene efecto en derecho,<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> 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 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

---

<sup>12</sup> *Cita de la Corte: Kruger v President of the Republic of South Africa and others 2009 (1) SA 417 (CC) para 52.*

<sup>13</sup> *Cita de la Corte: Administrative Law in South Africa 2<sup>nd</sup> 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.*

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.

Luego de la sentencia, el gobierno, en cumplimiento de lo resuelto por el Juez Constitucional, notificó formalmente a la Secretaría General de las Naciones Unidas que “con el fin de cumplir la sentencia, queda revocada la petición de salida del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con efecto inmediato.”<sup>14</sup>

New York, 11 de marzo de 2017

---

<sup>14</sup> Véase la reseña: “Sudáfrica retira su petición de abandonar la Corte Penal Internacional,” Agencia EFE Johannesburgo 8 de marzo de 2017, en <https://www.efe.com/efe/america/portada/sudafrika-retira-su-peticion-de-abandonar-la-corte-penal-internacional/20000064-3201050>

## 12.

### **DICTAMEN APROBADO POR EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU EN 18 DE OCTUBRE DE 2021 (CASO ALLAN BREWER-CARÍAS V. VENEZUELA)**

en *Revista de Administración Pública*, No. 217, enero abril 2022,  
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid pp. 341-365.\*

#### **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS\***

**14 de Octubre de 2021**

**Comité de Derechos Humanos**

**Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4,  
del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm.  
3003/2017\*, \*\*, \*\*\***

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-217-eneroabril-2022/dictamen-aprobado-por-el-comite-de-derechos-humanos-de-la-onu-en-18-de-octubre-de-2021caso-allan>

\* Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treaty\\_bodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/133/D/3003/2017 & Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treaty_bodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/133/D/3003/2017 & Lang=en)

\* Adoptado en el 133º periodo de sesiones (11 de octubre a 4 de noviembre de 2021).

\*\* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Wafaa Ashraf Moharram Bassim, Yadh Ben Achour, Arif Bulkan, Mahjoub El Haiba, Shuichi Furuya, Carlos Gómez Martínez, Marcia V.J. Kran, Duncan Laki Muhumuza, Photini Pazartzis, Vasilka Sancin, José Manuel Santos Pais, Changrok Soh, Kobayyah Kpatcha Tchamdja, Hélène Tigroudja, Imeru Tamerat Yigezu and Gentian Zyberi.

\*\*\* Se adjuntan las opiniones individuales de Arif Bulkan, Vasilka Sancin, José Manuel Santos Pais y Hélène Tigroudja.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

*Comunicación presentada por:* Allan Brewer-Carías

(representado por Pedro Nikken, Claudio Grossman, Douglas Cassel, Héctor Faúndez, Juan Méndez, Carlos Ayala)

*Presunta víctima:* El autor

*Estado parte:* República Bolivariana de Venezuela

*Fecha de la comunicación:* 21 de diciembre de 2016

*Referencias:* Decisión de los Relatores Especiales con arreglo al artículo 92 del reglamento del Comité, transmitida al Estado parte el 7 de julio de 2017 (no se publicó como documento)

*Fecha de adopción del dictamen:* 18 de octubre 2021

*Asunto:* Violación a garantías de debido proceso y discriminación por motivos políticos

*Cuestiones de procedimiento:* Cosa juzgada y agotamiento de recursos internos

*Cuestiones de fondo:* Derecho a un juicio justo; derecho a asistencia legal; derecho a la defensa; derecho a ser oído; igualdad ante los tribunales y cortes de justicia; libertad de expresión; ataques ilegales contra el honor o la reputación; privación de libertad

*Artículos del Pacto:* 2, párr. 3; 9; 12; 14, párrafos 1, 2, 3, apdos. b) y e); 17; 19; 26

*Artículos del Protocolo Facultativo:* 5, párr. 2, apdos. a) y b)

1.1. El autor de la comunicación, de fecha 21 de diciembre de 2016<sup>1</sup>, es Allan Brewer-Carías, ciudadano venezolano nacido el 13 de noviembre de 1939. El autor alega que el Estado parte ha violado sus derechos bajo los artículos 2, párr. 3; 9; 12; 14, párrafos 1, 2, 3 b) y e); 17; 19; y 26 del Pacto. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 10 de agosto de 1978. El autor está representado.

1.2. El 24 de abril de 2018, los Relatores especiales sobre nuevas comunicaciones y medidas provisionales, actuando en nombre del Comité, decidieron rechazar la solicitud del Estado parte de examinar la admisibilidad de la comunicación de forma separada del fondo.

---

<sup>1</sup> El autor envió información complementaria el 21 de marzo de 2017.



### Los hechos según el autor

2.1. En la madrugada del 12 de abril de 2002, la cúpula castrense del Estado parte anunció por televisión que había solicitado la renuncia al entonces Presidente Chávez y que este la había aceptado. Esa misma tarde, Pedro Carmona Estanga, uno de los líderes de la oposición, anunció la disolución de los poderes públicos y el establecimiento, mediante decreto, de un “gobierno de transición democrática”. Esa madrugada, el autor alega que recibió una llamada telefónica del Sr. Carmona, requiriendo urgentemente su presencia como abogado, para solicitarle una opinión jurídica. Agrega que fue trasladado al complejo militar conocido como “Fuerte Tiuna” donde el Sr. Carmona se encontraba en reuniones a las cuales no tuvo acceso. Allí, se mostró al autor el texto de un borrador del decreto (luego conocido como “Decreto Carmona”), que sería anunciado esa tarde, cuya autoría desconocía, y con cuyo contenido se encontraba en desacuerdo. El autor alega que no pudo reunirse con el Sr. Carmona en Fuerte Tiuna, motivo por el cual se trasladó ese mismo mediodía al Palacio de Miraflores, donde también le fue imposible entrevistarse con el Sr. Carmona y se retiró a los pocos minutos del lugar. El autor alega solo haber podido tener contacto con el Sr. Carmona esa tarde por vía telefónica, ocasión en la cual le manifestó su opinión jurídica en el sentido de rechazo absoluto al aludido decreto. Dicha comunicación tuvo lugar antes del anuncio televisivo del decreto, que el autor vio desde su casa. El autor explica que la solicitud de su actuación fue para requerir su opinión jurídica como abogado especialista en Derecho Público y reconocido constitucionalista, sobre un texto ya redactado, siendo la consulta y su rechazo evidencia de que él no redactó el documento. En los días subsiguientes, los medios de comunicación especularon sobre la presencia del autor en Fuerte Tiuna, atribuyéndole la autoría intelectual y redacción del Decreto Carmona, hecho que fue inmediata y públicamente desmentido por el autor<sup>2</sup>.

2.2. En julio de 2002, la Comisión Parlamentaria Especial para Investigar los sucesos de abril de 2002, creada por la Asamblea Nacional, emitió un informe, sin que se hubiera citado ni oído previamente al autor, según el cual daba por “demostrada” la “participación [del autor] en la planificación y ejecución del golpe de Estado”<sup>3</sup> así como el hecho de “haber sido corredactor del decreto de auto proclamación y disolución de todos los poderes públicos”<sup>4</sup>.

2.3. El 27 de enero de 2005, la Fiscal provisoria Sexta del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Sra. Luisa Ortega Díaz,

---

<sup>2</sup> El autor cita una serie de notas periodísticas fechadas el 17 de abril de 2002 y dos libros de su autoría.

<sup>3</sup> Informe de la Comisión Parlamentaria Especial para Investigar los sucesos de abril de 2002, Caracas, Julio de 2002, p. 276.

<sup>4</sup> *Ibid.*

imputó al autor “la comisión del delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución” por haber participado “en la discusión, elaboración, redacción y presentación” del Decreto Carmona. Dicha imputación tuvo como punto de partida y fundamento una denuncia privada formulada el 22 de mayo de 2002 por el Coronel del Ejército y abogado Ángel Bellorín, quien afirmó que “es un hecho notorio comunicacional reiterado” que el autor habría participado en la redacción del decreto “tal y como se desprende de los artículos periodísticos”. El autor explica que los artículos periodísticos presentados como elementos probatorios no son más que versiones, rumores y meras opiniones de periodistas, que el autor negó de inmediato.

2.4. El autor explica que, en el marco del proceso por los hechos investigados, la jueza provisoria temporal del Juzgado de Primera Instancia de Control del Circuito Judicial Penal de Caracas (“Juzgado 25 de Control”), Josefina Gómez Sosa, decretó la prohibición de salida del país de varios ciudadanos investigados por su presunta participación en los hechos de abril de 2002. La Corte de Apelaciones revocó la decisión por considerar que no había sido motivada. El 3 de febrero de 2005, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia suspendió en sus cargos a los dos jueces que votaron por la nulidad de la decisión apelada, así como a la jueza provisoria Gómez Sosa, autora de la decisión presuntamente inmotivada.

El autor explica que la jueza Gómez Sosa fue sustituida por el juez temporal Manuel Bognanno. En dos oportunidades, el juez Bognanno ordenó a la Fiscal provisoria Sexta que expidiera a los defensores del autor copia de las actuaciones del expediente que habían solicitado, y que le remitiera el expediente, respectivamente. Ante la oposición de la Fiscal, el juez ofició al Fiscal Superior para ponerle en conocimiento de la irregularidad en la que la Fiscal estaba incurriendo. Dos días después, el juez Bognanno fue suspendido de su cargo.

2.5. El autor afirma que, el 29 de septiembre de 2005, salió legalmente del territorio del Estado parte por compromisos académicos con la Universidad de Columbia. Agrega que desde entonces permanece fuera del país como exiliado para resguardar su libertad y su integridad física y moral. El 4 de octubre de 2005, la defensa del autor presentó un recurso de nulidad ante el Juzgado interviniente luego de que el Fiscal General de la República, ya en ejercicio de sus funciones, publicara el mes anterior un libro donde afirmó que el autor, entre otros, había redactado el Decreto Carmona<sup>5</sup>. En su recurso de nulidad el autor alegó que “la investigación del presente caso ha sido adelantada por un ente cuyo máximo jerarca está absolutamente parcializado,” en violación de su derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y al debido proceso. El

---

<sup>5</sup> Isaías Rodríguez, *Abril comienza en octubre*, 2005, p. 195.

21 de octubre de 2005, la Fiscal provisoria Sexta interpuso acusación penal contra el autor, solicitando que se decretara su privación preventiva de libertad<sup>6</sup>. El 26 de octubre de 2005, los abogados del autor solicitaron que se declarara por anticipado la improcedencia de su privación de libertad durante el juicio. El 8 de noviembre de 2005, la defensa del autor interpuso otro recurso de nulidad de todo lo actuado. El autor alega que ninguno de los recursos de nulidad ni la solicitud sobre la improcedencia de su privación de libertad durante el juicio han sido resueltas hasta la fecha.

2.6. El autor explica que el 10 de mayo de 2006, comunicó al Juzgado 25 de Control que se incorporaría como Profesor Adjunto de la Universidad de Columbia. Alega que ello fue para no perturbar el futuro desarrollo del proceso para los demás encausados. Sin embargo, el 15 de junio de 2006, el Juez provisorio de Control dictó la acusación formal contra el autor junto con una medida de privación preventiva de libertad. Al no encontrarse en el territorio del Estado parte, el autor no pudo ser privado de libertad. El autor agrega que el 29 de agosto de 2006, la Embajadora del Estado parte en Costa Rica, dirigió una nota al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y otra idéntica al gobierno de ese país con motivo de una invitación que el autor había recibido para dictar una conferencia en Costa Rica. En dicha carta la Embajadora expresó su perplejidad ante la invitación, solicitando que se hiciera efectiva su captura y asegurando que el autor “participó como autor material e intelectual e instruyó para su corrección en la redacción del decreto [Carmona]”, y que el autor “conocía y conoce todos los delitos que estaba cometiendo y por eso huyó del país”.

2.7. El autor explica que el 1 de febrero de 2007 se publicó el Decreto 5790 “con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Amnistía” según el cual quedaron extinguidas todas las acciones penales por los hechos relacionados a la redacción y firma del Decreto Carmona. El 11 de enero de 2008, la defensa del autor solicitó al Juez de Control interviniente el sobreseimiento de la causa con base en el decreto de amnistía. La solicitud fue denegada el 25 de enero de 2008 solamente al autor y no al resto de los coacusados, que según el autor se encontraban en una situación procesal idéntica a la suya. Su apelación fue rechazada el 3 de abril de 2008 por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

---

<sup>6</sup> El proceso penal venezolano cuenta con tres fases bien definidas: la preparatoria, la intermedia y la de juicio. La acusación formal pone fin a la fase preparatoria y da lugar a la intermedia, en la que el juez de control revisa si dicha acusación formal cumple con los requisitos mínimos de forma y fondo y da lugar a la audiencia preliminar, donde el juez decide si absolver al acusado o abrir la fase de juicio.

### La denuncia

3.1. El autor alega ser víctima de violaciones a sus derechos bajo los artículos 2, párr. 3; 9; 12; 14, párrafos 1, 2, 3 b) y e); 17; 19; y 26 del Pacto. Destaca que las violaciones mencionadas han tenido lugar en un contexto de sujeción política del Poder Judicial y del Ministerio Público que ha sido ampliamente documentado por diversos órganos internacionales de protección de derechos humanos<sup>7</sup>.

3.2. En cuanto al requisito de no duplicación de procedimientos, el autor explica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia sobre su caso el 26 de mayo de 2014, declarándola inadmisibile sin conocer el fondo del asunto<sup>8</sup>. Alega que, al no encontrarse sometida al examen de ningún otro proceso internacional, la comunicación es admisible de conformidad con el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo.

3.3. En cuanto al requisito de agotamiento de los recursos internos, el autor explica que el único recurso idóneo disponible no fue efectivo y que los demás recursos disponibles no eran ni idóneos ni efectivos, por lo que su comunicación es admisible en los términos del artículo 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo. El autor explica que cada una de las violaciones a su derecho al debido proceso fue oportunamente recurrida, obteniendo siempre un resultado desfavorable. Destaca que, a pesar de la situación de falta de independencia judicial, hizo un esfuerzo razonable por agotar todos los recursos disponibles, incluyendo la solicitud de nulidad absoluta de todo lo actuado, sobre la cual los tribunales nunca se pronunciaron<sup>9</sup>. El autor explica que, sin responder su recurso de nulidad, el Juez de Control ordenó su detención, momento desde el cual el Estado parte ha condicionado el ejercicio de cualquier actividad procesal o recurso a la detención preventiva del autor. Explica que los recursos de apelación o casación no solo no están disponibles al no haberse dictado actos judiciales contra los cuales interponerlos, sino que no son idóneos para el fin que se pretende: el cese de violaciones cometidas en la fase de investigación que inciden en las fases posteriores del proceso. Agrega que el Estado parte no puede imponerle al autor, un perseguido político, que para agotar recursos eventualmente disponibles deba someterse a la persecución de que es objeto, incluida su detención arbitraria y a mayores agravios de los que está denunciando.

---

<sup>7</sup> El autor cita documentos del Comité, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, del Consejo de Derechos Humanos, del Comité contra la Tortura, y de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos.

<sup>8</sup> Corte IDH, *Caso Brewer Carías Vs. Venezuela*. 26/05/2014.

<sup>9</sup> El autor lista todos los ocho recursos interpuestos a lo largo del proceso, alegando que ninguno de ellos fue efectivo en remediar las violaciones.

El autor subraya que un recurso que obligue a la víctima a someterse a una detención ilegal y arbitraria no es un recurso efectivo y no constituye una obligación razonable para la víctima.

3.4. En relación con el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, consagrado en el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, el autor alega que desde 1999 se inició un proceso de intervención del Poder Judicial que ha permitido llevar a cabo designaciones de magistrados de cualquier jerarquía. Agrega que entre el 60% y el 80% de los jueces son provisionales, problema que se extiende también a los fiscales. Destaca que desde 2005 a la fecha, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no ha declarado procedente ningún amparo constitucional contra el Presidente de la República, ni ha anulado ningún acto de gobierno. El autor agrega que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado al Estado parte en tres ocasiones por no garantizar la estabilidad del Poder Judicial<sup>10</sup>. Destaca que el propio Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que los jueces provisorios, que “se designan de manera discrecional, (...) pueden ser separados del cargo de la misma manera como fueron designados: discrecionalmente”<sup>11</sup>

3.5. El autor explica que la falta de independencia del Poder Judicial del Estado parte ha resultado en una afectación concreta en su caso, toda vez que todos los jueces y fiscales que intervinieron en su proceso penal son funcionarios temporales o provisorios nombrados y sustituidos discrecionalmente por razones políticas. Ello es aún más evidente en el caso de los dos jueces que fueron suspendidos por adoptar criterios contrarios al de los fiscales intervinientes (ver párrafo 2.4 *supra*). El autor explica que la inestabilidad de los jueces provisorios, aunado al sesgo manifiestamente político de la entonces Fiscal provisoria Sexta, ha sido un factor que lo ha privado de toda posibilidad de ser juzgado por un juez independiente e imparcial.

3.6. En cuanto a la violación a su derecho a ser presumido inocente, bajo el artículo 14, párrafo 2, el autor explica que el propio Comité ha advertido que las autoridades públicas deben abstenerse de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado<sup>12</sup>. Destaca que, en *Cedeño c. Venezuela*, el Comité concluyó que la referencia directa al caso de la víctima por el entonces Presidente del Estado parte sin que hubiera sentencia vulneró el principio de inocencia<sup>13</sup>. En el mismo sentido, el Comité concluyó en un caso que las “declaraciones públicas muy difundidas de agentes superiores del

---

<sup>10</sup> El autor cita, entre otros, el caso Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 05/08/2008, párr. 253.

<sup>11</sup> El autor cita, entre otros, Sentencia No. 2414 de la Sala Constitucional del TSJ, 20/12/2007.

<sup>12</sup> El autor cita observación general núm. 32, párr. la 30.

<sup>13</sup> *Cedeño c. Venezuela* (CCPR/C/106/D/1940/2010).

orden público de que el firmante era culpable” evidenciaban “que las autoridades no practicaron el comedimiento que exige el párrafo 2 del artículo 14”<sup>14</sup>. El autor explica que, en su caso, la actuación de, entre otros, el Presidente de la República<sup>15</sup>, la Comisión Parlamentaria (párrafo 2.2 *supra*), el Fiscal General de la República (párrafo 2.5 *supra*) y embajadores del Estado parte (párrafo 2.6 *supra*) constituyeron no solo una violación de su derecho de defensa, sino también la construcción política de una presunción de culpabilidad en su contra.

3.7. El autor también alega que se violó su derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, protegido por el artículo 14, párrafo 3 b)<sup>16</sup>. En su caso, alega que durante todo el proceso no pudo obtener copia de ninguna de las actuaciones. Solo se permitió a su defensa transcribir a mano las distintas piezas del expediente, que sumaban miles de páginas en 27 piezas o cuerpos del expediente. Por otro lado, el autor explica que se utilizaron para su imputación videos con declaraciones de periodistas, los cuales solicitó repetidamente siéndole mostrado únicamente el contenido de dos de ellos. En algunos casos se argumentó que las cintas no habían sido encontradas, o que ante la gran cantidad de imputados resultaba difícil encontrar una oportunidad adecuada, o que el despacho tenía otras ocupaciones. El autor explica que, de los videos que sí pudo ver, pudo constatar que los textos transcritos en el acta de imputación fiscal eran falsos y no se correspondían con lo que se decía en ellos. Ante ello, el autor solicitó la transcripción íntegra de todos los videos en el expediente que pretendieran ser considerados como elementos probatorios de la imputación, solicitud que también fue rechazada. El autor explica que estas obstrucciones al acceso a copias del expediente y al acervo probatorio sin justificación razonable resultaron en desventajas que imposibilitaron la preparación de su defensa.

3.8. El autor explica que nunca pudo estar presente en el interrogatorio de ninguno de los testigos que declaró ante la fiscalía ni repreguntarles, en violación del artículo 14, párrafo 3 e) del Pacto. Solo en algunos casos se

<sup>14</sup> *Gridin c. Rusia* (CCPR/C/69/D/770/1997), párr. 8.3.

<sup>15</sup> El autor cita al entonces Presidente Hugo Chávez quien, en su programa televisivo “Aló Presidente”, dijo el 2 de junio del 2002: “Eso nos puede dar una idea a todos del grado de responsabilidad que anidan en su alma los golpistas, manipularon a medio mundo y ahora se han ido del país algunos (...). La Justicia debe alcanzarlos dondequiera que estén. (...) [A]hí veíamos la explicación del doctor Olavarría, diciendo (...) que el día 10 lo fueron a buscar Brewer Carías, y este señor Daniel Romero y ¿quién es Daniel Romero que apareció leyendo el decreto del golpe? Ya tenían el decreto hecho desde antes. Ya sabían lo que venía al día siguiente, un golpe montado en un laboratorio, la marcha, empujada por los medios”, disponible en <http://www.todochavez.gob.ve/todochavez/4100-alo-presidente-n-106>.

<sup>16</sup> El autor cita la Observación general núm. 32, párr. 33.

permitió presentar cuestionarios para los interrogatorios, que debían entregarse a la Fiscal provisoria Sexta y que solo ella manejaba, sin control alguno. El autor explica que se rechazó arbitrariamente la introducción de testigos o prueba relevante promovidos por su defensa.

3.9 En relación con su derecho a un recurso efectivo, bajo el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, el autor explica que acudió repetidamente al Juez provisorio de Control y al Tribunal de Apelaciones para solicitar que se restablecieran sus derechos. Sin embargo, en todas las ocasiones sus solicitudes fueron rechazadas alegando que no podía interferirse en la labor de la Fiscal provisoria, quien es “autónoma” en la dirección de la investigación; o que no era la ocasión adecuada para realizar esas solicitudes; o simplemente no se recibió respuesta, como fue el caso de los recursos de nulidad. El autor explica que esta conducta lo dejó en estado de indefensión frente a la arbitrariedad de la Fiscal provisoria, en violación de su derecho a un recurso efectivo.

3.10. El autor alega que la persecución política y la orden de prisión preventiva en su contra configuran una violación a su derecho a la libertad de expresión y el libre ejercicio de la profesión de abogado, bajo el artículo 19 del Pacto, así como también a su libertad y libre circulación, bajo los artículos 9 y 12 del Pacto. El autor explica que la motivación real de su persecución es su disidencia política frente al gobierno. Ello es evidente ante el hecho de que el Estado parte ignoró las declaraciones públicas inmediatas del autor, que fueron corroboradas por testigos, según las cuales se requirió su opinión jurídica como abogado y que dicha opinión fue contraria al contenido del Decreto Carmona. Agrega que la propia INTERPOL consideró *prima facie* que el delito imputado al autor entraba en la categoría de “delitos políticos puros” y, luego de solicitar mayor información al Estado parte y no recibir respuesta, decidió retirar la información del autor de sus bases de datos.

3.11. En cuanto a la violación de su derecho a la igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 26 del Pacto, el autor explica que no hay un solo militar procesado por los hechos de abril de 2002, sino solo civiles, debido al privilegio constitucional que otorga a los generales y almirantes un derecho a un “antejuicio” ante el Tribunal Supremo de Justicia, el cual estableció que no había méritos suficientes para juzgarlos. El autor agrega que otro elemento que generó la violación de su derecho fue la denegación de la aplicación de la Ley Especial de Amnistía, a pesar de encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica de otras personas a las cuales sí se aplicó dicha ley.

3.12. El autor agrega que las afirmaciones de las autoridades estatales que violaron su derecho a la presunción de inocencia también violaron su derecho a la honra y reputación, consagrado en el artículo 17 del Pacto<sup>17</sup>.

3.13. El autor solicita al Comité que declare la violación del Estado parte de los derechos mencionados y requiera medidas de reparación integral consistentes en: a) Declarar la nulidad absoluta y el inmediato sobreseimiento del proceso contra el autor, dejando sin efecto la orden de detención preventiva contra este; b) Proporcionar un recurso efectivo ante jueces independientes e imparciales; c) Indemnización compensatoria y de las costas procesales; d) Garantizar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial para evitar repetición de las violaciones semejantes; e) Publicar el dictamen adoptado por el Comité; y f) Enviar en un plazo de 90 días información acerca de las medidas adoptadas para llevar a la práctica el dictamen del Comité.

#### **Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad**

4.1. El 7 de septiembre de 2017, el Estado parte presentó observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación, solicitando que sea declarada inadmisibles en virtud del artículo 5, párrafo 2 a) y b) del Protocolo Facultativo.

4.2. El Estado parte explica que, según el texto del artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, el Comité no examinará ninguna comunicación si el mismo asunto “ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”. Alega que el presente caso ya ha sido sometido y decidido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Estado parte explica que los peticionarios pretenden que el Comité se constituya en un mecanismo de alzada o revisión de la sentencia dictada por la Corte, en violación del Protocolo Facultativo.

4.3. En relación con el artículo 5, párrafo 2 b), el Estado parte explica que luego del inicio del proceso judicial, el autor salió del territorio del Estado parte y no ha regresado para afrontar el juicio que cursa en su contra. Como consecuencia de ello, el proceso judicial se encuentra suspendido y el autor no ha ejercido las acciones que establece el Código Orgánico Procesal Penal para remediar las supuestas violaciones a sus derechos humanos. Agrega que la Corte Interamericana ya determinó en su sentencia del 26 de mayo de 2014 que el autor no agotó los recursos idóneos y efectivos, y que no procedían las excepciones al requisito de agotamiento de dichos recursos<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> El autor cita el caso *Birindway Tshisekedi c. Zaire* (CCPR/C/37/D/242 /1987), párr. 2.7.

<sup>18</sup> El Estado parte transcribe casi en su totalidad los párrs. 88-89 y 96-98 de *Brewer Carías Vs. Venezuela*.



### **Comentarios del autor sobre la admisibilidad**

5.1. En sus observaciones del 15 de febrero de 2018, el autor explica que el Comité ha dispuesto que la expresión “ha sido sometido” del artículo 5, párrafo 2 a) del Protocolo Facultativo debe ser entendida como “está siendo examinado” por otro procedimiento de examen o arreglo internacional<sup>19</sup>. Agrega que el Estado parte no formuló reserva expresa alguna a la disposición contenida en dicha norma, de modo tal que el Comité es competente para conocer y decidir la presente comunicación, como lo ha hecho en diversos casos en los que Estados partes no han formulado reservas y otros procedimientos de investigación o arreglo internacionales ya habían analizado el mismo asunto<sup>20</sup>.

5.2. En relación con el agotamiento de recursos internos, el autor explica que se configura la excepción a dicho requisito por el retardo injustificado del procedimiento, atribuible al Estado parte, en los términos del artículo 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo. El autor destaca que a pesar de que su participación procesal activa, han transcurrido hasta la fecha más de 12 años sin que se hayan garantizado las condiciones necesarias para continuar con el proceso, haciendo inviable la continuación de la defensa sin que ello menoscabe sus derechos. El autor reitera los diversos recursos intentados a lo largo del proceso y explica que el último de ellos, el recurso de nulidad o amparo penal debió resolverse dentro de los tres días siguientes a su presentación<sup>21</sup>, pero que nunca recibió un pronunciamiento del tribunal al respecto.

### **Observaciones del Estado parte sobre el fondo**

6.1. El 17 de junio de 2020, el Estado parte presentó observaciones sobre el fondo de la comunicación. En relación con todas las alegadas violaciones, el Estado parte reitera que el proceso penal en cuestión se encuentra suspendido dado que el autor no se encuentra en el Estado parte, y por tanto no ha ejercido las acciones que establece el Código Orgánico Procesal Penal para remediar las supuestas violaciones a sus derechos, privando al sistema de justicia de la posibilidad de resolver los cuestionamientos formulados por su defensa.

---

<sup>19</sup> El autor cita, entre otros, *Joseph Semey c. España* (CCPR/C/78/D/1986/2001); y *Rodríguez Castañeda c. México* (CCPR/C/108/D/2202/2012).

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> En virtud del artículo 177 del Código Orgánico Procesal Penal.

6.2. En relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el Estado parte alega que el autor no precisa las condiciones de modo, lugar y tiempo en que se vulneró su derecho, sino que se limita a describir acontecimientos ocurridos en el transcurso del proceso judicial<sup>22</sup>.

6.3. En relación con el derecho a la presunción de inocencia, el Estado parte alega que el autor no determina la instancia judicial que a su decir violentó su derecho, ni cómo se configuró dicha violación. Agrega que el autor reproduce comunicaciones suscritas por funcionarios diplomáticos que no fueron partes en el proceso judicial seguido en su contra en el marco de actividades que nada tenían que ver con el proceso penal, y cuyo contenido no se presentó como elemento para la imputación que formulara el Ministerio Público. Destaca que no existe sentencia judicial que establezca su responsabilidad en los hechos que se le atribuyen.

6.4. En relación con el derecho a presentar testigos y contrainterrogar testigos de la parte acusadora, el Estado parte explica que dichas violaciones se alegan en el marco de la investigación adelantada por el Ministerio Público, fuera de la sede judicial. Explica que es la fase de juicio la etapa procesal idónea para presentar y evacuar pruebas en el proceso penal, así como para recurrir la inadmisión de alguna prueba.

6.5. En relación con el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa, el Estado parte alega que el hecho de no suministrar copias de los documentos no constituye una vulneración del derecho. Explica que sí se permitió a la defensa la revisión del expediente durante todo el tiempo que tuviera a bien, permitiéndole la transcripción manual de los documentos del expediente. En cuanto al acceso a uno de los elementos probatorios empleados por el Ministerio Público para la imputación, el Estado parte explica que el momento procesal idóneo para hacer control y contradicción de las pruebas es la audiencia preliminar y el juicio.

6.6. En relación con el derecho a un recurso efectivo, el Estado parte explica que el autor narra todas las oportunidades que acudió a los tribunales competentes para ejercer su defensa y las decisiones que estos dictaron al respecto. Ello evidencia que el autor tuvo completo acceso al tribunal que conocía su causa para formular sus defensas, así como a los recursos contra esas decisiones. Destaca que las acciones ejercidas no agotan los recursos que establece la legislación, pues ellas fueron solo ejercidas en la etapa temprana del proceso, quedando pendiente la fase preliminar y eventualmente la de juicio.

---

<sup>22</sup> El Estado parte transcribe casi en su totalidad los párrs. 109-111 de *Brewer Carías Vs. Venezuela*.

6.7. En relación con el derecho a la libertad de expresión y el libre ejercicio de la profesión de abogado por medio de la limitación a su derecho a la libre circulación, el Estado parte explica que la investigación penal contra el autor obedece a elementos que permitieron presumir la comisión de un delito.

6.8. El Estado parte alega que ser objeto de una investigación penal o de la imputación no puede considerarse como una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación. El Estado parte agrega que la Ley Especial de Amnistía se sancionó “a favor de todas aquellas personas (...) que a la presente fecha se encuentren a derecho y se hayan sometido a los procesos penales...”. Explica que el tribunal denegó la aplicación de la amnistía en tanto el autor no reunía los extremos legales previstos en la norma, pues no enfrentó el proceso penal en su contra y no se encontraba a derecho cuando la ley fue sancionada. Alega que el resto de los imputados no se encontraban en la misma situación jurídica que él, por cuanto ellos sí se encontraban a derecho en el territorio del Estado parte.

6.9. En relación con el derecho a la honra y la reputación, el Estado parte alega que las afirmaciones del autor resultan tan escuetas que solo se limita a reiterar que el proceso penal se encuentra suspendido por la ausencia del autor, y que por ende no ha ejercido las acciones legales para denunciar o remediar las violaciones alegadas.

6.10. El Estado parte solicita al Comité que declare inadmisibles la comunicación o que declare que no existe violación de los derechos alegados por el autor.

### **Comentarios del autor sobre el fondo**

7.1. El 25 de septiembre de 2020, el autor envió sus comentarios sobre el fondo. Alega que el Estado parte solo repite un argumento de inadmisibilidad, según el cual las arbitrariedades cometidas contra el autor no han podido remediarse porque el autor no se encuentra en el territorio del Estado parte. El autor alega que ninguna disposición legislativa interna exige la presencia de una persona imputada para que un juez decida una solicitud, recurso o acción presentada válidamente por ella. Por ello, los jueces sí pueden y deben resolver su recurso de nulidad o amparo penal.

Sin embargo, el Estado parte ha suspendido de hecho el proceso judicial y condicionado el ejercicio de cualquier actividad procesal a la concreción de su detención preventiva.

7.2. En relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el autor alega que sí documentó en su comunicación inicial todas las violaciones, denunciadas en detalle, a las cuales se remite. Explica que el hecho de que su proceso penal esté siendo y pueda seguir siendo juzgado por jueces sujetos a la remoción discrecional en cualquier momento,

evidencia la violación al derecho a ser juzgado por jueces independientes, lo cual resalta la necesidad de que el Comité intervenga para proteger a la víctima.

7.3. En relación con el derecho a la presunción de inocencia, el autor alega que sí documentó en su comunicación inicial todas las violaciones, denunciadas en detalle, a las cuales se remite. Agrega que, al paralizar el proceso penal en su contra, manteniendo la orden de detención y solicitud de captura, sin resolver ninguno de los recursos intentados por él, el Estado parte está negando los efectos del derecho a que se presuma su inocencia. El autor alega que la presunción de inocencia es incompatible con la actitud hostil del juzgador, que obstaculiza su derecho a la defensa y, en la práctica, lo condena al exilio, a la ruptura de su vida familiar y al escarnio, sin una sentencia previa.

7.4. En relación con el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa, el autor explica que es una carga irrazonable, arbitraria y desproporcionada imponerle al autor copiar a mano miles y miles de páginas de expediente penal. Recuerda que además se le impidió el acceso a materiales y partes mismas del expediente, como fueron videos y entrevistas que estaban en poder de la Fiscalía y que fueron usadas en su contra. El autor reitera que estas obstrucciones imposibilitaron su defensa.

7.5. Sobre el derecho a presentar testigos, y contrainterrogar los de la parte acusadora, el autor explica que, en la práctica, al negar ese derecho al autor, el Estado parte ha impedido que se puedan esclarecer los hechos, para proceder a una condena anunciada. Agrega que el Estado parte pretende limitar el derecho en cuestión solo en la fase final del proceso: el juicio.

Sin embargo, eso implicaría que la Fiscalía tenga un poder absoluto e ilimitado, arbitrario y total. El autor alega que, precisamente para impedir ello, el Estado parte adoptó el sistema acusatorio, introduciendo desde las primeras fases del proceso la figura del juez de control, para controlar la legalidad de la investigación fiscal y proteger los derechos del defendido.

Explica que precisamente de las primeras fases del proceso penal se derivan graves consecuencias, como pueden ser la acusación penal, la prisión preventiva, etc.; y es por ello que este derecho es esencial y fundamental desde el inicio del proceso.

7.6. Sobre su derecho a un recurso efectivo, el autor explica que a pesar de acudir repetidamente ante el juez provisorio de control y al tribunal de apelaciones para solicitar que se restablecieran sus derechos violados, en ninguna oportunidad dichos jueces, carentes de toda independencia e imparcialidad, proveyeron una protección efectiva. Alega que fueron meros recursos pro forma sin resultado efectivo posible alguno, mientras que el recurso de amparo penal que intentó nunca fue decidido.

7.7. Sobre su derecho a la igualdad y no discriminación, el autor agrega que poner como condición para la aplicación de la amnistía que la persona deba encontrarse en el país, no parece una condición legítima, y ciertamente no es de buena fe. Explica que eso hizo el Estado parte al excluir al autor arbitrariamente de la aplicación de la ley de amnistía la cual sí fue aplicada a las demás personas acusadas. El autor agrega que la persecución por motivos políticos ha sido precisamente lo que ha motivado el procesamiento penal arbitrario contra él, configurando una discriminación por motivos políticos.

### **Deliberaciones del Comité**

#### *Examen de la admisibilidad*

8.1. Antes de examinar toda queja formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 97 de su reglamento, si el caso es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2. En relación con la cuestión del sometimiento del asunto a otro procedimiento de examen o arreglo internacional, el Comité toma nota de la alegación del Estado parte de que el caso debería ser declarado inadmisibile debido a que el mismo asunto “ha sido sometido” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8.3. El Comité recuerda su jurisprudencia con arreglo a la cual, de conformidad con el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, una comunicación será declarada inadmisibile si está siendo examinada en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional. Recuerda igualmente su jurisprudencia según la cual, si bien el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo puede dar lugar a una interpretación del sentido de este párrafo diferente de los textos en otros idiomas, tal diferencia debe resolverse de acuerdo al artículo 33, párrafo 4, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, adoptando el sentido que mejor concilie los textos auténticos, habida cuenta del objeto y fin del tratado. La expresión “ha sido sometido”, en el texto en español, debe interpretarse a la luz de las otras versiones, por lo que debe entenderse como que “está siendo examinado” por otro procedimiento de examen o arreglo internacional. El Comité considera que esta interpretación concilia el sentido del artículo 5, párrafo 2 a), de los textos auténticos a los que se refiere el artículo 14, párrafo 1, del Protocolo Facultativo<sup>23</sup>. Teniendo en cuenta que el mismo asunto ya no se encuentra pendiente ante los órganos regionales mencionados y que el Estado parte no ha introducido una reserva al artículo 5, párrafo 2 a) del Protocolo facultativo, el Comité considera que no existe obstáculo, con

---

<sup>23</sup> *Semey c. España*, párr. 8.3, y *Rodríguez Castañeda c. México*, párr. 6.3.

arreglo a dicho artículo, que impida declarar la comunicación admisible. El Comité observa que las decisiones plenamente motivadas de los órganos del sistema interamericano sobre una denuncia del autor contra el Estado parte, básicamente similar merecen la debida consideración<sup>24</sup>. No obstante, ello no implica que el Comité no pueda llegar a una conclusión distinta, en particular sobre cuestiones atinentes a los estándares de derecho aplicables a la luz del Pacto.

8.4. El Comité toma nota de las alegaciones del Estado parte según las cuales el proceso contra el autor se encuentra suspendido debido a que este salió del territorio del Estado parte y no ha regresado para afrontar el juicio que cursa en su contra. El Comité también toma nota de las alegaciones del autor según las cuales el único recurso idóneo disponible (nulidad o amparo penal), aunque interpuesto, no fue efectivo; que los demás recursos disponibles no eran ni idóneos ni efectivos; y que los recursos eventualmente disponibles de apelación o casación no eran idóneos para cesar las violaciones cometidas en la fase de investigación e implicaban el agravamiento de sus derechos al exigir su sometimiento a una detención ilegal y arbitraria. El Comité observa que, en relación con las alegaciones sobre presuntas violaciones a su derecho a la honra y reputación protegido por el artículo 17 del Pacto, el autor no presenta información que demuestre que ellas fueron alegadas ante los tribunales nacionales. En consecuencia, el Comité declara las alegaciones del autor bajo el artículo 17 del Pacto inadmisibles de conformidad con el artículo 5, párrafo 2 b) del Protocolo facultativo.

8.5. El Comité observa, sin embargo, que en el presente caso la cuestión del agotamiento de los recursos internos en relación con el resto de alegaciones del autor están íntimamente vinculadas a las alegaciones de fondo<sup>25</sup>. Por ello, el Comité considera que el artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo no es un obstáculo a la admisibilidad de la comunicación.

8.6. En relación con las alegaciones del autor sobre los derechos a la libertad y seguridad, y a la libre circulación, bajo los artículos 9 y 12 del Pacto, respectivamente, el Comité considera que dichas alegaciones no han sido suficientemente fundamentadas a los efectos de la admisibilidad y las declara inadmisibles de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.7. En relación con las alegaciones del autor sobre su derecho a la libertad de expresión, amparado por el artículo 19 del Pacto, el Comité toma nota del argumento del autor según el cual es perseguido penalmente por su opinión política y por haber expresado su opinión profesional sobre el decreto en cuestión. El Comité observa que no se encuentra en condiciones de determinar

---

<sup>24</sup> *Moreno de Castillo y otros c. Venezuela* (CCPR/C/121/D/2610/2015), párr. 8.3.

<sup>25</sup> *Pichardo Salazar c. Venezuela* (CCPR/C/132/D/2833/2016), párr. 6.3; y *Cedeño c. Venezuela* (CCPR/C/106/D/1940/2010), párr. 6.3.

el nivel de involucramiento del autor en la redacción del decreto en cuestión y que el autor no ha fundamentado suficientemente de qué forma el proceso penal al cual se encuentra sujeto vulneró su derecho a la libertad de expresión a los efectos de la admisibilidad. Por ello, el Comité declara esta parte de la comunicación inadmisibles de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.8. En relación con las alegaciones del autor sobre el derecho a la igualdad y no discriminación bajo el artículo 26 del Pacto, el Comité considera que el autor no ha fundamentado suficientemente, a los efectos de la admisibilidad, de qué manera el requisito de la Ley de Amnistía de que las personas “se encuentren a derecho” podría configurar una discriminación contraria al Pacto. En relación con el hecho de que solo se haya seguido causa penal contra civiles debido al alegado privilegio constitucional otorgado a generales y almirantes, quienes se encontrarían sometidos a un proceso especial ante el Tribunal Supremo de Justicia (párr. 3.9), el Comité considera que el autor tampoco ha fundamentado suficientemente, a los efectos de la admisibilidad, la existencia *prima facie* de un trato discriminatorio basado en su estatus de civil. Por ende, el Comité declara inadmisibles estas alegaciones de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.9. El Comité considera que el resto de las reclamaciones del autor han sido suficientemente fundamentadas a efectos de la admisibilidad. Ante ello, el Comité declara la comunicación admisible en relación con el artículo 14, párrafos 1, 2, 3 b) y e); y artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, y procede a su examen en cuanto al fondo.

*Examen de la cuestión en cuanto al fondo*

9.1. El Comité ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las partes, según lo previsto en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

9.2. El Comité toma nota del argumento del autor según el cual todos los jueces y fiscales que han intervenido en su proceso penal son funcionarios temporales o provisorios, nombrados y sustituidos discrecionalmente por razones políticas. El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual el autor no precisa las condiciones de modo, lugar y tiempo en que se vulneró su derecho, sino que se limita a describir acontecimientos ocurridos en el transcurso del proceso judicial. El Comité observa que, según el Estado parte, no existe una relación de causalidad específica entre las remociones de jueces aludidas por el autor, dado que se relacionaban con decisiones de estos respecto de otros imputados en el proceso. El Comité recuerda que el procedimiento para el nombramiento de los jueces y las garantías en relación con su seguridad en el cargo son requisitos para la independencia judicial, y toda situación en que el Poder Ejecutivo pueda controlar o dirigir al Judicial

es incompatible con el Pacto<sup>26</sup>, garantía que abarca, indubitablemente, a los jueces de control en las etapas preliminares del proceso. En este sentido, el nombramiento provisorio de miembros del Poder Judicial no puede eximir a un Estado parte de asegurar las debidas garantías para la seguridad en el cargo de los miembros así designados<sup>27</sup>. Independientemente de la naturaleza de su designación, los miembros del Poder Judicial deben ser independientes y dar apariencia de independencia.<sup>28</sup> Además, los nombramientos provisorios deberían ser excepcionales y limitados en el tiempo<sup>29</sup>. Dicha garantía también se extiende a fiscales en tanto que operadores judiciales, pues es una condición elemental para el debido cumplimiento de sus funciones procesales<sup>30</sup>.

9.3. En el presente caso, el Comité observa que la garantía de independencia no puede exigir que el autor pruebe una relación de causalidad directa entre remociones de jueces o fiscales y su situación específica. El Comité nota que el autor demostró que todos los fiscales y los jueces que intervinieron en su causa habían sido nombrados provisoriamente, y que, tanto en los hechos como en el derecho, podían ser removidos sin causa ni procedimiento de apelación, según la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (párr. 3.2 *supra*). El Comité observa que el autor demostró que en el marco del proceso penal del cual el autor formaba parte, al menos un juez de control (el Juez Bognanno) y dos jueces de apelaciones fueron efectivamente removidos sin causa inmediatamente tras tomar decisiones que podrían considerarse velaban por las garantías de los coimputados. El Comité considera que ello resulta suficiente para trasladar al Estado parte la carga de probar que los jueces y los fiscales de la causa contaban con garantías relativas a la seguridad en sus cargos que permitan el desempeño independiente de sus funciones. En ausencia de información del Estado parte que refute las alegaciones del autor o que demuestre la existencia de dichas garantías, el Comité considera que, con base en la información que tiene ante sí, los jueces y los fiscales que intervinieron en el proceso penal del autor no gozaban de las necesarias garantías de independencia necesarias para garantizar el derecho del autor a un tribunal independiente de conformidad con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, en violación de dicha disposición.

---

<sup>26</sup> Observación general núm. 32, párr. 19.

<sup>27</sup> *Osío Zamora c. Venezuela* (CCPR/C/121/D/2203/2012), párr. 9.3.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Véase las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*. 06/10/2020, párrs. 94, 95 y 97; y *Caso Nina Vs. Perú*. 24/11/2020, párrs. 78-79.



9.4. El Comité toma nota del argumento del autor de que diversas autoridades públicas construyeron una presunción de culpabilidad en su contra mediante declaraciones públicas que lo declaraban culpable del delito por el cual se encontraba procesado, en violación del artículo 14, párrafo 2 del Pacto. El Comité toma nota del argumento del Estado parte según el cual las comunicaciones suscritas por funcionarios diplomáticos que no fueron partes en el proceso judicial seguido en su contra en el marco de actividades que nada tenían que ver con el proceso penal, y cuyo contenido no se presentó como elemento para la imputación que formulara el Ministerio Público. El Comité recuerda que “[t]odas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado”<sup>31</sup>. El Comité considera que no es necesario que las autoridades estén directamente vinculadas al proceso en cuestión para configurar una violación al derecho, así como tampoco lo es que sus comentarios sean presentados como elementos para la imputación del procesado.

9.5. En el presente caso, el Comité observa en particular las declaraciones del entonces Presidente del Estado parte que identificó en televisión al autor como redactor del decreto en cuestión y como parte del golpe de Estado. El Comité observa también que, en septiembre de 2005, un mes antes de la solicitud de acusación formal de la Fiscal provisoria en contra del autor el 21 de octubre, el entonces Fiscal General de la República, responsable de la designación de la Fiscal, publicó un libro en el cual daba por cierto que el autor había redactado el decreto en cuestión. El Comité también destaca que la Embajadora del Estado parte en Costa Rica aseguró que el autor “participó como autor material e intelectual e instruyó para su corrección en la redacción del decreto (^)”, y que “conocía y conoce todos los delitos que estaba cometiendo y por eso huyó del país”. En ausencia de información del Estado parte que refute las alegaciones del autor, y no existiendo en el momento de verse las referidas declaraciones de autoridades públicas sentencia alguna que determinara la responsabilidad penal del autor, el Comité considera que, con base en la información que tiene ante sí, se vulneró el principio de presunción de inocencia del autor, recogido en el artículo 14, párrafo 2 del Pacto<sup>32</sup>.

9.6. El Comité toma nota del argumento del autor según el cual no se le permitió obtener copia del expediente en su contra y que se le negó acceso a determinados videos que formaban parte del expediente, alguno de los cuales fueron utilizados en su imputación, en violación de su derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, protegido por el artículo 14, párrafo 3 b) del Pacto. El Comité toma nota del argumento

---

<sup>31</sup> Observación general núm. 32, párr. 30.

<sup>32</sup> *Cedeño c. Venezuela* (CCPR/C/106/D/1940/2010), párr. 7.4.

del Estado parte según el cual el autor sí pudo revisar el expediente y transcribir manualmente sus documentos, y que el momento procesal para controlar las pruebas es la audiencia preliminar y el juicio. El Comité recuerda que el derecho de un imputado a disponer de los medios adecuados para la preparación de su defensa incluye el “acceso a todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo”<sup>33</sup>. El Comité considera también que la negativa a expedir copias del expediente de la investigación puede constituir una carga desproporcionada en perjuicio de un procesado<sup>34</sup>. Sin embargo, en el presente caso, el Comité observa que el autor y sus abogados pudieron tener pleno acceso al expediente y tomar nota manuscrita de los datos que consideraron de interés para la defensa. El Comité considera que, con base en la información disponible, el Comité no puede determinar en qué medida la falta de obtención de copias, o de acceso a presuntos videos incorporados al expediente, incluida su transcripción íntegra, habría afectado su derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. El Comité también observa que, dada la temprana etapa procesal, el Comité no puede concluir que el derecho del autor a presentar testigos y contrainterrogar testigos de la parte acusadora, bajo el artículo 14, párrafo 3 e), del Pacto, haya sido vulnerado. El Comité concluye entonces que los hechos expuestos por el autor no le permiten determinar que se hayan vulnerado los derechos que le asisten en virtud del artículo 14, párrafo 3, apartados b) y e) del Pacto.

9.7. En relación con el derecho a un recurso efectivo, bajo el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, el Comité toma nota del argumento del autor según el cual el único recurso idóneo (el de nulidad o amparo penal, interpuesto en dos ocasiones) nunca recibió respuesta, dejándolo en estado de indefensión. El Comité también toma nota del argumento del Estado parte según el cual el autor ejerció solo los recursos de la etapa temprana del proceso, quedando pendiente los de la fase preliminar y del juicio, y que el autor tuvo completo acceso al tribunal de control en esa primera etapa. El Comité observa que todos los recursos presuntamente efectivos que el Estado parte menciona exigen que el autor regrese al Estado parte y se someta a la prisión preventiva decretada.

9.8. En el presente caso, el Comité destaca el especial contexto que enmarca la situación de contumacia del autor. Dicho contexto incluye que el autor estuvo altamente involucrado en el proceso penal en su contra (incluyendo su asistencia personal a tomar notas de su expediente); ejerció una

---

<sup>33</sup> Observación general núm. 32, párr. 33.

<sup>34</sup> *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. 23/11/2009, párr. 256. Véase también *Rasmussen v. Poland*, Application no. 38886/05, párr. 49; y *Beraru v. Romania*, Application no. 40107/04, párrs. 70-71.

debida diligencia durante la fase preliminar de la investigación, interponiendo diversos recursos que cuestionaban la prueba existente en su contra y ofrecían prueba a su favor; salió legalmente del territorio del Estado parte; interpuso un recurso de nulidad previo a la solicitud de acusación formal de la Fiscalía; e interpuso un segundo recurso de nulidad previo a la acusación formal del Juez que contenía el establecimiento de la prisión preventiva. El Comité considera que el autor ha acreditado un temor fundado a estar sometido a un proceso penal arbitrario, violatorio de sus derechos y garantías, y al severo agravamiento de dichas violaciones, en caso de someterse a la prisión preventiva en su contra, todas cuestiones que fueron debida y reiteradamente presentadas a las autoridades judiciales encargadas de velar por su derecho al debido proceso. El Comité observa que, en las circunstancias del autor, un recurso que haga efectivo el derecho a un debido proceso no puede subordinarse a la sujeción a un proceso indebido. Ello implica que, independientemente de lo que determine el derecho interno<sup>35</sup>, el Estado Parte no puede invocarlo como justificación del incumplimiento de sus obligaciones frente al Pacto<sup>36</sup>. Por ello, y con base en la información que tiene ante sí, el Comité encuentra que el autor ha sufrido una violación a su derecho a un recurso efectivo respecto a su derecho a un debido proceso, en particular, a acceder a un tribunal independiente, recogido en el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictamina que la información que tiene ante sí pone de manifiesto una violación de los artículos 14, párrafos 1 y 2; y 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto.

11. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Ello requiere una reparación integral a los individuos cuyos derechos hayan sido violados. En consecuencia, el Estado parte tiene la obligación, *inter alia*, de: a) Declarar la nulidad del proceso contra el autor, dejando sin efecto la orden de detención preventiva contra este; b) en caso de que se inicie un nuevo proceso contra el autor, asegurar que este cumpla con todas las garantías del debido proceso previstas en el artículo 14 del Pacto y con acceso a recursos efectivos de conformidad con el artículo 2, párrafo 3; y c) conceder al autor una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

---

<sup>35</sup> Que incluye cuestiones como, por ejemplo, si los recursos de nulidad debían o no resolverse ante la ausencia del autor.

<sup>36</sup> Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

12. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar una reparación efectiva y jurídicamente exigible cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité y que le dé amplia difusión.

### **Annex 1**

#### **Joint opinion by Committee members Arif Bulkan and Hélène Tigroudja (partially dissenting)**

1. We regret that the majority did not rigorously address the claims under Article 14(3)(b) & (e) on access to certain evidence in the file and the right to cross-examine witnesses.

2. In our view, to the majority's reasoning on these points (para. 9.6) is ambiguous and does not reflect the longstanding international jurisprudence. Both the European Court and the Inter-American Court of Human Rights have clearly affirmed the applicability of defence rights at the investigation stage, stressing that this early-stage protection "contributes to avoiding miscarriages of justice and to secure the aim of [the right to a fair trial]."<sup>1</sup> We think it sufficiently important to have reaffirmed this core principle before distinguishing the time at which the author invoked these rights. It is true that based on the file, the author did not elaborate on the right to call witnesses and the majority could have rejected this part of the claim for lack of substantiation.

3. With regard to the access to evidence as a pillar of the right to prepare one's defense, General Comment No. 32 highlights that the right "must include access to documents and other evidence; this access must include all materials that the prosecution plans to offer in court against the accused" (para. 33). This Committee found a violation of article 14(3)(b), where the author was prevented from seeing certain evidence classified as secret, reaffirming that "adequate facilities" within the meaning of article 14(3)(b) must include access to documents and other evidence; this access must include all materials that the prosecution plans to offer in court."<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ECHR, Application No. 18731/91, 08/02/1996, para. 45; Inter-Amer. Court H.R. Mohamed v. Argentina. 23/11/2012, para. 91.

<sup>2</sup> Esergepov v Kazakhstan, CCPR 2129/2012, para 11.4.

This is also reflected by the Inter-American Court where access to evidence and investigation file was also at stake.<sup>3</sup>

4. However, in the present case, the majority's position (para. 9.6) does not follow this well-established jurisprudence. Notably, although the State party did not respond to the author's claim of being denied access to the videos, the majority of the Committee overlooked this failure and instead placed the burden of proof on the author, reasoning that he did not demonstrate "to what extent the lack of access to copies, or the complete transcription of certain recordings in the file would have affected his right to adequate time and facilities" for his defense. This is not only an unreasonable burden of proof, it is actually a form of *probatio diabolica*: the author is expected to prove that the "lack of access to copies" or videos *has affected* his defense rights... in order to be granted access to the relevant copies and videos.

5. Our view is that based on the detailed claims of the author regarding access to certain pieces of evidence, and in absence of any sufficient explanation provided by the State party, the facts reveal a breach of Article 14(3)(b) of the Covenant

## **Annex 2**

### **Individual opinion Vasilka Sancin (partially dissenting)**

1. I disagree with the majority's finding that the facts presented by the author do not allow the Committee to find a violation of his right under article 14(3)(b) of the Covenant. I am of the view that the State party also failed to ensure the author adequate facilities for the preparation of his defence, since he was not provided with access to all the documentation, in particular all the videos used for his indictment.

2. The State party never rebutted the author's argument that he was not able to access all videos used for his indictment (paras. 3.7, 6.5 and 7.4). Any documentation gathered and used before the preliminary hearing and trial is equally vital for the preparation of a defence and the State party's conduct constituted an unjustified restriction of the author's ability to prepare a defence.<sup>4</sup> This resulted in inadequate facilities for the preparation of his defence, which negatively impacted the equality of arms.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Case of Barreto Leiva v. Venezuela. 17/11/2009, para. 56.

<sup>4</sup> General Comment No. 13 (1984) on article 14 (Equality before the courts), para. 9.

<sup>5</sup> General Comment No. 32 (2007) on article 14 (Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial), para. 33.

3. I disagree with the majority's logic in finding that it is the author who should have further demonstrated to what extent the deprivation of his access to copies, or the complete transcription of certain recordings in the file would have affected his right to adequate facilities for the preparation of his defence (para. 9.6). In my view, this right imposes an obligation on a State party to disclose all material that the prosecution plans to offer in court, and when the author, such as in this case, demonstrates that the State party has at any procedural phase substantially limited his access to such material, the Committee should have found a violation of his right under article 14(3)(b) of the Covenant.

### **Annex 3**

#### **Individual Opinion of José Santos Pais (partially dissenting)**

1. I hesitate to conclude, as the majority does, *“that it is not necessary for the authorities to be directly involved in the proceedings in question for their actions to give rise to a rights violation, nor is it necessary for their comments to be presented as elements in the indictment of the defendant”*.

2. In the present case, the criminal procedure is still in a preliminary stage, where the indictment concludes the preparatory phase of the proceedings (see footnote 9). Since the author is outside the State party's territory, the proceedings had to be suspended from that moment onwards because of his absence (para 6.1). Public statements by relevant public officials, therefore, at least for the time being, could not have significantly impacted such proceedings: the author has yet to present his defence, one does not know whether there will be a trial and much less the outcome of such trial, since no judgement establishing the author's criminal responsibility has, of yet, been handed down.

3. By concluding for a violation, at this stage, of article 14(2) of the Covenant, the Committee establishes a presumption of guilt for the State party, which it will never be able to rebut, whatever the future outcome of the pending criminal proceedings against the author, since the public statements by relevant public officials have already been issued. And the same conclusion will inevitably have to be drawn in case a new criminal procedure, replacing the present one, is to be instituted against the author if current criminal proceedings are considered null and void.

4. On the other hand, by already concluding for a violation of article 14(2), the Committee prevents the domestic courts to rebut this presumption of guilt of the State party and to prove that the interference of the executive or other branches of government was not sufficient to hamper, in the end, judicial independence.

5. Several Views of the Committee, unlike the position adopted in the present case, seem to require that the author provides evidence of the impact a particular public statement had on the outcome of his/her trial: *Khudayberdiev v. Kyrgyzstan* (CCPR/C/127/D/2522/2015), para 10.2; *Kh. B v. Kyrgyzstan* (CCPR/C/120/D/2163/ 2012), para 11.2; e *Orkin v. Russian Federation* (CCPR /C/126/D/2410/2014), para 12.6.

6. I would therefore have not concluded for a violation, by the State party, of article 14(2) of the Covenant, in such a preliminary stage of the criminal proceedings.





### 13.

**COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA HIGH COURT OF JUSTICE. BUSSINES AND PROPERTY COURTS OF ENLAND AND WALES. COMMERCIAL COURT (QBD), DEL DÍA 29 DE JULIO DE 2022, EN EL CASO DEL ORO VENEZOLANO DE LONDRES, MEDIANTE LA CUAL NEGÓ EL RECONOCIMIENTO EN EL REINO UNIDO DE SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA**

en *Revista de Administración Pública*, No. 219, septiembre/diciembre 2022, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid pp. 167-188.\*

SUMARIO: I. ALGO SOBRE EL ORIGEN POLÍTICO DE LA CONTROVERSIA: EL RECONOCIMIENTO POR EL GOBIERNO BRITÁNICO EN 2019 DEL GOBIERNO TRANSITORIO DE VENEZUELA. II. LOS JUICIOS ANTE LAS CORTES BRITÁNICAS Y SU ACUMULACIÓN. III. LA APELACIÓN ANTE LA CORTE DE APELACIONES Y LA SENTENCIA DEL 5 DE OCTUBRE DE 2019. IV. LA APELACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA SENTENCIA DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2021. 1. *Sobre el tema del reconocimiento y el principio de “una sola voz.”* 2. *Sobre el tema del acto de*

---

\* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-219-septiembre-diciembre-2022/comentarios-sobre-la-sentencia-de-la-high-court-justice-business-and-property-courts-england-and>

*Estado. 3. Sobre el reconocimiento de sentencias del TSJ anulatorios de los actos del gobierno interno. V. LA SENTENCIA DE LA ALTA CORTE COMERCIAL DE 29 DE JULIO DE 2022. 1. Sobre el carácter anulatorio de las sentencias de la Sala Constitucional. 2. Sobre la cuestión del reconocimiento de las sentencias por sus características. 3. Sobre el tema de “una sola voz.” 4. Sobre el tema del respeto a la justicia natural (debido proceso). 5. Sobre el tema de la imparcialidad e independencia y el orden público. 6. Decisión.*

**Resumen:** *Este artículo analiza los procesos judiciales que se ha desarrollado ante las Cortes del Reino Unido, para determinar quién tiene la autoridad para dar instrucciones sobre las reservas internacionales de Venezuela en Oro depositadas en el Banco de Inglaterra, a raíz del reconocimiento por parte del Gobierno británico del Sr. Juan Guaidó como Presidente interino de Venezuela, y del consecuente desconocimiento del Sr. Nicolás Maduro como tal Presidente. Las Cortes británicas, siguiendo el principio de “una sola voz,” han reconocido sin discusión la validez de los actos dictados por el Sr. Guaidó, y además, han negado el reconocimiento de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela anulatorias de sus actos, ante todo por haber sido dictadas in audita parte en violación de los principios de justicia natural (debido proceso).*

**Palabras clave:** *Gobiernos extranjeros. Reconocimiento internacional; Acto de Estado. Doctrina; Sentencias extranjeras. Reconocimiento; Debido proceso*

**Abstract:** *This article analyzes the judicial processes that has been developed before the Courts of the United Kingdom, to determine who has the authority to give instructions on the Venezuelan international reserves in Gold deposited in the Bank of England, following the recognition by the British Government of Mr. Juan Guaidó as Interim President of Venezuela, and the consequent non recognition of Mr. Nicolás Maduro as such President. The British Courts, following the principle of “one voice,” have recognized without discussion the validity of the acts dictated by Mr. Guaidó, and in addition, have denied the recognition of the judgments of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice of Venezuela annulling his acts, first of all for having been issued in audita parte in violation of natural justice principles (due process).*

**Keywords:** *Foreign governments. International recognition; Act of State. Doctrine; Foreign judgments. Recognition; Due process.*

Desde 2019 en las Cortes del Reino Unido se ha venido desarrollando un proceso judicial que bien podemos denominar el *Caso del Oro venezolano de Londres*, con el objeto de determinar que quién tiene el control de las reservas internacionales de la República de Venezuela depositadas en lingotes de oro en el Banco de Inglaterra y otra institución financiera, particularmente entre la Junta del Banco Central de Venezuela designada por el Sr. Nicolás Maduro, quien actúa en Venezuela como Presidente de la República (denominada en las cortes británicas como “*Junta de Maduro*”) o la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela designada por el Sr. Juan Guaidó, quien como Presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela, asumió en febrero de 2019, en el marco del *Estatuto de Transición a la democracia* dictado por la Asamblea Nacional en febrero de 2019,<sup>1</sup> la condición de Presidente encargado de Venezuela (designada igualmente en las cortes británicas “*Junta de Guaidó*”), quien ha sido reconocido como tal, entre otros por el gobierno del reino Unido.

Tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia (*The Supreme Court*) del Reino Unido en la sentencia que dictó en el caso el 20 de diciembre de 2021, de lo que se trata es de determinar cuál de las dos mencionadas Juntas tiene derecho, *por una parte*, a dar instrucciones en nombre del Banco Central de Venezuela a dichas instituciones financieras en el Reino Unido en relación con reservas de oro de aproximadamente US \$ 1.95 mil millones que el BCV depositados en lingotes en el Banco de Inglaterra; y *por la otra*, a representar al Banco Central en un arbitraje que se inició en dicho año ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en relación con aproximadamente US \$ 120 millones que el *Deutsche Bank AG.* tenía en custodia con base en un contrato de intercambio de oro del Banco Central y que había pagado a los receptores designados por el tribunal británico para mantenerlos en nombre del Banco Central.

Por dichos montos, se trata, sin duda, del caso judicial más importante en el cual ha estado involucrado el Estado venezolano en toda su historia, pues como lo expresó la Alta Corte de Justicia Comercial en su sentencia de 29 de julio de 2022, el mismo en esencia se refiere

“al control de aproximadamente la mitad de las importantes reservas de oro de la República de Venezuela, por un valor aproximado de US\$1.950 millones, que están en poder del Banco de Inglaterra y la suma de aproximadamente US\$120 millones en poder de los síndicos designados por la Corte” (para 1).

---

<sup>1</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

## I. ALGO SOBRE EL ORIGEN POLÍTICO DE LA CONTROVERSIDAD: EL RECONOCIMIENTO POR EL GOBIERNO BRITÁNICO EN 2019 DEL GOBIERNO TRANSITORIO DE VENEZUELA

Como se dijo en febrero de 2019, la Asamblea Nacional de Venezuela, dictó un *Estatuto de Transición a la democracia*, en el cual se trazó la ruta para la recuperación de la democracia en Venezuela, el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, el cese de la usurpación por parte del Sr. Nicolás Maduro, y la realización de elecciones libres y confiables.

El inicio de la crisis política que llevó a la sanción de ese Estatuto se puede situar en la convocatoria que hizo el Sr. Maduro como Presidente de la república, de una Asamblea Nacional Constituyente, en violación del derecho del pueblo que es el único que puede convocar dicha institución mediante referendo. Esa inconstitucional y fraudulenta Asamblea Constituyente se eligió además mediante un sistema electoral de corte fascista, violatorio de la universalidad del voto,<sup>2</sup> habiendo usurpado la función legislativa de la Asamblea Nacional.

Y fue esa Asamblea Constituyente la que, usurpando también las funciones del Consejo Nacional Electoral, procedió a convocar una elección presidencial anticipada que se realizó el 20 de mayo de 2018, en realidad, con el único propósito de “reelegir” anticipadamente a Nicolás Maduro para el período 2019-2025.

Dicha elección o supuesta reelección fue desconocida tanto por toda la comunidad institucional del país como por la mayoría de la Comunidad internacional, siendo calificada por la propia Asamblea Nacional, el 22 de mayo de 2018 como una farsa, pues se realizó sin que se garantizara ninguna de las condiciones mínimas para unas elecciones libres y justas. La Asamblea Nacional, por tanto, como órgano de representación popular, desconoció formalmente su supuesto resultado, es decir, la supuesta reelección de Maduro, que fue declarada como ilegítima e inexistente.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Editores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017.

<sup>3</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

Así fue también declarado y considerado por la mayor parte de la Comunidad internacional, entre otros, por los países del Grupo de Lima y por la Organización de Estados Americanos.<sup>4</sup>

Ello implicó que para cuando llegó el momento de la toma de posesión del Presidente de la República para el período 2019-2025, como en el país no había presidente alguno electo legítimamente, la Asamblea Nacional, única institución del Estado con legitimidad democrática, en enero de 2019, después de declarar al Sr. Maduro como usurpador, en su carácter de intérprete primario de la Constitución, y ante la falta absoluta de presidente legítimo que pudiera tomar posesión del cargo, reconoció al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado conforme a la Constitución, dictando el Estatuto para la transición democrática con vigencia hasta que cese la usurpación y se puedan realizar elecciones presidenciales libre y justas en el país. Ello fue respaldado por la comunidad institucional nacional, y en la comunidad internacional por más de cincuenta Estados, incluyendo esta vez también a la Unión Europea.<sup>5</sup>

Específicamente, el día 4 de febrero de 2019, el Sr. Juan Guaidó fue expresamente reconocido como presidente encargado de Venezuela por el Reino Unido, por boca del Sr. Jeremy Hunt, secretario de Estado para Relaciones Exteriores y de la Mancomunidad de Naciones, emitió una declaración en la cual expresó que:

“El Reino Unido reconoce ahora a Juan Guaidó como presidente interino constitucional de Venezuela, hasta que se puedan celebrar elecciones presidenciales creíbles.

El pueblo venezolano ya ha sufrido bastante. Es hora de un nuevo comienzo, con elecciones libres y justas de acuerdo con las normas democráticas internacionales.

---

<sup>4</sup> Véase los comunicados en Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández, *Venezuela. La ilegítima e inconstitucional convocatoria de las elecciones parlamentarias en 2020*, Iniciativa Democrática de España y las Américas Editorial jurídica Venezolana Internacional, 2020.

<sup>5</sup> Véase José Ignacio Hernández G., *Bases fundamentales de la transición en Venezuela. El reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020.

La opresión del régimen ilegítimo y cleptocrático de Maduro debe terminar. Aquellos que sigan violando los derechos humanos de los venezolanos comunes y corrientes bajo un régimen ilegítimo serán llamados a dar cuenta. El pueblo venezolano merece un futuro mejor.”<sup>6</sup>

Como el reconocimiento se hizo condicionado –“*hasta que se puedan celebrar elecciones presidenciales creíbles*”–, demostrando el repudio de las elecciones presidenciales de 2018, estas declaraciones fueron ratificadas después de la reelección del diputado Juan Guaidó como presidente de la Asamblea, el 5 de enero de 2020, cuando el día siguiente, el 6 de enero de 2020, el Reino Unido emitió una declaración en la cual expresó que:

“condena las medidas adoptadas por el régimen de Maduro para bloquear y frustrar por la fuerza el proceso democrático de la Asamblea Nacional Venezolana el 5 de enero. Sus intentos de impedir la reelección de Juan Guaidó ignoran los intereses tanto del país como de su pueblo, socavan el respeto de las instituciones y principios democráticos y el Estado de derecho. Se debe permitir a la Asamblea operar legalmente y cumplir con sus responsabilidades sin temor ni impedimento. El *Reino Unido subraya su apoyo al Presidente constitucional interino Guaidó* y sus esfuerzos por conducir a Venezuela hacia una resolución pacífica y democrática de la terrible crisis a la que se enfrenta el país.”<sup>7</sup>

Posteriormente, con motivo de la realización de elecciones parlamentarias fraudulentas en diciembre de 2020,<sup>8</sup> el Reino Unido emitió otra declaración el 17 de junio de 2020, indicando que:

“El Reino Unido está profundamente preocupado por la decisión de la Corte Suprema de Venezuela de anunciar el nombramiento de los miembros al Consejo Nacional Electoral (CNE) el 12 de junio sin la aprobación de la Asamblea Nacional, en clara contravención de la Constitución de Venezuela.

---

<sup>6</sup> Ver <https://www.gov.uk/government/news/uk-recognises-juan-guaido-as-interim-president-of-venezuela>. Traducción libre. Véase José Ignacio Hernández, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022.

<sup>7</sup> Foreign & Commonwealth Office, comunicado de prensa, “Crisis in Venezuela: Foreign Office statement” 6 de enero de 2020 en: <https://www.gov.uk/government/news/fco-statement-on-venezuela>. Traducción libre.

<sup>8</sup> “Estados Unidos condena el último paso de Maduro para preparar las próximas elecciones venezolanas”, comunicado de prensa, Michael R. Pompeo, Secretario de Estado, en: <https://www.state.gov/the-united-states-condemns-maduros-latest-step-to-rig-the-next-venezuelan-election/>

Las elecciones presidenciales de 2018 no fueron libres, justas o creíbles. Desde enero de 2019, el Reino Unido ha sido claro y coherente en su reconocimiento a Juan Guaidó como Presidente Constitucional Interino de Venezuela, habiendo expresado que:

“Es vital que se dé al pueblo de Venezuela la oportunidad de votar pronto en las elecciones presidenciales libres, justas y efectivamente supervisadas. El Reino Unido considera que este es un paso esencial para poner fin a las crisis políticas y de otro tipo que Venezuela está sufriendo y para restablecer la democracia.”<sup>9</sup>

## II. LOS JUICIOS ANTE LAS CORTES BRITÁNICAS Y SU ACUMULACIÓN

En el anterior contexto político y específicamente por el reconocimiento que el gobierno británico ha hecho del Sr. Guaidó, como Presidente encargado de Venezuela, y el consecuente desconocimiento del Sr. Maduro como tal Presidente del país, es que se ha desarrollado el caso judicial en el reino Unido, el cual ha sido objeto de varias decisiones judiciales, y entre ellas, las más importantes, la sentencia de la *Supreme Court* británica de 20 de diciembre de 2021, en la cual resolvió temas fundamentales de derecho internacional privado como es el del reconocimiento de un Jefe de Estado extranjero por el gobierno británico y el de la doctrina del “acto de Estado” vinculada a dicho reconocimiento; y la otra, la sentencia de la Corte Comercial (*High Court of Justice. Bussines and Property Courts of Enland and Wales. Commercial Court (QBD)*) del 20 de julio de 2022, sobre el tema igualmente fundamental del reconocimiento por los tribunales del Reino Unido de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, y en particular, de unas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictadas en 2019 y 2020, mediante las cuales se habían “anulado” todos los actos dictados por la Asamblea nacional y el Presidente interino de Venezuela, incluido e propio Estatuto de Transición a la democracia.

Específicamente, el caso tuvo su origen en dos juicios iniciados ante la Alta Corte Comercial de Inglaterra y Gales:

El *primer juicio* se inició como consecuencia de una demanda arbitral intentada ante la *High Court of Justice Bussines and Property Courts of England and Wales. Queen’s Bench Division, Comercial Court* el 13 de mayo de 2019, por el *Deutsche Bank AG, London Branch*, contra el Banco Central de Venezuela solicitando el nombramiento de síndicos para mantener y administrar los ingresos provenientes de un contrato de intercambio de oro que

<sup>9</sup> Véase también: “Crisis in democratic process in Venezuela: Foreign Office statement, 17 June 2020”, Foreign & Commonwealth Office, en <https://www.gov.uk/government/news/crisis-in-venezuela-foreign-office-statement-17-june-2020>. Traducción libre.

el Banco alemán había celebrado con dicho Banco Central de Venezuela. El contrato de *swap* se regía por la ley inglesa y preveía que las disputas se resolvieran mediante arbitraje de la *Court of International Arbitration* (“LCIA”) en Londres.

La demanda se intentó porque el Deutsche Bank había recibido instrucciones contradictorias con respecto al pago del producto del contrato de permuta de oro, que había recibido tanto de la Junta Directiva del Banco Central de Venezuela designada por Nicolás Maduro como de la Junta Ad-Hoc del mismo Banco designada por Juan Guaidó.

El *segundo juicio* se inició con una demanda intentada el 14 de mayo de 2020 por el Banco Central de Venezuela, bajo instrucciones de la Junta de Maduro, contra el Banco de Inglaterra, alegando que se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones contractuales al no aceptar las instrucciones de la Junta de Maduro en relación con el pago de las reservas de oro del Banco Central de Venezuela que tenía. El Banco de Inglaterra también había recibido instrucciones contradictorias, de las dos Juntas, habiendo formulado ante la Corte una petición para determinar bajo qué instrucciones estaba el Banco autorizado para actuar, o de la Junta de Maduro o de la Junta de Guaidó.

Los dos juicios fueron acumulados por la Corte Comercial, y con ocasión de las peticiones formuladas, el tema preliminar que la misma estimó que debía considerar y decidir para ambos juicios fue el del reconocimiento, por parte del Gobierno del Reino Unido, del Gobierno de Juan Guaidó.

Y así, luego de las audiencias celebradas en junio de 2020, el Juez Teare J. de la Corte Comercial decidió el caso el 2 de julio de 2020, a favor de la Junta de Guaidó, sobre la base de que el Gobierno británico había reconocido al Sr. Guaidó en su capacidad de Presidente constitucional interino de Venezuela, de lo que resultaba, con base en el principio de “una sola voz,” que el Sr. Maduro no era reconocido como presidente constitucional de Venezuela.

Sobre el tema del acto de Estado, la Corte Comercial decidió que no era de su competencia considerar sobre la validez y/o constitucionalidad, conforme al derecho venezolano, de: (a) el Estatuto de Transición; b) los Decretos No. 8 y No. 10 dictados por el Sr. Guaidó de nombramiento de la Junta Ad-Hoc del Banco Central de Venezuela; c) el nombramiento de José Ignacio Hernández como Procurador General Especial; d) el nombramiento de la Junta ad hoc del Banco Central de Venezuela; y/o e) la Resolución de la Asamblea Nacional de fecha 19 de mayo de 2020.

La Corte Comercial consideró que en virtud del reconocimiento por el Gobierno británico del Sr. Guaidó, como Presidente interino, estaba obligada a considerar esos actos como válidos y eficaces, sin revisarlos. Es decir, el principio de “una sola voz” le impedía revisar y analizar sobre la validez de



tales actos, razón por la cual, los mismos fueron considerados como actos de Estado extranjeros, no justiciables, sobre los cuales la Corte carecía de jurisdicción debido a la inmunidad en la materia.

### **III. LA APELACIÓN ANTE LA CORTE DE APELACIONES Y LA SENTENCIA DEL 5 DE OCTUBRE DE 2019**

La decisión del Juez Teare J fue apelada por la Junta de Maduro ante la Corte de Apelaciones, cuyos jueces Lewison, Males and Phillips LJJ, luego de varios incidentes, el 5 de octubre de 2020 admitieron la apelación bajo la opinión del Juez Males LJ, considerando sobre el tema del reconocimiento, que si bien desde el 4 de febrero de 2019 el Gobierno británico había reconocido formalmente al Sr. Guaidó como el Presidente de jure de Venezuela, es decir, como “la persona con derecho a ser considerado como el Presidente de Venezuela,” ese reconocimiento, sin embargo, había sido como “Jefe de Estado,” pero no como “Jefe de gobierno,” considerando entonces que el mismo no era concluyente de conformidad con el principio de “una sola voz” a los efectos de determinar las cuestiones planteadas en el juicio.

Consideró la Corte de Apelaciones que si bien dicho reconocimiento fue concluyente con el propósito de determinar quién era el presidente *de jure* de Venezuela, dejaba abierta la posibilidad de que el Gobierno británico pudiera reconocer implícitamente al Sr. Maduro como el presidente *de facto* de Venezuela.

Es decir, en definitiva, la Corte de Apelaciones consideró que antes de que se pudiera dar una respuesta definitiva sobre la cuestión del reconocimiento, era necesario determinar primero si: (1) el Gobierno de su Majestad Británica reconocía al Sr. Guaidó como Presidente de Venezuela a todos los efectos y, por lo tanto, no reconocía al Sr. Maduro como Presidente para ningún propósito o (2) el Gobierno británico reconocía al Sr. Guaidó como el Presidente de Venezuela y, por lo tanto, con derecho a ejercer todos los poderes del Presidente, pero también reconocía Maduro como la persona que de hecho ejerce algunos o todos los poderes del Presidente de Venezuela.

### **IV. LA APELACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA SENTENCIA DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2021**

La sentencia de la Corte de Apelaciones fue apelada por la Junta de Guaidó, ante la Corte Suprema de Justicia del reino Unido y la misma, conformada por Lord Reed, Presidente, Lord Hodge, Vicepresidente, Lord Lloyd-Jones, Lord Hamblen y Lord Leggatt, bajo la ponencia de Lord Lloyd-

Jones, dictó sentencia el 20 de diciembre de 2021<sup>10</sup> resolviendo la apelación, a la cual se adhirió la Junta de Maduro, llegando a las siguientes conclusiones:

1. *Sobre el tema del reconocimiento y el principio de “una sola voz”*

Sobre el tema del reconocimiento de gobiernos extranjeros, las conclusiones de la Corte Suprema en el caso fueron las siguientes:

(1) El Gobierno de su Majestad (HMG) ha reconocido desde el 4 de febrero de 2019 al Sr. Guaidó como Presidente constitucional interino de Venezuela hasta que puedan celebrarse elecciones presidenciales creíbles.

(2) Desde el 4 de febrero de 2019, HMG no ha reconocido al Sr. Maduro como Presidente de Venezuela para ningún propósito” (par.110).

Estas conclusiones la Corte consideró que se desprendían de la declaración del Sr. Hunt de 4 de febrero de 2019, de la carta del Sr. Shorter de fecha 19 de marzo de 2020 y las declaraciones adicionales hechas ante el tribunal en nombre del Secretario de Asuntos Exteriores, “cuyas declaraciones son concluyentes bajo el principio de una sola voz” (par. 110).

2. *Sobre el tema del acto de Estado*

Resuelto el primer tema, la Corte Suprema consideró que debía examinar si existía una norma que prohibiera a los tribunales del Reino Unido cuestionar un acto del Poder Ejecutivo de un Estado extranjero, independientemente de si el acto es lícito o ilícito conforme a la ley de ese Estado (par. 118).

Luego de analizar la doctrina jurisprudencial sentada en la materia en el Reino Unido e, incluso, en los Estados Unidos, la Corte Suprema concluyó afirmando que en el Reino Unido existía:

“una norma según la cual los tribunales de esta jurisdicción no decidirán ni juzgarán sobre la legalidad o validez en virtud de su propia legislación de un acto ejecutivo de un Estado extranjero, realizado en el territorio de ese Estado” (par. 135).

Entre dichos actos ejecutivos quedaban incluidos precisamente los actos de nombramiento de la Junta ad-hoc del Banco Central de Venezuela (par. 146) y del Procurador General especial por parte del Presidente interino Sr. Guaidó (par. 149).

3. *Sobre el reconocimiento de sentencias del TSJ anulatorias de los actos del gobierno interno*

Sobre el alegato de la Junta de Maduro de que dichas decisiones del Presidente Interino habían sido anuladas por sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que solicitaba fueran reconocidas por

---

<sup>10</sup> Véase e texto en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0195.html>

las Cortes británicas, citando al Juez Males LJ de la Corte de Apelaciones, expresó la Corte Suprema que el reconocimiento de “una decisión del tribunal extranjero, actuando dentro de su propia esfera de responsabilidad en virtud de la constitución del Estado extranjero,” debe hacerse “de acuerdo con los principios de cortesía y separación de poderes” (para 169). De ello, dedujo la Corte Suprema, que el caso bajo su consideración, en definitiva, se centraba en el *status* de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en las que se basaba la Junta de Maduro en sus alegatos, mediante las cuales se habían anulado los actos del Presidente interino Guaidó, en particular los de nombramiento del Procurador General especial y de la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela.

En criterio de la Corte Suprema “esas sentencias no atraen por sí mismas la protección de ningún acto de gobierno estatal. La cuestión es si, y en caso afirmativo, en qué medida, deben ser reconocidos o aplicados por los tribunales de esta jurisdicción.” (para 170). Ello implicaba, según la Corte Suprema, considerar cuestiones que quedaban fuera de las cuestiones preliminares que se le habían sometido y que no se habían abordado en los argumentos que se formularon ante la misma, habiendo entonces decidido remitir dicha cuestión para su ulterior examen y decisión por parte de la Corte Comercial (para 170).

A tales efectos, la Corte Suprema del Reino Unido en su sentencia de 20 de diciembre de 2021, formuló la siguiente “Conclusión,” en la cual expresó que declaraba con lugar la apelación formulada por la Junta de Guaidó y desestimaba la adhesión a la apelación (*cross-appeal*) que había formulado la Junta de Maduro, por las siguientes razones:

“(1) Los tribunales de esta jurisdicción están obligados por el principio de una sola voz, a aceptar las declaraciones del Ejecutivo que establecen que el Sr. Guaidó es reconocido por HMG como el Presidente interino constitucional de Venezuela, y que el Sr. Maduro no es reconocido por HMG como Presidente de Venezuela para ningún propósito” [Esta conclusión la emitió la Corte como una “*declaratory relief to that effect*”].

(2) a) Existe una norma de derecho interno conforme a la cual, con sujeción a importantes excepciones, los tribunales de esta jurisdicción no decidirán ni juzgarán sobre la legalidad o validez con arreglo a su propia legislación de un acto ejecutivo de un Estado extranjero, realizado en el territorio de ese Estado.

b) Existe una norma de derecho interno conforme a la cual, con sujeción a importantes excepciones, los tribunales de esta jurisdicción reconocerán y no cuestionarán el efecto de la legislación de un Estado extranjero u otras leyes en relación con cualquier acto que tenga lugar o surta efecto en el territorio de ese Estado.

En consecuencia, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 3) siguiente, los tribunales de esta jurisdicción no cuestionarán la legalidad o validez de: i) los Decretos Nos 8 y 10 emitidos por el Sr. Guaidó; ii) el nombramiento del Procurador General Especial; o (iii) el nombramiento de la Junta Administrativa Ad Hoc del Banco Central de Venezuela (es decir, la Junta de Guaidó).

(3) Sin embargo, en acuerdo con lo decidido por la Corte Apelación, consideró que, en la medida en que la Junta de Maduro pueda basarse en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia a las que los tribunales de esta jurisdicción deberían otorgar reconocimiento o efecto de conformidad con las normas nacionales de derecho internacional privado y el orden público del foro, no se aplicarían las normas identificadas en el párrafo 2(a) y (b) anteriores”(par. 181).

De ello, concluyó la Corte Suprema que era necesario que el procedimiento se remitiera a la Corte Comercial para que la misma considerase si las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia debían ser reconocidas o hacerse efectivas en la jurisdicción de las Cortes británicas (par. 181).

## V. LA SENTENCIA DE LA ALTA CORTE COMERCIAL DE 29 DE JULIO DE 2022

Conforme a las instrucciones formuladas por la Corte Suprema, la Corte Comercial oyó el caso, y luego de las audiencias de julio de 2022, lo decidió mediante sentencia del 29 de julio de 2022,<sup>11</sup> en la cual dirigió su atención precisamente a estudiar las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela como lo había instruido la Corte Suprema, cuyo reconocimiento se había solicitado por la Junta de Maduro, delimitando las cuestiones a considerar (par. 131) en la siguiente forma:

**Cuestión 1:** Si las sentencias del Tribunal Supremo de Venezuela, cuyo reconocimiento se solicitó, limitaban la aplicación del principio de que el reconocimiento por parte del Gobierno del Reino Unido del Sr. Juan Guaidó como Presidente interino no puede ser cuestionado por las Cortes británicas, y:

a) si las mismas identifican y declaran explícitamente que los Actos Ejecutivos del Presidente Guaidó son nulos, es decir, si son sentencias “anulatorias;” o

---

<sup>11</sup> Véase el texto de la sentencia en: <https://www.judiciary.uk/judgments/deutsche-bank-v-central-bank-of-venezuela-and-banco-central-de-venezuela-v-bank-of-england/>

b) si las mismas, por su razonamiento y efectos, demuestren y/o declaren implícitamente que los Actos Ejecutivos son inválidos y nulos.

**Cuestión 2:** En el caso de que las sentencias cuyo reconocimiento se solicitó fueran anulatorias de actos ejecutivos, si las mismas deben:

“ser reconocidas con arreglo a las normas inglesas de derecho internacional privado, es decir, si son de un tipo que puede ser reconocidas como sentencias *in rem*, es decir, dictadas con “jurisdicción internacional.”

En el caso de que las respuestas anteriores fueran afirmativas, de tal manera que las sentencias cuyo reconocimiento se solicitó deban ser reconocidas, la Corte debía determinar si dicho reconocimiento está excluido por cualquiera de las siguientes defensas planteadas por la Junta de Guaidó:

“a) mediante el funcionamiento de la “doctrina de una sola voz” (**Cuestión 3**); y/o b) por los principios de justicia natural y/o la garantía de un juicio justo (**Cuestión 4**); y/o c) como cuestión de orden público en circunstancias en las que se alega que el reconocimiento interferiría con la política exterior de HMG (**Cuestión 5**)” (par. 131).

Sobre estas cuestiones, la Corte Comercial precisó que era aceptado por las partes que la Junta de Maduro tenía la carga de la prueba en las cuestiones 1 y 2, y que la Junta de Guaidó tenía la carga de la prueba sobre las defensas indicadas en las cuestiones 3-5 inclusive (par. 132).

1. *Sobre el carácter anulatorio de las sentencias de la Sala Constitucional*

Como lo dijo la Corte Comercial, en el centro del debate estaban las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela cuyo reconocimiento se solicitó por la Junta de Maduro (par. 133), y entre ellas, aquellas que declararon nulos los actos ejecutivos dictados por Juan Guaidó como Presidente interino relativos al nombramiento del Procurador General Especial (Sentencias No. 74 de 11 de abril de 2019, Sentencia N. 3 de 29 de enero de 2020, No. 59 de 22 de abril de 2020), y los actos relativos al nombramiento de la Junta Ad-oc del Banco Central de Venezuela (Sentencia No. 247 de 25 de julio de 2019 y No. 67 del 26 de mayo de 2020) (par. 148).

Sobre la declaratoria de nulidad de dichos actos ejecutivos en esas sentencias, la Corte Comercial destacó el acuerdo que hubo entre los Expertos Legales que testificaron en el caso (par. 149), y estableció que era sobre ellas respecto de las cuales dirigía su decisión (par. 150), en el sentido de determinar si podían ser reconocidas en las Cortes el Reino Unido.

2. *Sobre la cuestión del reconocimiento de las sentencias por sus características*

Pasó la Corte Comercial a considerar entonces el tema del reconocimiento, refiriéndose a la cuestión de si las sentencias eran de carácter *in personam* o *in rem* de acuerdo con el derecho inglés (par. 151-153), distinción que no se aplica en el derecho venezolano como los Expertos Legales lo expresaron en su Memorándum conjunto, pues en el derecho venezolano en materia de control de constitucionalidad lo que se distingue son los efectos *inter partes* de las sentencias en los casos de control difuso de constitucionalidad, de los efectos *erga omnes* en las sentencias en los casos de control concentrado de constitucionalidad.<sup>12</sup>

Como lo expresó la Corte Comercial en su sentencia, los efectos *erga omnes* de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional ejerciendo el control concentrado de constitucionalidad, que son efectos generales, se dice (y así lo expresaron los Expertos Legales) que “son similares” a los que producen las sentencias *in rem* en el derecho inglés, pero precisando la Juez Cockehill que: “sin embargo, no se dice que sean *in rem* y la Junta de Guaidó sostiene (y esto no está realmente en cuestión) que quedan fuera del ámbito de las categorías de sentencias que este tribunal clasifica como sentencias *in rem*” (par. 153).

Este concepto de sentencias *in rem*, del latín “contra una cosa,” se utiliza en el derecho inglés básicamente respecto de sentencias sobre propiedad de bienes concernientes al estatus de una determinada propiedad generalmente inmueble, como lo analizó la sentencia de la Corte Comercial (par. 164), y que como tal se considera que se aplica “para todo el mundo” en sentido literal, y no solo para a todas las personas. La Corte Comercial concluyó descartando la aplicación del concepto *in rem* a las sentencias *erga omnes* de la Sala Constitucional que pretendían los abogados de la Junta de Maduro cuando argumentaron erradamente que eran lo mismo y que la diferencia solo era del latín (par 162, 163). La Juez Cockehill de la Corte Comercial, al contrario, consideró que se trataba de conceptos distintos, que en el derecho venezolano no se utiliza ese concepto de sentencias *in rem* (par. 169), y que:

---

<sup>12</sup> Observo que en la sentencia (par. 154, 155), hay unas referencias a lo que expresé en mis Informes que no son del todo exactas pues las sentencias dictadas por la Sala Constitucional como consecuencia de los recursos de interpretación abstracta de la Constitución, en mi criterio, por su naturaleza y objeto tienen efectos *erga omnes* (*Memorándum Conjunto de Expertos*, punto 10 de Coincidencia de Opinión); las sentencias dictadas por los tribunales al control difuso de constitucionalidad tienen efectos *inter partes* (par. 28 del *Tercer Informe*); y las sentencias dictadas por la Sala Constitucional al ejercer el control concentrado de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes* (par. 32 del *Tercer Informe*).

“Como cuestión de principio y con base en los precedentes considero que no es correcto que sea lo mismo – *erga omnes* significa literalmente “hacia todos” y, por lo tanto, es un término *prima facie* dirigido a las obligaciones generalmente debidas. Si bien los conceptos a veces pueden eludirse, *Air Foyle* demuestra que está claro que no lo hacen necesariamente –, y también que la Corte no estará dispuesta a conceder el status *in rem* a una sentencia que, cualquiera que sea su expresión, no es de su naturaleza *in rem*” (par. 170).

Con base en lo anterior, la Corte Comercial desechó el argumento de la Junta de Maduro de que tal status (*in rem*) debía ser reconocido a las sentencias de la Sala Constitucional dado el hecho de que se habían hecho del conocimiento internacional (par. 171), hecho que la Corte Comercial consideró que nada cambiaba, pues “una sentencia tiene el status que tiene y el mismo no puede cambiar por el hecho de que tenga una amplia difusión, o porque así se quiera” (par. 175).

En este punto, la Juez Cockehill consideró que a pesar de las posibles similitudes en los *efectos generales* de las sentencias *in rem* y de las sentencias *erga omnes*, lo cierto es que no puede haber equivalencia ni sustantiva ni procedimental, pues en las sentencias *erga omnes* falta una importante característica de las sentencias *in rem* (el que se aplican en *todo el mundo*), pues al contrario tienen solo efectos generales territoriales. La Juez Cockehill destacó, en este punto, que:

“La evidencia del Prof. Brewer-Carias fue clara en el contra interrogatorio de que el principio *erga omnes* era territorial en su efecto: “mi comentario sobre la similitud es porque tienen efectos generales *erga omnes*. Se trata de asuntos de efectos generales, pero las decisiones en Venezuela, como lo son en general, son territoriales. Somos mucho más modestos [y no tomamos] decisiones para todo el mundo.” (par. 176).

Y para concluir, la Corte Comercial precisó que “otra distinción podría decirse que existe, y es que en general, las sentencias reconocidas como *in rem* son aquellas en las que están representadas las partes interesadas; *lo cual no es el caso aquí*” (par. 177), de lo que concluyó la Corte en su sentencia afirmando “que la naturaleza *erga omnes* de una decisión no le otorga equivalencia con los efectos *in rem*” (par. 178), desechando por tanto el argumento de la Junta de Maduro de que las sentencias anulatorias de actos estatales cuyo reconocimiento se había solicitado debían ser reconocidas por supuestamente tener ese status *in rem* (par. 183 -188), dándole la razón a la Junta de Guaidó (par. 189).

3. *Sobre el tema de “una sola voz”*

Sobre el tema del reconocimiento de las sentencias extranjeras y el principio “una voz,” la Corte Comercial recordó la instrucción de la Corte Suprema de que:

“el orden público del foro incluirá necesariamente la regla fundamental del derecho constitucional del Reino Unido de que el ejecutivo y el judicial deben hablar con una sola voz sobre cuestiones relacionadas con el reconocimiento de estados, gobiernos y jefes de estado extranjeros” [170] (par. 191).

En esta cuestión, la Juez Cockehill destacó la falta de acuerdo entre las partes en el caso, en el sentido de que, por una parte, la Junta de Maduro estimaba que el no reconocimiento de Guaidó como Presidente no era necesariamente parte del razonamiento de las sentencias cuyo reconocimiento se solicitó; y por la otra, la Junta de Guaidó estimaba que el reconocimiento de las sentencias entraría en conflicto con el reconocimiento del Gobierno británico del Sr. Guaidó como Presidente (par. 192).

La Corte Comercial, en relación con esta cuestión afirmó de entrada que no tenía duda que el argumento de la Junta de Guaidó era el correcto (par. 194, 195), desechando todo intento de parte de los abogados de la Junta de Maduro de argumentar que en las sentencias había otros razonamientos además del no reconocimiento del Sr. Guaidó como Presidente (par. 196), lo que no afectaba la esencia del tema que era que las sentencias se referían a actos ejecutivos del Sr. Guaidó (par 205), las cuales, como lo expresaron ambos los Expertos Legales, declararon nulas todas las decisiones de la Asamblea Nacional y de Guaidó como Presidente interino (par. 206, 207).

La indicación en el *Memorándum Conjunto* de los Expertos Legales de que ello se hizo en las sentencias “sin perjuicio” de otros argumentos (par. 209), no implicaba que había análisis separados o distintos ni afectaba la esencia de la cuestión de que las sentencias no reconocían a Guaidó como Presidente de la República (par. 209), y en las mismas, la posición del Sr. Guaidó y la posición de la Legislatura que lo puso en tal posición es incapaz de ser distinguida o desenredada” (par. 210).

En definitiva, como lo expresó la Corte Comercial en su sentencia, el Tribunal Supremo de Justicia “considera que los actos de Guaidó no son válidos porque no lo considera como Presidente interino sino como un ciudadano privado; y lo considera como un ciudadano privado porque no reconoce los actos de la Asamblea Nacional que, según él, le dieron ese poder.” En otras palabras,



“al impugnarse las acciones de la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia impugna el nombramiento de Guaidó, que constituye la base de su reconocimiento. Y de nuevo las sentencias están ricamente llenas de declaraciones que o bien afirman que Maduro es Presidente, o bien asumen que lo es (y que sus nombramientos son válidos)” (par. 211).

Por todo lo expuesto, la Corte Comercial concluyó que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que declaran los actos de Mr. Guaidó nulos y cuyo reconocimiento se solicitó a las Cortes inglesas, desconocen su status como Presidente de Venezuela y declaran que ha usurpado esa posición (par. 217(ii)), razón por la cual “no deben ser reconocidas porque hacerlo estaría en conflicto con la doctrina de “una sola voz” (par. 218).

#### 4. *Sobre el tema del respeto a la justicia natural (debido proceso)*

Después de considerar que las sentencias no podían ser reconocidas porque, de lo contrario, se contradecía el principio de “una sola voz,” la Corte Comercial en su sentencia precisó sobre el tema de la justicia natural, que en el caso estaba planteado:

“que el procedimiento ante el Tribunal Supremo de Justicia que condujo a las sentencias implicó las más claras posibles violaciones de la justicia natural y sustancial y la denegación de un juicio justo conforme al artículo 6 del Convención Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que:

“(i) ninguno de los interesados de Guaidó (es decir, el Presidente interino Guaidó, los miembros de la Junta de Guaidó y los sucesivos Procuradores Especiales) fueron notificados formalmente o fueron informados previamente de los procedimientos ante el Tribunal Supremo de Justicia que culminaron en las sentencias;

(ii) por lo tanto, los interesados de Guaidó nada supieron sobre los procedimientos hasta después de que se emitieron las sentencias y no se les dio la oportunidad de ser escuchados, a pesar de que sus derechos y obligaciones se vieron directamente afectados;

(iii) los interesados de Guaidó no estuvieron representados y no hubo argumento alguno ante el Tribunal Supremo de Justicia en apoyo o defensa de sus posiciones; y

(iv) las violaciones se vieron agravadas por el estímulo explícito del Tribunal Supremo de Justicia a otros órganos del Estado para que tomaran medidas contra los interesados de Guaidó con miras a una posible responsabilidad penal” (par. 219).

La Corte Comercial analizó los diversos argumentos esgrimidos por las partes, considerando que en la materia no había realmente confrontación, y que en el caso, “no hubo notificación previa ni notificación de los procedi-

mientos, y que ni la Junta de Guaidó, ni el Procurador General Especial y ni el Sr. Guaidó tuvieron oportunidad de ser escuchados antes de que se dictara una decisión final en cualquiera de las sentencias,” siendo admitido por las partes que las sentencias “tuvieron un impacto significativo en los derechos de la Junta de Guaidó” (par. 221). Agregó la Corte Comercial en su sentencia, que en el caso, “no se permitió absolutamente a nadie participar en los procedimientos” (par. 225), desechando el argumento de que los interesados tenían “recursos disponibles” o podían haber participado “motu proprio” en los procedimientos (par. 226).

La Corte Comercial dijo con toda claridad:

“La realidad es que no había vía alguna para que Guaidó, ni la Junta de Guaidó ni Procurador General Especial, impugnaran estas sentencias. Como explicó el profesor Brewer-Carías, no se realizó una citación o notificación de conformidad con el artículo 135 de la Ley Orgánica del TSJ [Tribunal Supremo de Justicia] para permitir que las autoridades que emitieron los actos anulados participasen en el proceso y defendieran sus acciones, y para permitir la comparecencia de todas las demás partes interesadas” (par. 227).

La Corte Comercial destacó cómo en el afán del Testigo Experto Arias de defender la carencia de notificación a los interesados, formuló el argumento de que de haber sido notificados “el tribunal no habría tenido en cuenta sus alegaciones porque el tribunal habría considerado que no tenían ningún estatuto pertinente,” lo que la Corte no solo consideró como un argumento “bizarro,” sino como “una evidencia reveladora contra cualquier argumento de que existían otros remedios” (para. 228). Ello, dijo la Corte, se reflejó en el argumento del Experto Legal Arias sobre la supuesta posibilidad de que conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los interesados hubieran podido requerir correcciones o aclaratorias a las sentencias, cuando dicha norma – como lo destacó la Corte Comercial - le otorga tal posibilidad de solicitar aclaraciones “a las partes,” pero la misma “no se extiende a quienes no han sido parte en un procedimiento” (par 228); desechando también el argumento de que los interesados hubieran podido invocar los artículos 26 y 51 de la Constitución (acceso a la justicia y derecho de petición), lo cual la Corte Comercial consideró con razón como “irrelevante” (par. 228).

Al contrario de lo argumentado por el Experto Arias, la Corte Comercial consideró que:

“la evidencia del profesor Brewer-Carías fue clara – el artículo 49 de la Constitución establece un derecho “inviolable” a la asistencia legal y a la defensa, incluido el derecho a ser oído. Esto se refleja en los derechos procesales establecidos, por ejemplo, en los artículos 135 a 151 de la Ley Orgánica del TSJ y también en el proceso por el cual, si se prescinde de una audiencia oral en los casos en que no hay necesidad de una etapa de

determinación de los hechos [“mero derecho”], las partes interesadas todavía están habilitadas para presentar alegaciones escritas (“acto de informes”)” (par. 229).

En definitiva, la Corte Comercial consideró “inaceptable que se decida sobre esas materias sin notificación a las principales partes interesadas o incluso a una de ellas” (par. 232), considerando igualmente inaceptable el argumento de que las sentencias habían sido emitidas en el mismo expediente No. 17 iniciado en 2017 (par. 137) con motivo de una acción popular intentada contra el acto de instalación de la Asamblea Nacional para el año 2017 y el acto de elección de su Junta Directiva para dicho período de 2017; y que, por ello, el Tribunal Supremo supuestamente podía actuar de oficio dos años después, contra otros actos del Estado totalmente diferentes a los impugnados en 2017, como fueron el Estatuto de Transición y los actos de ejecución del mismo dictados en 2019 y declarados nulos en las sentencias cuyo reconocimiento se había requerido (par. 232).

Aceptar esa posibilidad hubiera sido aceptar un fraude procesal, por lo que la Corte Comercial aceptó lo que el Experto Profesor Brewer-Carías expresó en el contrainterrogatorio de la audiencia del día 15 de julio de 2022, al responder una pregunta del abogado de la Junta de Maduro, de que el haber incorporado las sentencias de 2019 y 2020, cuyo reconocimiento se solicitó, en el mismo expediente No. 17 de 2017 para proceder de oficio contra otros actos estatales de 2019 y 2020 La Corte Comercial dijo que Brewer-Carías había expresado que:

“probablemente fue un error de secretaría del Tribunal Supremo. La única otra alternativa, a la que el profesor Brewer-Carías no se inclinó, fue que se trataba de un proceso intencional para defraudar el proceso judicial:

“No quiero creer que esto pueda ser un proceso intencional de defraudación de procedimientos judiciales, así que creo que es un error.

No creo que este sea un proceso intencional, porque si es así será una decisión de defraudar el procedimiento judicial” (par. 234).

Sobre esta declaración, la Juez Cockehill argumentó en la sentencia de 29 de julio de 2020 que:

“Si bien el Sr. Lissack [abogado de la Junta de Maduro] me instó a ignorar esta evidencia, estigmatizándola como “no impresionante,” la encontré al revés, y de hecho fue una evidencia que tendía a contradecir la sugerencia de que el profesor Brewer-Carías podría no ser capaz de opinar independientemente debido a sus sufrimientos a manos del régimen de Chávez. Sobre la evidencia legal parecería que este tratamiento de estas sentencias era una verdadera rareza. El profesor Brewer-Carías no llegó a la conclusión de que había habido

una conspiración. Prefirió ver simplemente un error administrativo. Hay una razón lógica para esto: que la cuestión es de presentación y, por lo tanto, administrativa” (par. 235).

En definitiva, la Corte Comercial fue enfática al considerar que “el control concentrado de constitucionalidad debe comenzar en Venezuela mediante acción popular, y no puede comenzar de oficio,” lo que evidentemente es así, e implica, como lo dijo la Corte, la necesidad de notificación (para 232), destacando el único caso en la Constitución (art. 336.6; y la Ley Orgánica, art. 25.6) en el cual se autoriza al Tribunal Supremo a iniciar el control concentrado de constitucionalidad de oficio respecto de los decretos de estado de excepción, lo que consideró que no se aplica en este caso (par. 233). La Corte Comercial también mencionó el otro caso en el cual la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia autoriza a la Sala Constitucional a iniciar un procedimiento de control concentrado de oficio en los casos en los que haya habido una decisión previa de control difuso de constitucionalidad de una ley, el cual en todo caso tiene sus raíces en un proceso iniciado por una parte (par. 233).

Por todo lo expresado, la conclusión de la sentencia de la Corte Comercial en esta materia fue que aún cuando las sentencias hubieran podido haber sido reconocidas y no fueran contrarias al principio de una sola voz – lo cual ya había sido descartado –, lo cierto es que:

“las fallas en la justicia natural en cada caso son violaciones graves y claras de la justicia natural y sustancial y una denegación de un juicio justo conforme al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (respecto del cual la etiqueta “flagrante” es apropiada) y haría inapropiado reconocerlas” (par. 239).

Y de allí la decisión final de la sentencia de la Corte Comercial, de que:

“la Junta de Guaidó tuvo éxito: que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia no son capaces de ser reconocidos, y que si lo fueran hay dos buenas defensas que impedirían su reconocimiento” (par. 240).

5. *Sobre el tema de la imparcialidad e independencia y el orden público*

Los últimos puntos que consideró muy brevemente la Corte Comercial en su sentencia, fue la cuestión contingente del no reconocimiento de sentencias extranjeras basadas en el orden público, que requiere de circunstancias excepcionales (par. 241), y el tema de la imparcialidad e independencia.

El primero podía haber sido planteado si las condiciones para el reconocimiento de sentencias hubieran sido cumplidas (par. 243), lo que no es el caso conforme a lo que ya decidió la Corte; y el segundo, solo fue argumentado sobre la base de Informes de organismos internacionales, ya que

la Junta de Guaidó decidió no presentar evidencia mediante Expertos (par. 248). A dichos Informes internacionales la Corte Comercial no le dio peso suficiente para considerarlos (par. 245, 255), 263, estimando que los mismos no podían ser prueba de que el Tribunal Supremo entre 2016 y 2020 hubiera sido corrupto o carente de independencia (par. 262).

Por lo demás, la Juez Cockehill consideró que como en su sentencia ya había considerado que “las sentencias se produjeron en el contexto de una violación grave de la justicia natural, de ello resulta que las sentencias no deben ser reconocidas por este motivo,” considerar el tema de la independencia/imparcialidad solo hubiera sido posible si dicho argumento no hubiera tenido éxito. (par. 254).

## 6. *Decisión*

De todo lo antes expuesto, en relación con las cuestiones que la Corte Comercial debía resolver conforme a lo instruido por la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido, la sentencia del 29 de julio de 2022 resolvió:

*Primero*, desechar el alegato de la Junta de Maduro de que los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, cuyo reconocimiento se requería por las Cortes inglesas, eran de naturaleza equivalente a efectos *in rem* del derecho inglés, desechando en consecuencia el argumento de que las sentencias debían ser reconocidas por supuestamente tener ese status *in rem* (par. 183 -188), dándole la razón a la Junta de Guaidó (par. 189).

*Segundo*, declarar que las sentencias del Tribunal Suprema de Justicia que declaran los actos de Mr. Guaidó como nulos, desconocen su status como Presidente de Venezuela y declaran que ha usurpado esa posición (par. 217(ii)), razón por la cual desestimó la solicitud de que fueran reconocidas porque de hacerlo, se entraría en conflicto con la doctrina de “una sola voz” (par. 218).

*Tercero*, declarar que las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia cuyo reconocimiento se solicitó no podían ser reconocidas por las Cortes británicas por las violaciones graves, claras y flagrantes de la justicia natural y sustancial (debido proceso) cometidas en cada una de ellas, que implicaron la denegación de un juicio justo conforme al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (par. 239).

La consecuencia fundamental de esta decisión de la Corte Comercial (*High Court of Justice. Bussines and Property Courts of Enland and Wales. Commercial Court (QBD)* del 20 de julio de 2022, aparte de los temas tratados, todos de gran interés, ha sido que en relación al tema central que originó el caso del Oro de Londres, la Corte ha reconocido que la Junta Ad-hoc del Banco Central de Venezuela designada por Juan Guaidó (“*Junta de Guaidó*”), es la que tiene el control de las reservas de oro internacionales de la República

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

de Venezuela depositadas en el Banco de Inglaterra y otra institución financiera, correspondiéndole por tanto a dicha Junta de Guaidó, el derecho a dar instrucciones ,en nombre del Banco Central de Venezuela, a dichas instituciones financieras en el Reino Unido en relación con dichas reservas, y a representar al Banco Central de Venezuela en el arbitraje iniciado por el *Deutsche Bank AG.* respecto de las reservas que tenía en custodia con base en un contrato de intercambio de oro del Banco Central y que había pagado a los síndicos designados por el tribunal británico para mantenerlos en nombre del Banco Central de Venezuela.

Se destaca, por otra parte, que paralelamente a la sentencia del 29 de julio de 2022, la Juez Cockehill dictó una orden judicial especificando que la Junta de Maduro podía apelar de esta decisión el 19 de agosto de 2022, la cual la Junta de Guaidó podría responder el 26 de agosto de 2022, pudiendo la Junta de Maduro responder el 4 de septiembre de 2022; fijado el día 5 de septiembre de 2022 para decidir sobre la aceptación de la apelación, o posteriormente, tan pronto fuera posible.

Nueva York, 30 de julio de 2022

**APÉNDICE**

**DOS NOTAS SOBRE EL PROFESOR  
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA  
Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA**

**I. SOBRE LA RELACIÓN DE GARCÍA DE ENTERRÍA Y VENEZUELA**

**Palabras de Allan R. Brewer Carías, en el Foro sobre el “Estado de derecho, Judicatura y democracia,” Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas 28 de noviembre de 2013), publicado en *Revista de Derecho Público*, No. 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 5-12.**

Quiero comenzar agradeciendo a la Universidad Metropolitana, a la Asociación Acceso a la Justicia y a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y en especial a la profesora Laura Louza, por el honor que me han conferido al pedirme intervenir en este Foro, para referirme a la relación entre el profesor Eduardo García de Enterría y Venezuela; lo que hago [por mi imposibilidad de estar en Caracas] a través del profesor Jesús María Alvarado Andrade, quien ha aceptado leer estas palabras, lo que le agradezco profundamente.

Esa relación de Eduardo García de Enterría con Venezuela, particularmente desde el punto de vista académico y de la formación jurídica, por supuesto no es poca, y basta constatar para ello, el solo hecho en las sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia o del actual Tribunal Supremo de Justicia dictadas en las últimas décadas, el autor extranjero más citado ha sido Eduardo García de Enterría. Sus criterios y opiniones han sido el principal punto de referencia en las sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Político Administrativa, siendo sus obras más utilizadas, *La Lucha contra las inmunidades del Poder* (1959), su *Curso de Derecho Administrativo* escrito con el profesor Tomás Ramón Fernández (1974), y *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (1981), aún cuando, éste último, más por

lo que se refiere a la segunda parte del título sobre la Jurisdicción Constitucional que a la primera, pues en el ordenamiento constitucional de nuestros países latinoamericanos la Constitución, desde el siglo XIX tiene arraigo de norma, y no sólo de programa.

Esas citas a la obra de Eduardo, por lo demás, se incrementaron tan pronto comenzó la progresiva censura que los magistrados del Tribunal Supremo impusieron, en paralelo, respecto de casi todos los autores nacionales, particularmente a partir de 1999. Globalmente, si se leen las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos lustros, parecería que Venezuela es un desierto doctrinal o un país ágrafo en materia jurídica, pues ninguna cita a obras nacionales encuentra cabida en las mismas. Afortunadamente, sin embargo, para todos los autores nacionales olímpicamente ignorados, pienso que se tienen que sentir más que bien servidos, al leer que, en todo caso, que a falta de las opiniones nacionales, se recurre a las opiniones del maestro Eduardo García de Enterría, de las cuales, por lo demás, todos los *ius publicistas* en el país hemos aprendido.

Sin embargo, no hay que dejar de mencionar que la censura respecto de autores nacionales ha sido de tal naturaleza que, para apoyarse en una doctrina nacional, pero sin citarla, hay sentencias de los tribunales contencioso administrativo en las cuales se cita efectivamente la doctrina nacional, pero atribuyéndosela impropriamente a la pluma de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Les puede parecer asombroso, pero así es. Como yo leo, en mi carácter de director de la *Revista de Derecho Público*, toda la jurisprudencia que se publica trimestralmente en la misma desde 1980, se podrán imaginar mi asombro al leer, en su momento, una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 1º de junio de 2000, bajo ponencia del abogado Carlos Enrique Mouriño Vaquero (Caso: Julio Rico), en la cual, para declarar que el acto de imposición de una sanción disciplinaria por un juez contra un abogado litigante en un proceso, sin duda es un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de que dichos actos no sólo emanan como dice la sentencia “de los órganos de la Administración Pública, sino también de los demás órganos del Estado cuando los mismos actúan en función administrativa,” consideró sin embargo la Corte – cito –:

“oportuno citar el concepto de acto administrativo que plantean los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández:”[– y citan como de ellos lo siguiente -]:

“Hemos definido el acto administrativo como toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir por la Administración Pública, actuando en *ejercicio* de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de



carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero *por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa*. En todos estos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general”. (Subrayado de la Corte).<sup>1</sup>

Cuando leí aquello me pregunté a mi mismo ¿cómo podía ser posible que mis queridos amigos Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández hubieran escrito exactamente lo mismo que yo, en los mismos términos, sin yo saberlo?

Pero no. Vaga ilusión!! No se trataba de una cita del pensamiento de ellos, sino de una cita de un trabajo mío – honor que me hicieron por supuesto en ponerla en la pluma de ellos, pero falta que cometieron con ellos al ponerlos como autores de algo que no escribieron –; trabajo que estoy seguro muchos de ustedes conocen, sobre “El problema de la definición del acto administrativo” publicado en el *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez* en 1984.<sup>2</sup>

Pero aparte de esta anécdota, y del estrecho vínculo general de García de Enterría con Venezuela, de haber sido la fuente de inspiración y referencia más importante tanto de nuestra muy amplia y desarrollada doctrina nacional, como de la jurisprudencia administrativa y constitucional, y que lo

---

<sup>1</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 415-416.

<sup>2</sup> La cita, en efecto, proviene de mi trabajo sobre “El problema de la definición del acto administrativo” publicado en el *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78, donde se la puede leer así: “En esta forma, hemos definido el acto administrativo como toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa. En todos esos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general.” Ese texto por lo demás, se recogió en mi *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Thompson-Aranzadi Civitas, Madrid 2013, Tomo III, *Actos administrativos* y lo pueden leer en la página 143.

coloca a él y a su obra en un sitio privilegiado en el mundo del derecho de nuestro país; sobre su relación con Venezuela, no puedo referirme a ella sino desde el punto de vista personal, que es el de los amigos, pues sin duda, entre todos los venezolanos, quien primero entró en contacto personal con Eduardo García de Enterría fui yo, hace precisamente cincuenta años.

Estaba yo terminando de escribir mi tesis de grado en París, en los días de Pascua del año 1963, hice un viaje de vacaciones a Madrid, donde pasé pocos días, los suficientes como para, además de conocer esa espléndida ciudad, buscara y contactara a los profesores de derecho administrativo, cuyos trabajos tanto había leído en la preparación de mi tesis, particularmente a través de sus artículos en la *Revista de Administración Pública*, que para ese entonces tenía ya trece años de fundada. Eduardo quien era el Secretario de redacción de la *Revista*, había llegado a Madrid desde Valladolid sólo el año anterior, en 1962, como Catedrático en la Universidad Central, que es la actual Universidad Complutense.

Esa era la Cátedra que antes la habían ocupado profesores nada menos que de la talla de Manuel Colmeiro, Vicente Santamaría de Paredes, José Gascón y Marín, y Luis Jordana de Pozas, a quien Enterría sucedió.

Lo llamé por teléfono, me atendió de inmediato, con su bonhomía de siempre, y desde entonces se entabló entre nosotros una amistad que siempre aprecié, pues fue a través de la misma que su relación con Venezuela se pudo consolidar. Eduardo era dieciséis años mayor que yo, lo que a pesar de que en ese entonces acentuaba la diferencia, no impidió que el Catedrático atendiera a un joven estudiante de postgrado latinoamericano que estaba de pasada y que lo había llamado, sin conocerlo – salvo por sus escritos –; como por lo demás siempre hizo con todos los que lo buscaron.

En aquella reunión, estoy seguro, fue que Eduardo quizás oyó hablar por primera vez algo sobre la situación del derecho en Venezuela, cuando estaba nuestro país iniciando el período democrático. Le hablé de mis investigaciones, sobre todo jurisprudenciales, que estaban en la base de mi tesis de grado. De ello, – y debo decir que de allí comencé a aprender cómo se dirige una Revista jurídica – me pidió que le mandara un artículo con uno de los temas que tenía redactados sobre el control judicial de la Administración. Ese interés, lo vislumbraba como forjador que fue de lo que León Cortiñas Peláez llamó “la Escuela democrática del derecho administrativo” en España, que quince años después de nuestro primer encuentro, a partir de 1978 pudo sentar las bases para la progresiva democratización del Estado español.

El trabajo que le envié de mi tesis para su publicación en la *Revista de Administración Pública* fue uno titulado “Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano,” y que fue publicado en el No. 43 de la *Revista* en 1964. Ello lo recordaba el mismo Eduardo en 2008 al expresar en el acto de presentación de mi libro *La Ciudad Ordenada* en Madrid que:

“Brewer es bastante más joven que los administrativistas españoles que en 1950 nos lanzamos a la magnífica aventura que ha sido la “*Revista de Administración Pública*”, pero ha estado directamente vinculado a nuestro grupo desde que comenzó a estudiar Derecho Administrativo. Así resulta de los índices de la propia *Revista*, en la que comienza a publicar artículos hace ya más de 40 años, en el número 43, cuando tenía escasos 25 años, pasando a ser uno más entre los colaboradores habituales de la misma.”

Dicho trabajo fue, además, sin duda, si no el primero, uno de los primeros trabajos de un profesor latinoamericano que apareció publicado en esa prestigiosa *Revista de Administración Pública*; habiendo el propio Eduardo materializado mi vínculo con la misma, al haberme incorporado a su Consejo Asesor, del cual sigo siendo el único miembro hispanoamericano.

A partir de aquel primer encuentro, durante los cincuenta años que transcurrieron, nunca dejamos de estar en contacto. Cada vez que pasé por Madrid, por el motivo que fuera, lo visité, y a través de él, desde aquellos mismos años sesenta, comencé a conocer y tratar personalmente a sus discípulos, todos amigos catedráticos de derecho administrativo, comenzando por los más viejos: Sebastián Marín-Retortillo, Lorenzo Martín-Retortillo, Alejandro Nieto, Ramón Martín Mateo y Ramón Parada Vázquez, y el primero de sus discípulos en la Licenciatura en Valladolid, Tomás Ramón Fernández; todos como Eduardo, amigos de Venezuela.

Por esa relación entre Eduardo y nuestro país, dos de esos primeros discípulos vinieron a vivir un tiempo entre nosotros. Primero, Sebastián Martín Retortillo, quien pasó con nosotros dos años, entre 1964 y 1965, como Director encargado del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela durante el año sabático de nuestro Director, el profesor Antonio Moles Caubet. Chano organizó, con la participación de todos los investigadores del Instituto un memorable Seminario sobre Expropiación, lo que luego me inspiró para la organización del trabajo del Instituto como director de la sección de Derecho Administrativo y luego como Director del mismo a partir de 1978, enfocado en temas monográficos.

Retortillo, incluso, en 1965, junto con el profesor Francisco Rubio Llorente – otro destacado profesor español que estuvo mucho tiempo en el Instituto de Estudios Políticos –, los tres elaboramos tres proyectos de importantes leyes que se sometieron a la consideración del Ministerio de Justicia de entonces, las cuales posteriormente, sin duda influyeron en la redacción de los textos de las leyes que luego fueron sancionados. Esos fueron los proyectos de Ley de Procedimientos Administrativos, de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1965, que luego reformulamos en la Comisión de Administración Pública en 1972.

Como el mayor de los discípulos de Enterría que era, Martín-Retortillo fue sin duda, una vez de regreso a España, un factor fundamental en la consolidación posterior de las relaciones de Venezuela con la Escuela de Enterría. Incluso después de regresar, en los años setenta lo vinculé a los trabajos de la Comisión del Plan de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, donde colaboró con nosotros, entre otras cosas en la elaboración del proyecto de la Ley de Aguas. Luego estuvo en el primer gobierno de transición a la democracia de España, como Ministro a cargo de las Administraciones Públicas y de las Autonomías territoriales.

De la misma Escuela de Enterría, otro de sus primeros discípulos quien también vivió y trabajó en Venezuela, fue el profesor Ramón Martín Mateo, quien estuvo varios años durante los años sesenta y setenta como director de un Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en temas relacionados con la ordenación del territorio y el ambiente, conceptos que, sin duda, él contribuyó a difundir en el país. Él fue otro factor de consolidación del vínculo de Eduardo García de Enterría con nuestro país, aun cuando no desde Madrid, pues muy pronto iría a Alicante donde incluso fue Rector por muchos años.

En contraste con muchos de sus discípulos que viajaron por toda América Latina, García de Enterría no era muy amigo de los viajes, y menos de los largos como los que tenían como destino nuestro a Continente, que trataba de evitar. Por ello, comparado con la enorme influencia de su pensamiento jurídico *jus publicista* en nuestros países, sin embargo, no fueron muchos los países de América Latina que visitó. Vino, sin embargo, a Venezuela, atendiendo la invitación que le hice, como Director del Instituto de Derecho Público, en noviembre de 1980, para participar en el importante y memorable *Seminario Internacional sobre Derecho Urbanístico* que organicé en Caracas, y en el cual participaron, además, lo más destacado de sus discípulos, todos muy apreciados catedráticos, y con el cual se consolidaron los estudios de derecho urbanístico en nuestro país. Vinieron a Caracas en aquella ocasión, además del mismo Eduardo García de Enterría, Ramón Martín Mateo, Luis Cosculluela Montaner, Luciano Parejo Alfonso, José Ramón Parada Vásquez y Tomas Ramón Fernández. En ese tiempo,

además, Eduardo quedó formalmente vinculado a la Academia de nuestro país, al haber sido electo, por esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Miembro Correspondiente Extranjero por España.

Ya para esas fechas, luego de instaurada la democracia en España, allí se comenzaron a consolidar los cursos de postgrado en derecho administrativo y constitucional, los cuales comenzaron a competir con los más tradicionales que se daban en Francia, Italia o Alemania. Madrid comenzó a ser, así, el nuevo punto de atracción para nuestros jóvenes graduados para seguir sus cursos de maestría y doctorado, para lo que, de nuevo, Eduardo García de Enterría y todos los profesores de su Escuela comenzaron a recibir y formar la pléyade de jóvenes profesores administrativistas que hoy tenemos y que son orgullo de Venezuela y de América Latina. A todos los puse en contacto directo con Enterría y con los otros profesores españoles, en particular más recientemente con los que dirigieron el Departamento de Derecho Público de la Complutense, entre ellos Lorenzo Martín-Retortillo, quienes siempre los recibieron con toda amabilidad y atención. Igual hizo otro de sus discípulos, Luciano Parejo Alfonso, desde la Universidad Carlos III de Madrid. El fruto de esa relación no sólo está en las excelentes tesis de grado que todos ellos prepararon y que se han publicado en el país, enriqueciendo nuestra bibliografía, sino en la formación que recibieron.

En ese contexto, el Seminario de Derecho Administrativo que el profesor García de Enterría siempre dirigió en la Complutense, y que se reunía todos los miércoles a las 10,30 de la mañana, comenzó así a tener la presencia regular de muchos de los jóvenes estudiantes venezolanos, a quien Eduardo invitaba muy amablemente a asistir. Además, los profesores de su Escuela siguieron viniendo a Venezuela a participar en diversos eventos, particularmente en los Congresos o Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo que organizamos desde el Instituto de Derecho Público y que luego, durante los últimos veinte años, continuó organizando la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo bajo la dirección de la profesora Belén Ramírez. En ese marco, vinieron a Caracas a participar en dichas Jornadas, entre 1995 y 2005, además de profesores de la talla de Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez, Jaime Rodríguez Arana, Enric Argullol I Murgadas y Marta Franch; los siguientes profesores de la Escuela de Enterría que indico por orden de comparecencia: Luciano Parejo Alfonso; José Ramón Parada Vásquez, Juan Santamaría Pastor, Sebastián Martín Retortillo, Rafael Gómez Ferrer, Alejandro Nieto, Raúl Bocanegra Sierra, Tomas Ramón Fernández, Tomás De La Cuadra Salcedo; y Santiago González Varas.

Sin haber sido yo alumno directo de Enterría, tuve el privilegio de pertenecer a su Escuela, por designación del propio Eduardo, no sólo por nuestra amistad personal desde 1963, sino, además, por haber sido alumno

de su primer discípulo, Sebastián Martín Retortillo en el Seminario que dictó en el Instituto de Derecho Público en Caracas en 1965. Y fue quizás por ello, que mi asistencia regular a la reunión anual de los profesores de la Escuela que siempre Eduardo impulsó comenzó precisamente en la reunión que organizó Martín Retortillo en Panticosa, en los Pirineos españoles, en junio de 1978. Desde entonces asistí regularmente a las reuniones anuales, habiendo sido la última en la cual estuvimos juntos, la que se organizó en Zamora, en junio de 2011.

El pensamiento de Eduardo García de Enterría, que moldeó las bases del derecho administrativo y constitucional contemporáneo en España y en el mundo hispanoamericano, afincándose siempre en la historia, podríamos pasar años estudiándolo; y en relación con el mismo, en cuanto al vínculo de García de Enterría con Venezuela, sólo quisiera ahora mencionar su muy arraigado concepto democrático del derecho, que tanto estamos necesitando en estos tiempos, recurriendo a algunas frases de una de sus obras más queridas por él, y por todos los que nos hemos asomado a la historia del derecho público que tanto nos enseñó, que es su libro sobre la *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, publicado en Madrid, en 1972, el cual, por lo demás, fue el antecedente de su otra monumental obra: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, originada en su discurso de incorporación a la Real Academia de la Lengua en 1994. Destaco, de la primera obra, sólo estas cuatro frases:

- “Todo el fin del Estado se concreta, pues, al Derecho, y en un Derecho cuyo objeto se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos”, p. 19.
- “El Derecho es, para esta vasta construcción política, pura y simplemente garantía de la libertad”, p. 20.
- “El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad”, p. 21.
- “El Estado ofrece, pues, un marco puramente formal dentro del cual la sociedad vive de su propio dinamismo espontáneo por la propia concurrencia indefinida de las libertades de sus miembros”, p. 22.

Con releer estas frases queda claro el profundo arraigo liberal y democrático del derecho público en el pensamiento de García de Enterría, lo que nos permite comprender las expresiones de alarma que siempre manifestó frente al progresivo desmoronamiento del Estado de derecho y de la democracia en nuestro país en los últimos lustros, situación por la cual siempre se preocupó, expresando su apreciación en todas las ocasiones que tuvo.

Ello explica también, y para concluir, la absoluta solidaridad que tuvo Eduardo para conmigo – y con ello, con los académicos venezolanos – frente a la persecución política de la que he sido objeto desde 2005. Apenas fui injustamente imputado en enero de 2005 de un delito que no cometí, como el de “conspirar para cambiar violentamente la Constitución” por hechos que habían acaecido tres años antes, García de Enterría enviaba un email el 17 de marzo de 2005, con el siguiente texto:

“Me uno sin reservas y con toda resolución, a la protesta por la injusta persecución de que está siendo objeto por parte de los poderes públicos de su país nuestro colega el Profesor Randolph Brewer Carías, el formidable jurista venezolano, honra de todo el Derecho Público en lengua española, al que los juristas españoles profesamos la mayor y más sincera admiración y afecto.”

Y concluía indicándome:

“Puedes hacer el uso que proceda de esta resuelta toma de posición en la que represento a todos los *ius publicistas* españoles.”

Luego, el 12 de diciembre de 2006, cuando se arreció la persecución en mi contra incluso pretendiendo el Estado utilizar indebidamente a la Interpol en la persecución política, en una carta que me dirigió, me anunciaba que el Seminario de Derecho Administrativo de la Complutense, en la sesión de ese mismo día se había pronunciado “en el sentido de expresar su estimación y su apoyo resuelto al Profesor Allan R. Brewer-Carías, así como manifestar su rechazo total a la injusta persecución de que dicho Profesor ha venido siendo objeto últimamente por las autoridades de su país.”

Al día siguiente, 13 de diciembre de 2006, en una carta personal, me reiteró su posición expresándome:

“Muy de verdad me parece obligado en estos momentos manifestarte el gran aprecio y admiración que te tengo, también como amigo, como profesor y como político, y correlativamente el rechazo rotundo a la increíble y arbitraria persecución de que estás siendo objeto en estos momentos por parte de las autoridades políticas de tu país, reiterándote mi estima y afecto, con la vieja amistad renovada.”

Por toda esa relación y solidaridad de García de Enterría conmigo y con nuestro país, el mismo día de su fallecimiento, el 16 de septiembre pasado, les escribí a todos los profesores miembros de su Escuela, expresándoles que:

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

“No olvido, por supuesto, que entre los profesores españoles, quien primero se solidarizó con mi causa en contra del régimen autoritario de mi país, que ha desmantelado a la vista de todo el mundo el sistema democrático que existía, y que me persigue desde 2005, fue precisamente Eduardo, con las manifestaciones de solidaridad de 2005 y 2006 que les adjunto, y que siempre conservé.

Ello, por supuesto, no se me olvida, pues muestran al Hombre Integral, amigo y solidario hasta el final, que fue nuestro querido Eduardo, de quien todos aprendimos y a quien todos lo quisimos.”

Y por todo ello, además, todos los que nos ocupamos de esta disciplina, lo recordaremos, como hoy lo ha querido hacer la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la organización Acceso a la Justicia y la Universidad Metropolitana en este acto.

Muchas gracias.



## **SOBRE LA INFLUENCIA DE GARCÍA DE ENTERRÍA EN VENEZUELA, LA NOCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO, Y EL ABUSO JURISPRUDENCIAL EN LA CITA DE SU OBRA**

Texto de mi contribución al libro colectivo: Allan R. Brewer-Carías, Luciano Parejo Alfonso Libardo Rodríguez (Coordinadores), *La Protección de los derechos frente a la Administración. Libro Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Temis Bogotá, 2014, pp. 3-24.

1. *La influencia de la doctrina española de derecho administrativo y en particular, de la obra de Eduardo García de Enterría en América Latina*

Durante los últimos treinta años, en Venezuela, como en el resto de los países de América Latina, la influencia de la legislación y doctrina española de derecho administrativo ha sido determinante, habiendo sin duda contribuido enormemente a la conformación y desarrollo de dicha disciplina.

Esa legislación y doctrina españolas contemporáneas, suplantaron además en gran medida, la importante influencia que antes habían tenido las doctrinas alemana, francesa e italiana; y el vehículo para ello, fue la conformación, a partir de 1950, de un formidable equipo de juristas que en el viejo Instituto de Estudios Políticos de Madrid participó en la redacción de las muy importantes Leyes sobre el Régimen Jurídico de la Administración y de Procedimientos Administrativos, y en la fundación e instrumentación de la *Revista de Administración Pública*, que pasó a ser la Revista sobre derecho administrativo más importante de habla hispana, y que tanta influencia, tendrían en el desarrollo legislativo y doctrinal de nuestros países.

Uno de los principales integrantes de ese equipo fue mi querido amigo Eduardo García de Enterría, quien, a lo largo de los años, sin duda, al menos por lo que se refiere a América Latina, ha sido y es de los autores más citados en la materia. Por ello siempre le dije, como al igual le he insistido a todos los administrativistas españoles, sobre la necesidad que ellos tenían de mirar hacia

América Latina, que es donde en definitiva más se los lee y se los consulta. Eduardo entendió este desiderátum, y por ello desarrolló una especial relación con muchos de nuestros países, atendiendo invitaciones y participando en eventos académicos, e incluso divulgando la doctrina latinoamericana en España.

## 2. *La relación de Eduardo García de Enterría con Venezuela*

Esa relación de García de Enterría con el mundo académico de Venezuela, por otra parte, en cierta forma comenzó hace cincuenta años, en los días de Pascua del año 1963, cuando yo estaba terminando de escribir mi Tesis doctoral en París sobre *Las Instituciones Fundamentales del derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolanas*,<sup>1</sup> e hice un viaje de vacaciones a Madrid, donde permanecí pocos días con mi familia.

Esos días fueron suficientes no solo para conocer esa espléndida ciudad, sino para que buscara y contactara a los profesores de derecho administrativo cuyos trabajos tanto había leído en la preparación de mi tesis, particularmente a través de sus artículos en la *Revista de Administración Pública*, que desde su inicio dirigió García de Enterría. Llamé particularmente a Eduardo, quien estaba recién instalado en Madrid como Catedrático en la Universidad Central, que es la actual Universidad Complutense, donde había llegado desde Valladolid el año anterior, en 1962. Era la cátedra que habían ocupado los grandes profesores de la disciplina, entre ellos, Manuel Colmeiro, Vicente Santamaría de Paredes, José Gascón y Marín, y Luis Jordana de Pozas, a quien Enterría sucedió.

Eduardo atendió mi llamada de inmediato, con su bonhomía de siempre, y no tuvo inconveniente alguno en atender a un joven estudiante latinoamericano de post grado, tres lustros menor que él, habiéndose entablado desde entonces la franca amistad que siempre hubo entre nosotros, que tanto aprecié. En aquella reunión, fue donde seguramente Eduardo escuchó por primera vez hablar sobre la situación del derecho en Venezuela, país donde apenas se estaba iniciando el período democrático de gobierno que duró hasta 1999. Ese interés sobre el desarrollo democrático de nuestro país, ya lo vislumbraba como forjador que fue de lo que León Cortiñas Peláez llamó “la Escuela democrática del derecho administrativo” en España, que quince años después de nuestro primer encuentro, a partir de 1978, pudo sentar las bases para la progresiva democratización del Estado español.

Le hablé de mis investigaciones, sobre todo, de los avances jurisprudenciales que había descubierto y habían servido de base para la redacción de mi Tesis doctoral, siendo el resultado de nuestra conversación - y debo decir

---

<sup>1</sup> Publicada por la Universidad Central de Venezuela, Colección Tesis de Doctorado, Caracas 1964.

que de allí comencé a aprender cómo se dirige una Revista jurídica -, que me solicitara el envío de un trabajo para la *Revista de Administración Pública*, sobre uno de los temas que tenía redactados sobre el control judicial de la Administración. Y efectivamente, al regresar a Caracas unos meses después, le envié un estudio que salió publicado en la *Revista de Administración Pública* No. 43 de 1964, con unas “Consideraciones sobre la ilegalidad de los actos administrativos en el derecho venezolano.” Ello lo recordaba el mismo Eduardo en 2008 al expresar en el acto de presentación de mi libro *La Ciudad Ordenada*, en Madrid que:

“Brewer es bastante más joven que los administrativistas españoles que en 1950 nos lanzamos a la magnífica aventura que ha sido la “Revista de Administración Pública”, pero ha estado directamente vinculado a nuestro grupo desde que comenzó a estudiar Derecho Administrativo. Así resulta de los índices de la propia Revista, en la que comienza a publicar artículos hace ya más de 40 años, en el número 43, cuando tenía escasos 25 años, pasando a ser uno más entre los colaboradores habituales de la misma.”<sup>2</sup>

Dicho trabajo fue, además, sin duda, si no el primero, uno de los primeros trabajos de un profesor latinoamericano que apareció publicado en esa prestigiosa *Revista de Administración Pública*; habiendo el propio Eduardo materializado mi vínculo con la misma, al haberme incorporado a su Consejo Asesor, del cual sigo siendo el único miembro hispanoamericano.

### 3. *El vínculo inicial de los profesores de la Escuela de Enterría con Venezuela*

A partir de aquel primer encuentro, durante los cincuenta años que transcurrieron, nunca dejamos de estar en contacto. Cada vez que pasé por Madrid, por el motivo que fuera, lo visité, y a través de él, desde aquellos mismos años sesenta, comencé a conocer y tratar personalmente a sus discípulos, todos amigos catedráticos de derecho administrativo, comenzando por los mayores: Sebastián Marín-Retortillo, Lorenzo Martín-Retortillo, Alejandro Nieto, Ramón Martín Mateo y Ramón Parada Vázquez, y el primero de sus discípulos en la Licenciatura en Valladolid, Tomás Ramón Fernández; todos como Eduardo, amigos de Venezuela.

Por esa relación entre Eduardo y nuestro país, dos de esos primeros discípulos vinieron a vivir un tiempo entre nosotros. Primero, Sebastián Martín Retortillo, quien pasó con nosotros dos años, entre 1964 y 1965, como Director encargado del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela durante el año sabático de nuestro Director, el profesor Antonio

---

<sup>2</sup> Véase Eduardo García de Enterría, “Palabras en el Acto de presentación del libro *La Ciudad Ordenada*, de Allan R. Brewer-Carias en la Real Academia de legislación y Jurisprudencia de Madrid, 11 de junio de 2008,” en *Revista de Derecho Público*, No 114, Editorial Jurídica Venezolana, caracas 2008, p. 273

Moles Caubet. El querido y recordado Chano organizó, con la participación de todos los investigadores del Instituto, un memorable Seminario sobre Expropiación, que luego me inspiró para la organización del trabajo del Instituto como director de la sección de Derecho Administrativo y luego como Director del mismo a partir de 1978, enfocado en temas monográficos.

Incluso, en 1965, con la colaboración del mismo Sebastián Martín Retortillo, y de Francisco Rubio Llorente – otro destacado profesor español que estuvo mucho tiempo en el Instituto de Estudios Políticos –, participamos en la redacción de tres proyectos importantes de leyes a solicitud del Ministerio de Justicia de entonces, los cuales posteriormente retomé en el trabajo de la Comisión de Administración Pública que dirigí entre 1969 y 1972.<sup>3</sup> Esos textos, sobre los proyectos de Ley de Procedimientos Administrativos, de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de Ley de la Jurisdicción Constitucional, en los cuales por supuesto había una buena carga de influencia española, sin duda sirvieron para la redacción de los textos de las leyes respectivas sobre esas materias que luego fueron sancionados.<sup>4</sup>

Como el mayor de los discípulos de Enterría que era, Martín-Retortillo fue, sin duda, una vez que regreso a España, un factor fundamental en la consolidación posterior de las relaciones de Venezuela con la Escuela de Enterría. Incluso, años después, en los setenta, lo vinculé a los trabajos de la Comisión del Plan de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH), cuyo componente jurídico estaba bajo mi dirección en el Instituto de Derecho Público,<sup>5</sup> donde colaboró con nosotros, entre otras cosas, en la elaboración del proyecto de la Ley de Aguas.<sup>6</sup> Luego estuvo en el primer gobierno de transición a la democracia de España, como Ministro a cargo de las Administraciones Públicas y de las Autonomías territoriales.

De la misma Escuela de Enterría, otro de sus primeros discípulos quien también vivió y trabajó en Venezuela, fue el profesor Ramón Martín Mateo, quien estuvo varios años durante los sesenta y setenta como director de un Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en temas relacionados con la

---

<sup>3</sup> Véase *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública 1972*, Volumen 2, Presidencia de la república, Caracas 1972.

<sup>4</sup> Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976), Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981); Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010).

<sup>5</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías (Director y Editor), *Bases para un estudio sobre el régimen legal de las aguas en Venezuela*, 6 vols. Caracas, 1969-1970.

<sup>6</sup> Véase Pedro Pablo Azpúrua, Aurelio Useche, Eduardo Buroz, Cecilia Sosa, Sebastián Martín Retortillo y Allan R. Brewer-Carías, *Criterios y principios para un reordenamiento jurídico de las aguas*, Coplanarh, publicación especial, Caracas, agosto 1974.

ordenación del territorio y el ambiente, conceptos que sin duda, él contribuyó a difundir en el país.<sup>7</sup> Martín Mateo fue otro factor de consolidación del vínculo de Eduardo García de Enterría con nuestro país, aun cuando no desde Madrid, pues muy pronto iría a Alicante donde incluso fue Rector por muchos años.

Pero en contraste con muchos de sus discípulos que viajaron por toda América Latina, García de Enterría no era muy amigo de los viajes, y menos de los largos como los que tenían como destino nuestro Continente, que trataba de evitar. Por ello, comparado con la enorme influencia de su pensamiento jurídico *jus publicista* en nuestros países, sin embargo, no fueron muchos los países de América Latina que visitó. Aunque sí fue a Venezuela, atendiendo la invitación que le hice desde el Instituto de Derecho Público, en noviembre de 1980, para participar en el importante y memorable *Seminario Internacional sobre Derecho Urbanístico* que organicé en Caracas, y en el cual participaron, además, lo más destacado de sus discípulos, todos muy apreciados catedráticos, con lo cual se consolidaron los estudios de derecho urbanístico en nuestro país. Fueron a Caracas en aquella ocasión, además del mismo Eduardo García de Enterría, Ramón Martín Mateo, Luis Cosculluela Montaner, Luciano Parejo Alfonso, José Ramón Parada Vásquez y Tomás Ramón Fernández. En ese tiempo, además, Eduardo quedó formalmente vinculado a la Academia de nuestro país, al haber sido electo Miembro Correspondiente Extranjero por España de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

4. *La relación estrecha entre los profesores españoles y los profesores venezolanos de derecho administrativo*

Ya para esas fechas, luego de instaurada la democracia en España, allí se comenzaron a consolidar los cursos de postgrado en derecho administrativo y constitucional, los cuales comenzaron a competir con los más tradicionales que se daban en Francia, Italia o Alemania. Madrid comenzó a ser, así, el nuevo centro de atracción para nuestros jóvenes graduados a los efectos de seguir sus cursos de maestría y doctorado, para lo que, de nuevo, Eduardo García de Enterría y todos los profesores de su Escuela comenzaron a recibir y formar la pléyade de jóvenes profesores administrativistas que hoy tenemos y que son orgullo de Venezuela y de América Latina.

A todos los puse en contacto directo con García de Enterría y con los otros profesores españoles, en particular, más recientemente, con los que dirigieron el Departamento de Derecho Público de la Complutense, entre ellos Lorenzo Martín-Retortillo, quienes siempre los recibieron con toda amabilidad y atención. Igual hizo otro de sus discípulos, Luciano Parejo Alfonso, desde la

---

<sup>7</sup> Véase Ramón Martín Mateo, *Ordenación del Territorio. El sistema institucional*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1980.

Universidad Carlos III de Madrid. El fruto de esa relación no sólo está en las excelentes tesis de grado que todos ellos prepararon y que se han publicado en el país, enriqueciendo nuestra bibliografía, sino en la formación que recibieron.

En ese contexto, el Seminario de Derecho Administrativo que el profesor García de Enterría siempre dirigió en la Complutense, y que se reunía todos los miércoles a las 10,30 de la mañana, comenzó así a tener la presencia regular de muchos de los jóvenes estudiantes venezolanos, a quien Eduardo invitaba muy amablemente a asistir. Tuve incluso el privilegio de haber sido invitado por Eduardo para exponer en el Seminario el día 1 de abril de 2009, donde expuse sobre el tema “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).”<sup>8</sup>

Además, los profesores de su Escuela siguieron visitando Venezuela para participar en diversos eventos, particularmente en los Congresos o Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo que organizamos desde el Instituto de Derecho Público y que luego, durante los últimos veinte años, continuó organizando la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo bajo la dirección de la profesora Belén Ramírez. En ese marco, fueron a Caracas a participar en dichas Jornadas, entre 1995 y 2005, además de profesores de la talla de Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez, Jaime Rodríguez Arana, Enric Argullol I Murgadas y Marta Franch; los siguientes profesores de la Escuela de Enterría que indico por orden de comparecencia: Luciano Parejo Alfonso, José Ramón Parada Vásquez, Juan Santamaría Pastor, Sebastián Martín Retortillo, Rafael Gómez Ferrer, Alejandro Nieto, Raul Bocanegra Sierra, Tomas Ramón Fernández, Tomás De La Cuadra Salcedo; y Santiago González Varas.<sup>9</sup>

Sin haber sido yo alumno directo de Enterría, sin embargo, tuve el privilegio de pertenecer a su Escuela por designación del propio Eduardo, no sólo por nuestra amistad personal desde 1963, sino, además, por haber sido alumno de su primer discípulo, Sebastián Martín Retortillo en el Seminario que dictó en el Instituto de Derecho Público en Caracas en 1965.

Y fue quizás por ello, que mi asistencia regular a la reunión anual de los profesores de la Escuela que siempre Eduardo impulsó comenzó precisamente en la reunión que organizó Martín Retortillo en Panticosa, en los Pirineos

---

<sup>8</sup> Véase Allan R Brewer-Carías, “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.

<sup>9</sup> En todos los libros de las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías, organizadas por Funeda, se encuentran los trabajos de todos ellos.

españoles, en junio de 1978. Desde entonces asistí regularmente a las reuniones anuales, habiendo sido la última en la cual estuvimos juntos, la que se organizó en Zamora, en junio de 2011.

5. *La Escuela de García de Enterría como escuela democrática del derecho administrativo*

El pensamiento de Eduardo García de Enterría, que moldeó las bases del derecho administrativo y constitucional contemporáneo en España y en el mundo hispanoamericano, afincándose siempre en la historia, podríamos pasar años estudiándolo; y en relación con el mismo, en cuanto al vínculo de García de Enterría con Venezuela, sólo quisiera ahora mencionar su muy arraigado concepto democrático del derecho, que tanto estamos necesitando en estos tiempos, recurriendo sólo a algunas frases de una de sus obras más queridas por él, y por todos los que nos hemos asomado a la historia del derecho público que tanto nos enseñó, que es su libro sobre la *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, publicado en Madrid, en 1972,<sup>10</sup> el cual, por lo demás, fue el antecedente de su otra monumental obra: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, originada en su discurso de incorporación a la Real Academia de la Lengua en 1994.<sup>11</sup>

Destaco, de la primera obra, sólo estas cuatro frases: “Todo el fin del Estado se concreta, pues, al Derecho, y en un Derecho cuyo objeto se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos”<sup>12</sup>; “El Derecho es, para esta vasta construcción política, pura y simplemente garantía de la libertad”<sup>13</sup>; “El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad”<sup>14</sup>; “El Estado ofrece, pues, un marco puramente formal dentro del cual la sociedad vive de su propio dinamismo espontáneo por la propia concurrencia indefinida de las libertades de sus miembros”.<sup>15</sup>

Con releer estas frases queda claro el profundo arraigo liberal y democrático del derecho público en el pensamiento de García de Enterría, lo que nos permite comprender las expresiones de alarma que siempre manifestó

---

<sup>10</sup> Véase Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, 5ª edición, Madrid 1998.

<sup>11</sup> Véase Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid 1994.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 20.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 22.

frente al progresivo desmoronamiento del Estado de derecho y de la democracia en nuestro país en los últimos lustros, situación por la cual siempre se preocupó, expresando su apreciación en todas las ocasiones que tuvo.

Ello explica también, la absoluta solidaridad que tuvo Eduardo para conmigo – y con ello, con los académicos venezolanos - frente a la persecución política de la que he sido objeto en mi país desde 2005. Apenas fui injustamente imputado en enero de 2005 de un delito que no cometí, como el de “conspirar para cambiar violentamente la Constitución” por haber dado una opinión jurídica como abogado en relación con hechos que habían acaecido tres años antes con motivo de la anunciada renuncia del Presidente de la República (2002), García de Enterría enviaba un email el 17 de marzo de 2005, con el siguiente texto:

“Me uno sin reservas y con toda resolución, a la protesta por la injusta persecución de que está siendo objeto por parte de los poderes públicos de su país nuestro colega el Profesor Randolph Brewer Carías, el formidable jurista venezolano, honra de todo el Derecho Público en lengua española, al que los juristas españoles profesamos la mayor y más sincera admiración y afecto.”

Y concluía indicándome: “Puedes hacer el uso que proceda de esta resuelta toma de posición en la que represento a todos los *ius publicistas* españoles.”

Luego, el 12 de diciembre de 2006, cuando se arreció la persecución en mi contra incluso cuando el Estado pretendió utilizar indebidamente canales internacionales en la persecución política, en una carta que me dirigió, me anunciaba que el *Seminario de Derecho Administrativo* de la Complutense que siempre dirigió, en la sesión de ese mismo día se había pronunciado “en el sentido de expresar su estimación y su apoyo resuelto al Profesor Allan R. Brewer-Carías, así como manifestar su rechazo total a la injusta persecución de que dicho Profesor ha venido siendo objeto últimamente por las autoridades de su país.”

Al día siguiente, 13 de diciembre de 2006, en una carta personal, me reiteró su posición expresándome:

“Muy de verdad me parece obligado en estos momentos manifestarte el gran aprecio y admiración que te tengo, también como amigo, como profesor y como político, y correlativamente el rechazo rotundo a la increíble y arbitraria persecución de que estás siendo objeto en estos momentos por parte de las autoridades políticas de tu país, reiterándote mi estima y afecto, con la vieja amistad renovada.”

Por toda esa relación y solidaridad de García de Enterría conmigo y con nuestro país, el mismo día de su fallecimiento, el 16 de septiembre de 2013, les escribí a todos los profesores miembros de su Escuela, expresándoles que:



“No olvido, por supuesto, que entre los profesores españoles, quien primero se solidarizó con mi causa en contra del régimen autoritario de mi país, que ha desmantelado a la vista de todo el mundo el sistema democrático que existía, y que me persigue desde 2005, fue precisamente Eduardo, con las manifestaciones de solidaridad de 2005 y 2006 que les adjunto, y que siempre conservé.

Ello, por supuesto, no se me olvida, pues muestran al Hombre Integral, amigo y solidario hasta el final, que fue nuestro querido Eduardo, de quien todos aprendimos y a quien todos lo quisimos.”

6. *El pensamiento de García de Enterría reflejado en la jurisprudencia venezolana*

En todo caso, toda esa estrecha relación de Eduardo García de Enterría con Venezuela, como el más grande exponente del derecho público español contemporáneo, y que contribuimos a desarrollar, tuvo reflejos importantísimos en el desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional y del derecho administrativo venezolanos, al punto de que en las sentencias dictadas en las últimas décadas por la antigua Corte Suprema de Justicia o por el actual Tribunal Supremo de Justicia, así como por los demás tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando han resuelto temas de derecho administrativo o de derecho constitucional y han requerido acudir al apoyo doctrinal de primera línea, el autor extranjero más citado ha sido el profesor Eduardo García de Enterría, siendo sus criterios y opiniones el principal punto de referencia para la resolución de asuntos, sobre todo complejos.

En esa forma, entre sus obras más utilizadas, en materias de derecho administrativo se destacan su libro *La Lucha contra las inmunidades del Poder* (1959),<sup>16</sup> su antes mencionado libro *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (1972),<sup>17</sup> y su *Curso de Derecho Administrativo* escrito con el profesor Tomás Ramón Fernández (1974);<sup>18</sup> y en materias de derecho constitucional, su obra *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (1981),<sup>19</sup> aun cuando, éste último, más por lo que se refiere a la segunda parte del título sobre la Jurisdicción Constitucional que a la

---

<sup>16</sup> Véase Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª. Edición Civitas, Madrid 1983.

<sup>17</sup> Véase Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, 5ª edición, Madrid 1998.

<sup>18</sup> Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Decimoquinta edición, Civitas Thomson Reuters, Madrid 2011.

<sup>19</sup> Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. Edición, Civitas, Madrid 2000.

primera, pues en el ordenamiento constitucional de nuestros países latino-americanos, desde el siglo XIX la Constitución, tiene arraigo de norma, y no sólo de programa, así se haya violado por tantos regímenes autoritarios que hemos padecido.

Las citas a las obras de Eduardo en la jurisprudencia, por otra parte, paradójicamente se comenzaron a incrementar en la misma medida en la que los Magistrados del Tribunal Supremo comenzaron a imponer censura respecto de la cita de casi todos los autores nacionales, particularmente a partir de 1999, cuando materialmente dejaron de ser citados. Por ello, globalmente, si se leen las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos lustros, parecería que Venezuela es un desierto doctrinal o un país ágrafo en materia jurídica, pues muy excepcionalmente se fundamentan en algunas citas a obras de autores nacionales, y en cambio, abundan las citas de autores extranjeros para reafirmar o soportar lo que está dicho y escrito en el país.

Pero estoy seguro que a pesar de ello, todos los autores nacionales olímpicamente ignorados, tienen que sentirse más que bien servidos, al leer que a falta de las opiniones nacionales, los tribunales hayan recurrido a las opiniones del maestro Eduardo García de Enterría, de las cuales, por lo demás, todos los *ius publicistas* en el país hemos aprendido.

7. *La censura a los autores nacionales en la jurisprudencia y las citas indebidas de García de Enterría: un caso en materia de definición del acto administrativo*

Sin embargo, una cosa es citar a un autor nacional o extranjero en una sentencia para reforzar un aspecto doctrinal específico necesario para decidir, y otra cosa es citarlo mal, poner en la pluma del autor citado cosas que no dijo, y peor aún, ponerlo a decir cosas dichas por un autor nacional pero que se atribuyen indebidamente al autor citado, o poner en la pluma de un autor citado, tesis expuestas por un autor nacional contrarias a las defendidas por el aquél.

Y eso es lo que ha ocurrido en algunos casos con la obra de Eduardo García de Enterría, la cual debido a la mencionada censura impuesta respecto de autores nacionales, algunos jueces del contencioso administrativo para no citarlos en sus sentencias, sin embargo, han copiado una doctrina nacional que les interesaba para apoyar su decisión, pero sin citar su autor, atribuyéndola indebidamente a la autoría de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Lo grave de esto, para el asombro de cualquier conocedor de la obra de García de Enterría, es que incluso ese uso abusivo de su nombre, poniendo en su pluma conceptos y argumentos que no expresó, ha sido de tal naturaleza que algunos tribunales los han puesto a decir cosas que nunca dijeron y sobre lo cual, incluso, escribieron en sentido contrario.

Por asombroso que parezca, así ha ocurrido en Venezuela en los últimos años, en un sistema judicial lamentablemente sometido al poder político.<sup>20</sup>

Como en mi carácter de director de la *Revista de Derecho Público*, desde su fundación en 1980, reviso, leo y re-sistematizo trimestralmente la recopilación de jurisprudencia constitucional y administrativa que se elabora para su publicación en la misma, para mí fue asombroso leer en una sentencia de 1º de junio de 2000 (Caso *Julio Rico*), emanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo,<sup>21</sup> que en ese momento era el tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa más importante antes de la Corte Suprema de Justicia, una cita doctrinal cuya autoría se atribuía a Eduardo García de Enterría y a Tomás Ramón Fernández, que yo nunca había leído y que la verdad es que ellos nunca habían escrito. Para encubrir la falta, en todo caso, en la sentencia, por supuesto, no se indicó el título del libro de donde supuestamente se habría extraído la cita, ni se indicó la fecha de la edición del mismo, ni la página respectiva, aun cuando era evidente que el lector debía presumir que provenía del libro *Derecho Administrativo* que era el único general de la autoría de ambos.

Al leer la sentencia, de entrada la cita copiada me causó extrañeza, lo que luego se convirtió en asombro múltiple: primero, porque el autor de la ponencia de la sentencia que fue dictada en una Corte que tenía cinco magistrados, era un “profesor de derecho administrativo,” abogado Carlos Enrique Mouriño Vaquero, que debía conocer no sólo la obra de García de Enterría que pretendidamente citaba, sin las más elementales técnicas de referencias bibliográficas; segundo, porque en mi caso, conociendo la obra de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al leer la sentencia, me resultaba imposible creer que la cita doctrinal de la sentencia fuera de la autoría de ellos, quienes en realidad habían escrito sobre el tema pero en otro sentido; y tercero, porque el texto citado, al re-leerlo una y otra vez, me resultaba tan, pero tan parecido a lo que yo había escrito sobre la materia unos años antes, que en realidad no era sino una copia textual de un párrafo de un trabajo mío escrito en una línea doctrinal muy distinta a la de la obra de Eduardo y Tomás Ramón en la materia.

---

<sup>20</sup> Véase la reciente Ponencia nacional enviada al Congreso de Viena de la Academia Internacional de Derecho Comparado: Allan R. Brewer-Carías, “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en *Venezuela. Some Current Legal Issues 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2014, pp. 13-42.

<sup>21</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp 415-416.

Lo que pudo ser una complacencia y un honor, el hecho de que Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “coincidieran” con mi tesis, sin yo siquiera haberme percatado de ello, de inmediato se desvaneció al constatar que todo era una falsedad, pues por supuesto ellos nunca había escrito lo que se les atribuía, y la cita de mi trabajo, encubierta bajo el nombre de ellos, no era otra cosa que una manifestación más de la censura que ya se había impuesto, para no citarme a mí o a otros autores nacionales en apoyo de las sentencias de la Corte, para lo cual citándome, pusieron sin embargo como autores los nombres de mis amigos, lo que de por sí denota la importancia que han tenido en el país.

8. *El concepto de acto administrativo en la obra de García de Enterría como los emanados exclusivamente de las Administraciones Públicas*

El caso decidido (Caso: *Julio Rico*), había sido iniciado mediante una acción contencioso administrativa de nulidad intentada por el abogado Rico contra lo que calificaron como “acto administrativo” dictado por un juez de la jurisdicción ordinaria mediante el cual le había impuesto al accionante, en su carácter de abogado litigante en un proceso, una sanción disciplinaria. En el ordenamiento jurídico venezolano, conforme a la doctrina nacional y a la jurisprudencia administrativa, dicho acto dictado por un juez, sin duda, es un acto administrativo que como tal era recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues como siempre he sostenido, los actos administrativos no sólo emanan, como bien dice la sentencia, “de los órganos de la Administración Pública, sino también de los demás órganos del Estado cuando los mismos actúan en función administrativa.”<sup>22</sup>

Esa ha sido mi tesis de siempre, que ha moldeado la jurisprudencia venezolana en las últimas décadas,<sup>23</sup> tesis que no ha sido aceptada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes al contrario más bien consideran “completamente vano intentar tipificar por este último rasero una supuesta ‘función administrativa’ del Estado en sentido material.”<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 415-416.

<sup>23</sup> Véase un resumen de ello en Allan R. Brewer-Carías, “El problema de la definición del acto administrativo,” *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78. Ese texto se ha recogido en mi *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Thompson-Aranzadi Civitas, Tomo III, *Actos administrativos*, Madrid 2013.

<sup>24</sup> Véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas Thompson Reuters, Decimoquinta edición, Madrid 2011, p. 44.

En efecto, al contrario de lo expresado en el antes mencionado párrafo de la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández conforme a su conocida aproximación estatutaria del derecho administrativo, como “el derecho de la Administración Pública como persona jurídica” que “deja fuera de la misma a los órganos legislativos y judiciales,”<sup>25</sup> consideran como acto administrativo sólo “la declaración de voluntad [...] realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria,”<sup>26</sup> agregando que como dicha declaración “debe proceder de una Administración,” ello precisamente excluye:

“los actos jurídicos del administrado (que son también actos jurídicos regulados por el Derecho Administrativo, pero sometidos a otro régimen sustancialmente diferente), los supuestos actos materialmente administrativos dictados por órganos públicos no encuadrados en la Administración (por órganos judiciales – en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 3/82, de 8 de febrero, insiste en la “calificación no sólo material, sino subjetiva” del acto administrativo – o legislativos), así como los contratos o convenios en cuanto a que son fruto de varias voluntades y no sólo de una Administración.”<sup>27</sup>

De ello resulta claro que en la tesis de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el acto administrativo sólo puede emanar de una “Administración Pública como persona jurídica,” en ejercicio de la potestad administrativa, lo que excluye de la calificación como actos administrativos, por una parte, a los actos reglamentarios dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, y por la otra, los actos jurídicos dictados por los órganos judiciales o los órganos legislativos en ejercicio de la función administrativa. Este último concepto lo rechazan los autores para calificar como “actos administrativos” los emanados de lo que consideran “actividades materialmente ‘administrativas’ cumplidas por los órganos públicos no integrados en la organización personificada que es la Administración.”<sup>28</sup>

Al referirse a esos actos dictados por los jueces o los órganos legislativos agregan, además, que:

---

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 39

<sup>26</sup> *Op. cit.*, 571.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, pp. 572 y 573.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 42.

“la función respectiva podrá ser calificada materialmente como administrativa, será o no equivalente o paralela a la que normalmente cumple la Administración, pero es evidente que no se trata de actos sometidos al derecho administrativo. [...]”<sup>29</sup>

Lo mismo argumentan García de Enterría y Fernández respecto de los actos dictados por órganos constitucionales, con autonomía funcional, como el Consejo General del Poder Judicial o Defensor del Pueblo, considerando que “los actos que en ejercicio de estas funciones de apoyo se realizan no son propiamente actos administrativos, por cuanto no imputables a la organización personificada que es la Administración General del Estado, sino de órganos que se han configurado con una más o menos perfecta separación de la misma.”<sup>30</sup> Por ello, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández insisten en su tesis afirmando que:

“Ya hemos precisado que el acto administrativo sólo puede producirse por una Administración pública en sentido formal y no por ningún órgano público que no esté integrado en una Administración como persona (judiciales, legislativos), sea cual sea la materia de tales actos, ni por ningún particular [...]”<sup>31</sup>

Es claro, por tanto, que en la tesis de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, independientemente de la extensión en concreto que pueda producirse para asegurar el control judicial de los mismos, los actos jurídicos dictados por los órganos del poder legislativo, del poder judicial, y de los otros poderes u órganos constitucionales del Estado, dictados en ejercicio de la función administrativa, nunca serían actos administrativos.

9. *Nuestra definición del acto administrativo, impropriamente atribuida en alguna sentencia a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández*

Sin embargo, a pesar de la claridad de la tesis sostenida por García de Enterría y Fernández, en la sentencia citada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 2000, para justificar la decisión de controlar la ilegalidad de un acto jurídico dictado por un juez en materia disciplinaria,

---

<sup>29</sup> *Op. cit.*, pp. 42. Agregan respecto de “la actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado” que “al no ser referibles a la Administración Pública en cuanto persona es claro que no están sujetas al derecho administrativo las supuestas ‘funciones administrativas’ que realizan los órganos o entidades situadas fuera de la misma. Así, por ejemplo, la actividad de jurisdicción voluntaria que realizan los jueces y tribunales, la policía de audiencias, los tratados internacionales, las pensiones extraordinarias concedidas por las Cortes, etc.” *Op. cit.*, pp. 50-51.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 43.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 575.

considerándolo como un acto administrativo susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa por haber sido dictado en ejercicio de la función administrativa, la Corte consideró “oportuno citar el concepto de acto administrativo que plantean los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández,” copiando en la sentencia como si fuera de ellos, el siguiente párrafo:

“Hemos definido el acto administrativo como toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir por la Administración Pública, actuando en *ejercicio* de la función administrativa, de la función legislativa [normativa] y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero *por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función* administrativa y de la función legislativa [normativa]. En todos estos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general”. (Subrayado de la Corte).<sup>32</sup>

Cuando leí aquello, como seguramente le habrá ocurrido a más de alguno que haya leído dicha sentencia y mi propia obra, lo que primero me pregunté ¿es cómo podía ser posible según el decir de la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que mis queridos amigos Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández hubieran escrito exactamente lo mismo que yo, en los mismos términos, sin yo saberlo, y más bien en contra de lo que ellos han enseñado?

Pero como antes dije, por supuesto, no se trataba de cita alguna del pensamiento de ellos, que es diametralmente opuesto a lo allí expresado, sino de una cita de un trabajo mío, lo que si bien podía constituir para mí un honor, que mi pensamiento lo hubieran puesto en la pluma de ellos, para ellos era una falta inexcusable al ponerlos como autores de algo que no escribieron, y que más bien era contrario a lo que han sostenido en su obra.

La cita de la sentencia, en realidad, proviene de mi estudio sobre “El problema de la definición del acto administrativo” publicado en el *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez* en 1984, que tiene el siguiente texto:

“En esta forma, hemos definido el acto administrativo como toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública,

---

<sup>32</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 415-416.

actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa [normativa] y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa [normativa]. En todos esos casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general.”<sup>33</sup>

Como es bien sabido, para la definición del acto administrativo he partido siempre del análisis de los principios fundamentales del derecho público venezolano,<sup>34</sup> en particular, de los siguientes:

*Primero*, del principio de la formación del derecho por grados, que ubica al acto administrativo siempre con carácter sublegal. Dicho principio es “de particular interés para el derecho administrativo, dado que la actividad de la Administración que por esencia regula, es siempre una actividad de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la legislación y sólo de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.”<sup>35</sup> La conclusión de su aplicación es que “Las actividades administrativas, por tanto y 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; y precisamente por ello es que son esencialmente de carácter

---

<sup>33</sup> Véase “El problema de la definición del acto administrativo” publicado en el *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pp. 25-78. Ese texto por lo demás, se recogió en mi *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Thompson-Aranzadi Civitas, Madrid 2013, Tomo III, *Actos administrativos* y lo pueden leer en la página 143. En la precisión de la definición, la expresión de función “legislativa” la he sustituido por la más precisa de función “normativa.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, Tomo I, pp. 17-142; *Principios Fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)* Editorial Jurídica Venezolana 2005; *Los Principios Fundamentales del Derecho Público*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José Costa Rica, 2012.

<sup>34</sup> Véase sobre estos, un resumen de los mismos los he recogido en la parte que me corresponde del libro colectivo: 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*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 185. En las citas siguientes recurrimos a lo expuesto en este último libro.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 185.



sublegal, aún cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto.”<sup>36</sup> De ello se deriva que “en particular para el derecho administrativo, los actos administrativos dictados en ejercicio de las diversas funciones del Estado, son actos que por esencia tienen rango sublegal, por lo que, no hay ni puede haber actos administrativos que se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución.”<sup>37</sup>

*Segundo*, el principio de la separación orgánica de poderes y de la asignación de funciones propias pero no excluyentes a los diversos órganos de los poderes del Estado, por lo que “la asignación de funciones propias a los órganos que ejercen los Poderes Públicos, no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica.”<sup>38</sup> En este contexto se distinguen cinco funciones del Estado que son “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,”<sup>39</sup> las cuales son: la función normativa es decir, la producción de normas jurídicas de validez general; la función política, manifestada en la conducción del gobierno en la sociedad; la función jurisdiccional, manifestada en actos de resolución de controversias entre partes; la función de control, manifestada cuando los órganos del Estado vigilan, supervisan y velan por la regularidad del ejercicio de otras actividades estatales o de las actividades de los administrados y particulares; y la función administrativa, a través de la cual la Administración entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público.<sup>40</sup>

*Tercero*, el principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, que implica que las funciones que se asignan como funciones propias a los diversos órganos de los Poderes del Estado, sin embargo, no son ni exclusivas ni excluyentes, ya que se desarrollan también por los demás Poderes del Estado. Dicho principio “tiene especial importancia para el

---

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 183.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 197.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 204. Ello al decir del Tribunal Supremo de Justicia, implica que “la Administración Pública cuenta con potestades normativas (*Vgr.* la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (*Vgr.* resolución de conflictos entre particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (*Vgr.* la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras).” Véase Sentencia N° 3098 de la Sala Constitucional (Caso: *nulidad artículos Ley Orgánica de la Justicia de Paz*) de 13-12-2004, en *Gaceta Oficial* N° 38.120 de 02-02-2005

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 206.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 207-221.

derecho administrativo, pues permite identificar a la función administrativa y su ejercicio por los diversos órganos del Estado”<sup>41</sup> de manera que:

“al igual que lo que sucede con la función normativa, política, jurisdiccional y de control, 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 y electorales, 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: la Asamblea 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 el Poder Ciudadano 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 y del Poder Electoral; por la Asamblea Nacional, en ejercicio del Poder Legislativo; y por los tribunales de la República, en ejercicio del Poder Judicial. La función administrativa, por tanto, si bien es una “función propia” de los órganos ejecutivos y electorales, 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 de todos los órganos estatales en ejercicio del Poder Público, teniendo en todo caso carácter sublegal.”<sup>42</sup>

*Cuarto*, el principio del carácter inter-funcional de los actos estatales, lo que implica no sólo que la separación orgánica de poderes no coincide con la distribución de funciones, sino que el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo tampoco conduce necesariamente a la emisión de determinados órganos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal. Ello implica que:

---

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 205.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, pp. 219-220.

“la función normativa la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República), de sus órganos judiciales (Tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral)”; que “la función política, la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional) y de sus órganos ejecutivos (Presidente de la República)”; que “la función jurisdiccional la ejerce el Estado a través de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral)”; que “la función de control la ejerce el Estado a través de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos judiciales (Tribunales), de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República) y de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral): y que “la función administrativa la ejerce el Estado a través de sus órganos ejecutivos (Administración Pública), de sus órganos electorales (Consejo Nacional Electoral), de sus órganos legislativos (Asamblea Nacional), de sus órganos judiciales (Tribunal Supremo de Justicia y tribunales) y de sus órganos de control (Consejo Moral Republicano, Defensoría del pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República).”<sup>43</sup>

Por ello mi conclusión de que los actos administrativos

“pueden emanar de la Asamblea 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 Central) cuando actúan en función normativa, en función jurisdiccional, en función de control y en función administrativa; de los órganos que ejercen el Poder Ciudadano actuando en función normativa, en función de control y en función administrativa; y de los órganos que ejercen el Poder Electoral actuando también 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 decretos-leyes, 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, sino de todas las otras funciones del Estado.”<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> *Op. cit.*, pp. 228-230.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, pp. 228-239.

Y quinto, como corolario de todo lo anterior, y en forma radicalmente distinta a la concepción estatutaria del derecho administrativo como derecho de la Administración Pública como persona jurídica en la tesis de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, he sostenido el principio del “carácter interorgánico de la Administración Pública, en el sentido de que la Administración Pública, como complejo orgánico, no sólo está conformada por órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, sino por órganos que ejercen los demás Poderes del Estado.”<sup>45</sup> De lo cual resulta que “no toda ‘Administración Pública’ del Estado es ‘Administración Pública central,’ en el sentido de que no sólo los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo en los tres niveles político-territoriales o los que gozan de autonomía fundamental en virtud de disposiciones constitucionales, monopolizan, orgánicamente, a la Administración Pública del Estado”<sup>46</sup>; de todo lo cual resulta que:

“la organización administrativa del Estado no se agota, por ejemplo a nivel nacional, en el ámbito de la “Administración Pública Nacional central” que ejerce el Poder Ejecutivo, pues existen órganos administrativos que derivan de la separación orgánica de poderes que ha establecido la Constitución de 1999, regularizando así la existencia de órganos del Estado con autonomía funcional que en la Constitución de 1961 existían (Consejo de la Judicatura, Contraloría general de la República, Fiscalía General de la República) y que no encuadraban en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercían el Poder Legislativo, ni dentro de los órganos que ejercían el Poder Ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercían el Poder Judicial, y que sin embargo, formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado, y en general, de lo que siempre se ha conocido como Administración Pública Nacional.”<sup>47</sup>

En esa concepción, contrariamente a lo que sostienen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en Venezuela, la Administración Pública o las Administraciones Públicas no son las que tienen personalidad jurídica, sino que la personalidad jurídica la tienen los entes políticos territoriales, que son la República en el nivel nacional, los Estados en el nivel regional y los Municipios en el nivel local, cada uno con sus órganos que conforman sus Administraciones Públicas, y los entes no territoriales, como los institutos autónomos públicos, y las empresas, fundaciones y sociedades del Estado.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 239.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 240.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 242-243.

<sup>48</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la personalidad jurídica en el derecho administrativo,” en *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou*,

10. *Una nueva sentencia atribuyendo a García de Enterría, erradamente, influencia en nuestra definición del acto administrativo*

De todo lo anterior resulta, por tanto, que en forma alguna puede atribuirse a Eduardo García de Enterría una concepción de la Administración Pública como objeto del derecho administrativo radicalmente distinta a la que han defendido, y ponerlos a decir en una sentencia cosas que no han escrito. Por lo demás, en cuanto a mi concepción sobre el mismo tema, ha sido progresivamente construida desde la redacción de mi antes indicada Tesis doctoral sobre *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolanas* de 1964, obviamente sin influencia alguna de la concepción estatutaria del Derecho Administrativo propugnada en España por Eduardo García de Enterría tal como se expone en su *Derecho Administrativo* publicado junto con Tomás Ramón Fernández.

Por ello, para concluir, no me queda más que pedirles excusas a los autores españoles, por el uso indebido del nombre de Eduardo y de Tomás Ramón, atribuyéndoles tesis y conceptos míos que ellos no han expuesto, y que difieran radicalmente de su tesis, por lo que mal puede decirse incluso que las mías hayan estado influidas por ellos, como mal lo ha dicho algún Juzgado de primera instancia en materia contencioso administrativa del trabajo en 2006.

En efecto, con ocasión de decidir un recurso de nulidad por ilegalidad ejercido contra una “transacción y el acto administrativo de homologación (sic),” dictado por un Tribunal de primera instancia en materia laboral en el Estado Bolívar de Venezuela, el Tribunal Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar a cargo del juez abogado José Gregorio Rengifo, en sentencia de 17 de octubre de 2006, a los efectos de declarar que carecía de competencia para decidir por tratarse el acto impugnado de “un verdadero acto jurisdiccional” con caracteres “totalmente ajenos a las características de un acto administrativo,” luego de copiar aun cuando en forma incompleta la definición que he dado del acto administrativo, continuó señalando que:

“Siguiendo al tratadista García de Enterría, señala el citado autor [Brewer-Carías] que “la expresión acto administrativo, identifica a los actos ejecutivos por excelencia como manifestaciones de voluntad de la Administración de carácter sub-legal, destinadas a producir efectos jurídicos. En esta definición, el elemento clave es la determinación que debe entenderse por “Administración”, pues los actos administrativos en general se dictan por todos los órganos estatales y en ejercicio de todas las funciones estatales. Por tanto, su individualización a pesar de su carácter sub-legal, no puede estar fundamentada en la sola utilización del criterio

---

(coordinadores: Andry Matilla Correa, Jaime O. Santofinio Gamboa, Héctor Santaella Quintero) Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013, pp. 271-303.

orgánico, del criterio formal o criterio material, sino de la mezcla y combinación de ellos, pues de lo contrario quedarían fuera de caracterización, por ejemplo, los actos administrativos que dictan los funcionarios de los órganos legislativos o de los órganos judiciales. Por ello en nuestro ordenamiento constitucional, no puede sostenerse que los actos administrativos solo son aquellos que emanan de los órganos de la Administración Pública que ejerce el Poder Ejecutivo. Al contrario, como se dijo, los actos administrativos pueden emanar de los órganos legislativos actuando en función administrativa, de los tribunales, de los órganos del Poder Electoral y del Poder Ciudadano, actuando tanto en función normativa como en función administrativa. Los actos administrativos en esta forma, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, los decretos de estado de excepción, los actos de gobierno y las sentencias judiciales, no están reservados a determinados órganos del Estado, sino que pueden ser dictados por todos ellos, y no solo en ejercicio de la función administrativa.

En relación a los órganos del Poder Judicial, actuando en ejercicio de la función administrativa, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo, cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general. Es de esta manera como, entre las facultades administrativas que se atribuyen a los órganos del Poder Judicial, cuyos actos naturales son los jurisdiccionales, se encuentra por ejemplo dictar medidas disciplinarias, contra los abogados y procuradores que intervengan en las causas que ellos conocen, comportando tal medida disciplinaria una actividad administrativa del Juez, dictada en aras de mantener el orden y el decoro en el tribunal o juzgado en el cual ejerce sus funciones. Considerando a los actos estatales dentro de una perspectiva general, entonces quedarían fuera de la clasificación como actos administrativos, los actos cumplidos por los órganos del Poder Ejecutivo en función normativa con valor de Ley y en función de gobierno (actos de gobierno) y que, por tanto son de rango legal; los actos cumplidos por los órganos del Poder Legislativo en función normativa (leyes), en función de gobierno (actos parlamentarios sin forma de ley) y en función administrativa de rango legal (leyes y actos parlamentarios sin forma de ley); y los actos cumplidos por los órganos del Poder Judicial, actuando en función jurisdiccional (sentencias, autos, etc).<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Véase en <http://bolivar.tsj.gov.ve/DECISIONES/2006/NOVIEMBRE/1928-17-FP11-R-2006-000327-0040.HTML>

Aun cuando no citó el juez que dictó la sentencia, la fuente del trabajo del cual sacó la incompleta cita que hizo,<sup>50</sup> lo que si es cierto es que lo que allí se expone no podía haber sido inspirado por Eduardo García de Enterría, quien como hemos visto, ha planteado una aproximación al tema radicalmente distinta a la que yo he elaborado.

En todo caso, con las excusas que de nuevo hay que darle a los autores españoles por el uso indebido e indiscriminado del nombre de García de Enterría para apoyar sentencias, lo positivo que resulta de ello es que su nombre y doctrina, altamente respetadas, tienen la autoridad propia de los grandes maestros que son suficiente para fundamentar decisiones judiciales sobre los asuntos más complejos, a pesar de que en la realidad Eduardo García de Enterría no haya escrito lo que los jueces en los casos citados hubiera querido.

New York, Julio de 2014

---

<sup>50</sup> La cita proviene de mi estudio sobre “Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial,” publicado en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 30-31 Mayo y 1º Junio 2001, Ediciones RAP S.A., Argentina 2002, pp. 531–579; y del estudio: “El régimen constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de gobierno,” publicado 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.



















