# Libro Homenaje a Allan R. Brewer-Carías

## 80 años de evolución del derecho público

Coordinación:
Caterina Balasso Tejera
José Ignacio Hernández G.
Claudia Nikken
Antonio Silva Aranguren
Flavia Pesci Feltri

editorial jurídica venezolana

cidep
Centro para la Integración y el Derecho Público

**LIBRO HOMENAJE A ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
**80 años en la evolución del Derecho Público**

# LIBRO HOMENAJE A ALLAN R. BREWER-CARÍAS

## 80 años en la evolución del Derecho Público


Coordinadores

CATERINA BALASSO TEJERA / JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
CLAUDIA NIKKEN / ANTONIO SILVA ARANGUREN
FLAVIA PESCI FELTRI

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
MARÍA ALEJANDRA CORREA MARTÍN
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
CECILIA SOSA GÓMEZ
MARIELA MORALES ANTONIAZZI
ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
CLAUDIA NIKKEN
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
DANIELA UROSA MAGGI
JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ
SANDRA MORELLI
ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
FLAVIA PESCI FELTRI
RAFAEL BADELL MADRID
FEDERICO A. CASTILLO BLANCO
LUCIANO PAREJO ALFONSO
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
LUIS COVA ARRIA
HUMBERTO ROMERO-MUCI
GERARDO FERNÁNDEZ V.
LUIS FRAGA PITTALUGA
JESÚS MARÍA ALVARADO ANDRADE



CENTRO PARA LA INTEGRACIÓN Y EL DERECHO PÚBLICO  EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

CARACAS, 2020

© by EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

ISBN: 978-1-63625-522-4

CENTRO PARA LA INTEGRACIÓN Y EL DERECHO PÚBLICO (CIDEP)
Avenida Santos Erminy, Urbanización Las Delicias,
Edificio Park Side, Oficina 23, Caracas, Venezuela
Teléfono: +58 212 761.7461 - Fax +58 212 761.4639
E-mail: contacto@cidep.com.ve
http://cidep.com.ve

Editado por:
Editorial Jurídica Venezolana
Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono +58-212-762-25-53 / 762-38-42 / Fax. +58-212-763-52-39
Email: fejv@cantv.net
http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve

Diseño portada: Francis Gil

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto, en letra Times New Roman 10,5
Interlineado Exacto 11, Mancha 11,5 x 18

**PLAN GENERAL**
**DE LA OBRA**

## PRESENTACIÓN

Caterina BALASSO TEJERA, José Ignacio HERNÁNDEZ G., Claudia NIKKEN, Flavia PESCI FELTRI, Antonio SILVA ARANGUREN

## A MANERA DE PROLOGO

INTERVENCIÓN DE PEDRO NIKKEN EN LA JORNADA ACADÉMICA CELEBRADA PARA CONMEMORAR LOS 80 AÑOS DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

## I. ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO

**FUNDAMENTOS DEL ESTADO CONVENCIONAL**
Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE

**LA FIGURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICO Y CONVENCIONAL. DOS IDEAS BÁSICAS EN LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA

**REFLEXIONES SOBRE EL "ESTADO DE DERECHO Y DE JUSTICIA"**
María Alejandra CORREA MARTÍN

**LA PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**
Jaime RODRÍGUEZ-ARANA

**LA DEMOCRACIA, EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN EL PENSAMIENTO DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
Cecilia SOSA GÓMEZ

**DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS**
Mariela MORALES ANTONIAZZI

## II. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

**CÁDIZ Y WEIMAR: LAS TRANSACCIONES COMO MITOS**
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO

**AUGE, CAÍDA Y RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO EN LOS OCHENTA AÑOS DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
José Ignacio HERNÁNDEZ G.

**LOS DERECHOS HUMANOS INTANGIBLES (SEGÚN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999)**
Claudia NIKKEN

**LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA GARANTÍA DEL REPUBLICANISMO**
Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ

**CORTES CONSTITUCIONALES Y AUTORITARISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL**
Daniela UROSA MAGGI

**UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PARA EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA**
Jesús María CASAL HERNÁNDEZ

**LA INFLUENCIA DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS EN COLOMBIA**
Sandra MORELLI

## III. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

**LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. UNA APUESTA TEMPRANA POR LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**
Armando RODRÍGUEZ GARCÍA

**DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. REFLEXIONES SOBRE DOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA OBRA DEL PROFESOR ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS**
José Antonio MUCI BORJAS

**ALLAN R. BREWER-CARÍAS SU INFLUENCIA EN LA PROMULGACIÓN, PROMOCIÓN Y ESTUDIO DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**
Flavia PESCI FELTRI

**EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN**
Rafael BADELL MADRID

**BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS Y TENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MUNDO ACTUAL**
Federico A. CASTILLO BLANCO

## IV. ESTUDIOS SOBRE OTRAS ÁREAS DEL DERECHO

**ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA "CIUDAD ORDENADA" DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
Luciano PAREJO ALFONSO

**EL CONCEPTO DE MUNICIPIO EN ALLAN R. BREWER-CARÍAS**
Fortunato GONZÁLEZ CRUZ

**ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**
Luis COVA ARRIA

**EL PETROENGANO CONTABLE. (ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO N° 4025, DE LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP Y DEL PROYECTO DE BA VEN NIF N° 12 DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS EEFF PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE LOS EEFF MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS)**
Humberto ROMERO-MUCI

**EL PROCESO DE CANONIZACIÓN. LA PERSPECTIVA JURÍDICA EN RELACIÓN A LA CAUSA DEL VENERABLE DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ**
Gerardo FERNÁNDEZ V.

**EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD DE LOS TRIBUTOS**
Luis FRAGA PITTALUGA

**ALLAN R. BREWER-CARÍAS Y SUS MAESTROS: LEGADO PARA LAS NUEVAS GENERACIONES**
JESÚS MARÍA ALVARADO ANDRADE

# PRESENTACIÓN

El año 2019 Allan R. Brewer-Carías cumplió 80 años de vida, habiendo dedicado más de 60 a la investigación, docencia y divulgación del conocimiento científico en las áreas de ciencias políticas, ciencias jurídicas e historia.

Nos pareció que era una oportunidad especial no solo para rendirle un merecido homenaje, sino además para reflexionar sobre los principales cambios del derecho público desde 1939 hasta nuestros días.

Por ello, siguiendo precisamente su ejemplo, invitamos a sus amigos del foro para que colaborasen en el homenaje colectivo que nos propusimos realizar, pidiéndoles un aporte escrito relacionado con la evolución del derecho público en los últimos 80 años, a la luz de la obra del profesor Brewer-Carías. En este sentido, pedimos que las contribuciones versaran sobre un tema específico que tomara como referencia (a selección libre por parte de cada uno de los colaboradores) alguno de los trabajos o publicaciones del profesor Brewer-Carías.

Habiendo anunciado el presente homenaje hace 1 año, durante la Jornada Académica que se llevó a cabo en Madrid, y luego de sortear los inconvenientes propios del 2020, a continuación presentamos el fruto de esta iniciativa, que comprende los trabajos realizados con ocasión de nuestra convocatoria por: Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, María Alejandra CORREA MARTÍN, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, Cecilia SOSA GÓMEZ, Mariela MORALES ANTONIAZZI, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, José Ignacio HERNÁNDEZ G., Claudia NIKKEN, Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ, Daniela UROSA MAGGI, Jesús María CASAL HERNÁNDEZ, Sandra MORELLI, Armando RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio MUCI BORJAS, Flavia PESCI FELTRI, Rafael BADELL MADRID, Federico A. CASTILLO BLANCO, Luciano PAREJO ALFONSO, Fortunato GONZÁLEZ CRUZ, Luis COVA ARRIA, Humberto ROMERO-MUCI, Gerardo FERNÁNDEZ V. y Luis FRAGA PITTALUGA, Jesús MARÍA ALVARADO ANDRADE.

La obra se ha estructurado temáticamente en cuatro capítulos. El primero, recoge los ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO, el segundo capítulo, contiene los ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL, mientras que en el tercero se agrupan aquellos trabajos que contienen ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO. En el capítulo final hemos agrupado aquellos ESTUDIOS SOBRE OTRAS ÁREAS DEL DERECHO.

A manera de Prólogo, hemos querido incluir las palabras pronunciadas en esa ocasión por nuestro querido Pedro Nikken, quien lamentablemente ya no se encuentra entre nosotros.

Nuestro agradecimiento a todos los colaboradores, por sus valiosos aportes, al CIDEP, cuyo equipo nos asistió en la lectura de los trabajos, así como a Mirna Pinto y Francis Gil, quienes estuvieron a cargo de la diagramación y elaboración de la portada de la obra que presentamos.

Caracas, 13 de noviembre de 2020

*Caterina Balasso Tejera*
*José Ignacio Hernández G.*
*Claudia Nikken*
*Flavia Pesci Feltri*
*Antonio Silva Aranguren*

# A MANERA DE PRÓLOGO

## INTERVENCIÓN DE PEDRO NIKKEN EN LA JORNADA ACADÉMICA CELEBRADA PARA CONMEMORAR LOS 80 AÑOS DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS*

Querida Beatriz, queridos Allan, Michelle y Eric, queridos Charles, Lilly y Jimmy; cardumen de nietos aquí presentes.

Queridos amigos y amigas, señores, señoras.

Allan Randolph Brewer-Carías, entrañablemente conocido en familia y entre amigos como Randy Brewer. ¡Bendito seas, Randy! Después de una larga vida compartida, tener el honor y la satisfacción de homenajearte y abordar la imposible tarea de exaltar tu biografía sin límites. ¡Bendito seas Randy! Por tu inmensa obra, por tu valor ciudadano, por tu solidaridad con la democracia y el Estado de derecho, por tu buen humor, por tu inestimable amistad de siempre, por existir y por todo.

Este acto de homenaje en el mismo día que cumples 80 años no es una lisonja ni una trivialidad de cumpleaños. Durante tus 80 años de edad has construido un pedestal único en la cultura jurídica y política. De Venezuela y mucho más allá.

***Tu obra***

Tu obra jurídica es única e inalcanzable. Una bibliografía que ocupa ella sola un volumen grueso. 223 libros publicados de tu autoría, 43 folletos, 85 libros editados o en coautoría, 1072 artículos publicados en revistas y obras colectivas y como si fuera poco, Director de 135 números de la *Revista de*

---

* El texto que presentamos a manera de Prólogo recoge las palabras que dio Pedro Nikken el 13 de noviembre de 2019 en el Círculo de Bellas Artes de Madrid, en el marco del homenaje que se rindió a Allan. R. Brewer-Carías en esa fecha por sus 80 años. Hemos querido incorporarlo a esta obra, aunque no fue preparado para ello, porque es, en definitiva, el testimonio de una gran amistad. Y es de eso de lo que trata.

*Derecho Público*, fundada por ti y creador de una Editorial Jurídica sin precedentes en Venezuela, con prestigio bien ganado por la calidad y el volumen de sus publicaciones.

Tu primera obra maestra fue tu tesis doctoral "*Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*", publicada hace 55 años por la Universidad Central de Venezuela, y desde entonces referencia obligada para los estudios del Derecho público en nuestra región y aún mas allá.

Otra que recuerdo bien es *Cambio Político y Reforma el Estado en Venezuela* (Tecnos, Madrid, 1975), en la que delineaste en profundidad tus observaciones críticas al funcionamiento del sistema político venezolano así como propuestas para su transformación, muchas de las cuales pusiste en práctica al ejercer responsabilidades de gobierno.

*La Jurisprudencia de la Corte Suprema: 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo* es una obra monumental, publicada en 6 tomos (8 volúmenes) entre 1975 y 1979, por el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Digo monumental no solo por su tamaño, sino porque recoge –y explica de manera sistemática– la interpretación judicial de las instituciones constitucionales y administrativas venezolanas, en un tiempo en que se edificaban la democracia y la legislación administrativa cuyo objeto era limitar el ejercicio del poder.

Otra obra esencial es *Estado de derecho y control judicial*, publicada en 1987 en Alcalá de Henares por el Instituto Nacional de Administración Pública y prologado por uno de los hacedores de este acto, nuestro querido amigo Luciano Parejo Alfonso. Como lo dice Luciano, se trata de un fruto lógico de la lucha personal de Randy por el derecho, que acredita a todo verdadero jurista, que "aborda un punto nuclear de la ciencia jurídica del Estado: la sumisión del poder al derecho y su efectividad a través del control judicial pleno y real del ejercicio de dicho poder o, lo que es igual, desde la perspectiva del ciudadano, de una tutela judicial independiente y sin fisuras".

En los últimos años, Brewer se ha concentrado en el escrutinio y análisis de la arbitrariedad con la que ejerce el poder el régimen venezolano y muy especialmente en la inmensa farsa que es la llamada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Es un trabajo doloroso, que mucho le agradecerá la Historia y no solo la venezolana. Es nuestro Emile Zolá, con su poderoso J'accuse.

Estoy seguro de no ser el único estupefacto por la caudalosa producción científica de Randy. Una tarde en la que departíamos en su residencia de entonces, situada en el barrio de Caurimare, en el este de Caracas, le pregunté que cómo hacía para escribir tanto y tan bien. Me condujo en silencio, con aires de confidencia, hasta la magnífica biblioteca de doble altura que él mismo diseñó para su casa y me mostró un estante en el que yacía una cincuente-

na de volúmenes empastados. Eran manuscritos en tamaño bloc, que contenían el estudio y la preparación del estudiante Brewer-Carías de cada una de las asignaturas de la carrera que cursó en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Me confió entonces que él tiene una suerte de limitación cognitiva: "Yo no entiendo lo que no escribo". ¡Qué maravilla! ¡Cuánto le debe la cultura jurídica y la cultura a secas a tal sedicente limitación! Un ser extraordinario que piensa para escribir y escribe para entender. Claro que esto no basta. Ha hecho falta mucha sed de entender para descifrar tantos temas sobre los que ha escrito Randy, mucho talento para pensar en lo que se quería entender escribiendo. Y también, permítaseme el exceso verbal, unas muy bien equipadas nalgas para tan largas jornadas sentado frente a un papel. A esto se agrega que durante buena parte de su vida, Randy escribió exclusivamente a mano, pues, en sus palabras de entonces, no encontraba inspiración sin sentir el rasgar de la pluma fuente sobre el papel. Su ya largo y aberrante exilio lo alejó de Arelis Torres, su secretaria de siempre, quien mecanografiaba sus escritos y lo forzó a introducirse en la era digital, los ordenadores y los procesadores de palabras. Un jurista de vanguardia pero con un estilo elegantemente anticuado, por obra de la desgracia entro de súbito en la modernidad. El resultado ha sido la multiplicación de su ya dilatada obra.

No voy a detenerme más sobre esto. Randy ha sido un titán de la investigación jurídica y nos ha legado una obra maravillosa, que hará recordar por siempre su notable biografía y que prolongará la influencia de su saber por mucho, muchísimo tiempo. Eres, Randy, un espécimen trascendente, porque te lo has labrado con tu sobrehumana actividad intelectual.

***El académico***

Fuimos, Randy, compañeros en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Soy testigo cercano de tu dedicación a la Universidad. No solo has sido un académico de grandes esfuerzos y medios puestos al servicio de la investigación y la ciencia, sino un profesor de notables resultados, tanto en tu propia y colosal obra, como en tu capacidad para organizar el trabajo en una institución, que se pobló de tus discípulos y enseñanzas. Fuiste Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, durante dos décadas. Tuve el honor, tras haber sido elegido Decano de nuestra Facultad, de proponer tu nombre al Consejo de la misma Facultad y al Consejo Universitario como Director del Instituto de Derecho Público, para suceder a su fundador, el ilustre profesor español Antonio Moles Caubet. En ese tiempo, fuimos compañeros de trabajo diario, con Rafael Pizani, Juan Carlos Rey Martínez, Alberto Arteaga, Benito Sansó, Luis Herrera Marcano, Oscar Palacios Herrera, por no recordar sino a las más prominentes figuras que conformaron un equipo de trabajo único y sin precedentes en nuestra vieja Facultad. Estuviste, Randy, entre quienes insurgieron en su momento para que su gobierno estuviera en manos de investigadores y docente profesionales, cualquiera fuera su ideología o posición

política, a lo cual no estaba habituada la institución, hasta ese entonces nutrida básicamente por ilustres y cultos abogados, frecuentemente magníficos docentes a tiempo parcial, quienes realizaban investigaciones por su cuenta, al margen de la estructura universitaria.

Tu presencia al frente del Instituto de Derecho Público fue determinante para superar esa práctica. Estimulaste a los investigadores de Instituto la producción de rigurosa obra escrita, con un sentido de emulación con respecto a los otros tres institutos de investigación presentes en la Facultad. Puedo asegurar que nadie en la Universidad Central de Venezuela mantuvo más ocupada que Randy a nuestra vieja imprenta universitaria, a la que él comparecía asiduamente, con vocación de linotipista aficionado, o quizás más que aficionado.

Hablando de aficiones metajurídicas, Randy es asimismo un arquitecto desperdiciado y un urbanista embozado. No lo digo pensando en tu obra en derecho urbanístico, que es densa pero jurídica. Lo afirmo en el estricto sentido de tu vocación hacia la arquitectura y el urbanismo. Randy es una suerte de curador de las oficinas donde tiene su sede el Escritorio Jurídico que compartimos, quien seleccionó todos los cuadros y alfombras de los ambientes comunes y quien sugirió e impartió su aprobación al diseño del espacio donde hemos trabajado por décadas. Pero tu vocación más fructífera ha sido en el urbanismo. Muchas veces coincidí contigo en viajes a distintos países de Europa y América y más de una vez te acompañé a hurgar en procura de mapas viejos de ciudades americanas en los más diversos establecimientos comerciales especializados. Confieso que a mí me aburría un poco, pero tenía el divertido privilegio de ver a Randy afilando su miopía ante un mapa casi pegado a su nariz, para identificar la toponimia, la planimetría, alguna laguna o qué se yo… Con casi maniática devoción fue compilando los planos coloniales de las ciudades americanas y de las ordenanzas de Derecho Indiano que las regularon, que dieron origen a una de sus obras de mayor impacto y belleza: *La Ciudad Ordenada*, una de las grandes reivindicaciones del concepto español de la colonización americana. Un concepto de ciudad y de organización territorial que pervive hasta nuestros días. Un trabajo, además, que presentó como innecesario merecimiento cuando le fue otorgado el Doctorado Honoris Causa por esta Universidad Carlos III.

Desde hace 40 años eres, además, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, cuya Presidencia en su momento ejerciste con singular brillo.

Pero Randy jamás se contentó con la teoría que tan bien manejaba. Es un exitoso abogado en ejercicio de su profesión y un destacado hombre público.

***El abogado***

A fines de 1988 regresaba con Randy Brewer desde Costa Rica, donde asistimos a una reunión del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en un vuelo interminable durante el cual el piloto parecía aterrizar donde quiera que hubiera una aeropuerto. Primero Panamá. Luego Barranquilla, más tarde Maracaibo y al fin Caracas. En esas horas de tedio, hablamos de las cosas que hablan los amigos comprometidos con los mismos valores, básicamente de nuestra Facultad en la UCV y de asuntos relativos a los derechos humanos y al Instituto al que pertenecemos.

Súbitamente, Randy me propuso asociarme a su bufete, Baumeister & Brewer, una de las firmas de abogados más reputadas y exitosas del país. Me tomó por sorpresa y mi primera reacción fue decirle que nunca me había planteado el ejercicio privado de la profesión de abogado. Me replicó que él tampoco se la había planteado hasta que, de regreso de Cambridge unos años antes, su amigo de siempre, Alberto Baumeister Toledo, le había hecho una invitación, similar a la que él ahora me hacía, para que se incorporara al escritorio jurídico que compartía con Alí Domínguez, situado en el edificio Normandie, en el barrio caraqueño de San Bernardino. Me relató que por un buen tiempo estuvo sentado en un escritorio desnudo, a la espera de los casos pero que, en la medida en que fueron llegando, le abrieron un nuevo horizonte en su vida, que lo había llenado de satisfacciones. Me insistió en que me sumara al Escritorio, en la seguridad de que yo experimentaría la misma satisfacción. Al final, luego de cumplir con el protocolo de incorporación de nuevos socios, me integré a Baumeister & Brewer y tuve la ocasión de conocer al abogado Allan R. Brewer-Carías, a quien solo había tratado como amigo entrañable y como colega y cómplice en el trajín de la vida universitaria en la UCV.

Al respirar en el Escritorio Baumeister & Brewer tuve una sensación de trascendencia que iba mucho más allá de una firma de abogados. Me hizo evocar la imagen de Rafael Alberti, cuando, en 1936, fondeado frente al puerto de La Guaira en el paquebote Colombie, le cantó a la Costas de Venezuela y a la cordillera que divisaba:

*Se ve que estas montañas son los hombros de América*

*Aquí sucede algo, nace o se ha muerto algo.*

*Estas carnes sangrientas, peladas, agrietadas,*

*estos huesos veloces, hincándose en las olas,*

*estos precipitados espinazos a los que el viento asesta golpe seco y verde a la cintura.*

*Puede que aquí suceda el silencioso nacimiento o la agonía de las nubes,*

*sombríamente espiadas desde lejos por mil picos furiosos de pájaros piratas,*

*cayendo de improviso lo mismo que cerrados balazos ya difuntos*

*sobre el horror velado de los peces que huyen.*

[….]

*Pero aquí existe un nombre,*
*una fecha*
*un origen.*

*Se ve que estas montañas son los hombros de América*

*Los hombros de la justicia y la convicción*.

Brewer abogado y Brewer académico son, a no dudarlo, la misma persona. En su metodología, en su dedicación y en su pasión por la justicia. Su estudio de los casos siempre ha sido colectivo, con metodología académica, pero con espíritu de combate y con ánimo pedagógico. Algunos de los casos más polémicos en los que le correspondió litigar originaron sendos libros, editados por Brewer en su Editorial Jurídica Venezolana con la participación de los abogados con los que había actuado.

En algunas ocasiones, tanto en reuniones de socios como en conversaciones personales, advertí a Randy sobre su exceso de presencia pública en casos polémicos, en algunos de los cuales la contraparte contaba con poderosos medios publicitarios, que apuntaban sus cañones contra el abogado. Le insistíamos en que el abogado no tiene por qué ser el vocero del cliente ante la opinión pública. Lo mismo hicieron varios socios en el Escritorio. Como esos consejos eran desoídos en la práctica, varios de nosotros le notificamos que nos constituíamos en su "Consejo de Tutela", que se reservaba la previa aprobación de sus declaraciones sobre los casos que litigábamos. Funcionó escasamente, porque el torrente Brewer no podía contenerse a la hora de denunciar los errores de la otra parte, a menudo calificados (con razón) como "disparates". Ese ímpetu, desde luego, le granjeó no pocos enemigos, especialmente porque siempre, o casi siempre, estuvo acompañado de éxitos profesionales rotundos.

Sin saberlo, Allan Brewer me ayudó hace años a plasmar en pocas líneas su vocación profesional como abogado. Un día, comentando con él casi humorísticamente ese peculiar estilo de defender sus causas en todos los frentes arrugó el ceño y me dijo: "*Yo concibo el ejercicio del derecho como un gladiador que lucha por su vida y que por eso mismo tiene que emplear todos su recursos y ganar el combate*". Esa frase sintetiza a Randy Brewer como abo-

gado. Sólido académicamente, como nadie; estratega culto pero pragmático; implacable, pero leal; dedicado a su oficio con la capacidad de trabajo sobrehumana que ha exhibido a lo largo de su vida. Un gladiador apasionado al servicio de la justicia y del cliente que le confió su representación.

***El hombre público***

La presencia de Randy en la opinión pública distó de limitarse a los asuntos profesionales. Por el contrario, fuiste un permanente observador crítico del funcionamiento del sistema jurídico-político venezolano y un promotor activo de reformas destinadas a profundizar la democracia y fortalecer la defensa de los derechos humanos. También en ese campo has luchado como un gladiador.

En 1969 asumiste la Presidencia de la Comisión de Administración Pública, desde la cual impulsaste el más serio intento que se recuerde de modernizar el servicio civil en Venezuela, logrando la sanción de la Ley de Carrera de Carrera Administrativa, como instrumento fundamental para la profesionalización del funcionariado y la garantía de su estabilidad, al margen de los vaivenes de la política y de la alternancia de los partidos en el poder. Una obra que perduró hasta que también fue arrasada en esta era desgraciada que avasalló la democracia venezolana.

Ejerciste como Senador entre 1982 y 1986, elegido como independiente postulado por COPEI, el entonces muy fuerte partido socialcristiano de Venezuela. Cumpliste con intensidad tu función parlamentaria y fuiste el promotor y redactor de la Ley Orgánica de Amparo y sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que era una deuda pendiente del Poder Legislativo con la Constitución venezolana de 1961 y constituyó una herramienta de gran utilidad y frecuente uso para la defensa judicial de los derechos humanos.

Tu opinión siempre es sonora. Te invitaron a ser miembro de la Junta Directiva de "El Nacional", el diario caraqueño más influyente de esa época. Con regularidad ofrecías entrevistas estelares, casi siempre polémicas, porque tu rigor jurídico sobre los temas institucionales no te invitaba a hacer concesiones al interés político subjetivo de los partidos de la época, lo que impulsó que tu prestigio como jurista, académico y hombre público creciera progresivamente. Tanto como la envidia y resentimiento de los intereses presente y futuros que tus conceptos demolían.

A lo largo de tu obra jurídica y de tu vida pública fuiste un pionero de la democratización de nuestro país y de nuestra región. Algunas veces sin trascendencia pública, como tu actuación como experto del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en Chile, para reconstruir el Registro Electoral chileno, destruido por la dictadura pero indispensable para la consulta electoral que puso fin a la era de Pinochet.

Otras más notorias, cuando fuiste convocado por el Presidente venezolano de transición, Ramón José Velásquez, para ocupar un nuevo Ministerio,

el de Descentralización, para poner el práctica tus ideas sobre el tema, y llevar el poder a las comunidades. Ese fue el más importante, si no el único, esfuerzo exitoso para reformar el Estado venezolano en un sentido más democrático y participativo. En los pocos meses que duró aquel Gobierno de transición trabajaste frenéticamente, como solo tú podías hacerlo, en el proyecto descentralizador, que en tiempo record cumplió con el proceso de transferencias del poder central al local y que llevó un nuevo aliento democratizador y esperanzador a las regiones y al ciudadano común, que percibió por primera vez el ejercicio del poder como algo cercano y comprensible. Lamentablemente aquella obra extraordinaria habría de transitar por la prueba de dos caudillos muy distintos, pero ambos centralistas. El primero, Rafael Caldera, civil y demócrata integral, cuyo gobierno respetó la descentralización, aunque no siempre con gran convicción. El segundo, Hugo Chávez, militar y autócrata, que impulsó el estado centralista, militarista y de vocación totalitaria contra el cual también has luchado a un precio muy alto para ti, para todos tus familiares y amigos y para nuestro país.

El sistema político democrático venezolano construido sobre la Constitución de 1961 evidenció un crítico desgaste en la última década del siglo XX. En ese tiempo, un grupo de profesores de derecho público de nuestras universidades propusimos una enmienda a la Constitución para permitir, con apego estricto a las reglas del Estado de derecho, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente para reconstruir la democracia y abrir cauce para efectividad, no solo de los derechos individuales y las libertades públicas, sino los derechos económicos, sociales y culturales. Pero el pueblo eligió un Presidente que también tenía en mente una Constituyente, con designios muy distintos, en términos en los cuales se ignoraba la Constitución de 1961. En medio de una batalla jurídica en la que participamos juntos, la antigua Corte Suprema de Justicia cohonestó el camino inconstitucional escogido por el Presidente y se convocó a elecciones para una Asamblea Constituyente a la medida del régimen.

Aún así, no te arredraste y presentaste tu candidatura individual como independiente, sin el apoyo de ninguna de las ya malogradas organizaciones políticas. Lograste la proeza de ser uno de los cuatro elegidos en aquella Asamblea que no había contado con el apoyo del Presidente Chávez. Tu bien labrado prestigio en la regiones de Venezuela como promotor de la descentralización y tu reconocida trayectoria pública pusieron en tus manos la defensa de los valores de la democracia, del estado de derecho y de los derechos humanos. Pero estabas en minoría. A pesar de tu innegable contribución a la parte dogmática de la Constitución de 1999, hoy letra muerta, salvaste tu voto en 137 de sus artículos y te opusiste al texto final. En una frase sintetizaste tu posición: "un presidencialismo y militarismo nunca vistos" –agrego– en la atormentada historia republicana de Venezuela.

Tu posición valiente y crítica contra el régimen despótico venezolano no fue tolerada por los abanderados de la idea única. La certeza de tus juicios, tu

lucidez y tu prestigio fueron tomados como una amenaza. Y tal vez lo eran. La consigna oficial fue la de neutralizarte a través de una conjura calumniosa que contó con la complicidad de las instancias que estaban llamadas a proteger tus derechos. Destaco la intervención en este acto de Eduardo Ferrer Mac Gregor, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas palabras son la mejor evidencia de la gran injusticia cometida por esa Corte al negarte protección porque no te entregaste a tus verdugos. Recuerdo los nombres de los ilustres juristas que defendieron tu caso, cuya coordinación me confiaste y quienes son figuras reconocidas en los sistemas interamericano y universal de derechos humanos, como lo son Juan Méndez, Claudio Grossman, Helio Bicudo, Douglas Cassel, Hector Faúndez y Carlos Ayala. Moralmente, su criterio avasalla lo decidido por jueces condicionados por la aspiración de uno de ellos a la Secretaría General de la OEA. Lo mismo cabe decir de los votos disidentes de los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles. Por intereses personales, por intereses políticos, por envidia o por perfidia pura y simple, te viste compelido a partir a un largo exilio para preservar tu libertad. Has sido luchador y víctima por la democracia venezolana y has soportado esa pena con el estoicismo de los grandes hombres y sin hacer jamás concesión alguna a tus verdugos. Tu ejemplo perdurará.

Los derechos humanos son, querido Randy, la herramienta de la que nos hemos dotado los seres humanos para liberarnos de la opresión. La historia de la humanidad es también la historia de la lucha contra la opresión, llena de victorias que han dejado atrás períodos oscuros. Por eso, en nuestro combate contra la opresión que padece Venezuela estamos condenados a ganar.

Permítaseme entonces la licencia de tomar prestado a Calderón, cuando en azarosas circunstancias de la vida de Lope de Vega, le dedicó una décima que en estos tiempos es oportuno evocar:

*Aunque la persecución*
*De la envidia tema el sabio,*
*No reciba della agravio;*
*Que es de serlo aprobación.*
*Los que más presumen, son,*
***(Lope)*** *Randy, á los que envidia das,*
*Y en su presunción verás*
*Lo que tus glorias merecen;*
*Pues los que más te engrandecen*
*Son los que te envidian más.*

Queridos amigos, queridas amigas: este es, ante todo, el festejo del cumpleaños de un amigo ilustre, pero es también algo más. No es solo un home-

naje, aunque también lo es. Tampoco una manifestación de júbilo, aunque también lo es. En esencia, más allá de todos esos conceptos, ***es un acto de gratitud***, de inmensa gratitud, Randy, por la forma como has vivido, al lado de Beatriz, tu eterna compañera y mi amiga. Gracias por todo lo que has hecho, por el Derecho y por el bienestar y la democracia en nuestro querido país. Gracias en nombre de tus amigos y colegas de la Universidad Central de Venezuela; gracias en nombre de tus compañeros y amigos de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela; gracias en nombre de las generaciones que han encontrado inspiración en tu magisterio; gracias a tus luchas y a tus sacrificios; gracias por tu obra monumental; gracias, en fin en nombre de quienes hemos tenido el privilegio de haberte acompañado a lo largo de nuestras vidas y que me permito personificar en quien fue tu hermano y cómplice, la no presencia física más dolorosa en este acto, Alberto Baumeister Toledo.

**GRACIAS, RANDY DE TODO CORAZÓN, ¡MUCHAS GRACIAS!**

Madrid, 13 de noviembre de 2019

# I. ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO

## FUNDAMENTOS DEL ESTADO CONVENCIONAL

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE*

### I. INTRODUCCIÓN

El 2019 fue tiempo para conmemorar varias efemérides en el contexto del Derecho, pues se celebraron múltiples aniversarios de instrumentos que han tenido relevancia en el desarrollo del actual orden regional: El primero tuvo lugar, el día 23 de mayo de 2019 con motivo de la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; el segundo, el día 26 de mayo de 2019, en el marco de la celebración de la rúbrica del Tratado del Acuerdo de Cartagena o Acuerdo de integración Subregional Andino; el tercero, el día 28 de mayo de 2019, efeméride de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; el cuarto, el día 27 de junio de 2019, en que se conmemora la adopción del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; el quinto, el día 12 de agosto de 2019, en recuerdo de la asignación de los Convenios de Ginebra, (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; (II) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en el mar; (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y (IV) relativo a la protección debida a las personas

* Abogado y Doctor en Derecho, Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila en Venezuela, Profesor en la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario en Colombia, Miembro de la Secretaria de Redacción de la Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica. Fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Red Internacional de Bienes Públicos. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) Universidad Monteávila (Venezuela). email: victorhernandezmendible@gmail.com

civiles en tiempo de guerra; y el sexto, el día 22 de noviembre de 2019, a propósito de la firma del denominado "Pacto de San José de Costa Rica", que es el nombre con el que también se identifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el último mes mencionado, concretamente el día 13 de noviembre de 2019, el maestro iberoamericano Allan R. Brewer-Carías conmemoró su octogésimo aniversario de vida –junto a su inseparable compañera, la señora Beatriz Leal Donzella–, lo que fue objeto de un especial agasajo por parte de la Universidad Carlos III de Madrid, que a través de la Cátedra iberoamericana de Estudios Jurídicos, que dirige el catedrático Luciano Parejo Alfonso, tomó la iniciativa de organizarlo en la capital española. Tuve el privilegio de ser testigo de excepción de esa memorable jornada, gracias a la generosa invitación de don Luciano.

A esa celebración se sumaron varias iniciativas nacionales, como la presente de Caterina Balasso, Claudia Nikken, Flavia Pesci-Feltri, José I. Hernández y Antonio Silva Aranguren, todos integrantes de la generación de relevo del Derecho Administrativo y que sin duda se cuentan entre los más destacados discípulos nacionales –también los hay a nivel internacional– del maestro iberoamericano. A ellos manifiesto mi agradecimiento por la invitación a participar con estas brevísimas reflexiones que tienen como referencia las obras más recientes del profesor Allan Brewer-Carías, en materia de control de convencionalidad.

Ello así, el planteamiento de esta exposición radica en analizar si a partir de los instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos es posible construir el concepto de Estado Convencional, como producto del proceso *in fieri* de la convencionalización del Derecho.

## II. HACIA UN CONCEPTO DE ESTADO CONVENCIONAL

En el contexto del *corpus iuris* o bloque de convencionalidad, se debe tener en consideración a los fines de la presente propuesta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la que este instrumento internacional centrará el objeto de estas breves palabras. En él se crearon dos órganos convencionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última fue instalada el día 22 de mayo de 1979, en San José de Costa Rica, lo que además supone que también se cumplieron 40 años del inicio de su funcionamiento –como dato curioso hace 60 años, el día 21 de enero de 1959, sesionó por primera vez la Corte Europea de los Derechos del Hombre–, habiendo expedido la Corte Interamericana su primera sentencia el día 26 de junio de 1987, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; mientras que su primera opinión consultiva es del día 24 de septiembre de 1982, en el caso *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

La Corte Interamericana en ejercicio de ambas competencias –la consultiva y la contenciosa– ha ido desarrollando los criterios y los estándares de interpretación y aplicación de lo que se ha calificado como el *Corpus Iuris* de los Derechos Humanos, que estaría conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el resto de los instrumentos que reconocen y protegen tales derechos, que integran el denominado bloque de convencionalidad[2].

Es así como la Corte Interamericana ha ido construyendo el control de convencionalidad sobre tres ejes: (I) filosófico, el principio *pro homine* que constituye a la persona humana en la razón que justifica la existencia del Estado y en el centro de la actuación de sus órganos, para favorecer el ejercicio de los derechos y libertades públicas[3]; (II) orgánico, que en el nivel nacional compete a todos los órganos que ejercen el Poder Público dentro del Estado[4] –ejecutivo, legislativo, judicial– o extra-poder y en el nivel internacional a los órganos creados por los tratados o convenciones[5]; (III) técnico, que supone la

---

2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emplea la expresión "corpus *iuris* de la convencionalidad". Por nuestra parte, bajo la inspiración inicial de Hauriou y posterior de Favoreu, aquí se emplea la expresión "bloque de convencionalidad", que se considera la locución más natural y coherente a los efectos de este trabajo, dado los antecedentes y la conceptuación del empleo de la palabra "bloque" en el contexto jurídico y su natural comprensión para los operadores en el ámbito del Derecho Público. Como predecesores en el uso de la expresión, cabe citar a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Reflexiones sobre el control difuso de constitucionalidad, *Opus Magna Constitucional*, T. III, Instituto de Justicia Constitucional, Guatemala, 2011, pp. 305, 315-316; en este mismo sentido, Jinesta Lobo, Ernesto, Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales, (Coord. Eduardo Ferrer Mc Gregor) *El Control Difuso de Constitucionalidad*, Fundap, Querétaro, 2012; Hernández-Mendible, Víctor Rafael, El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad. Originalidad y desaciertos, *Estudios sobre Control de Convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2015, pp. 141-166, en especial pp. 158, 160. En contra del empleo de la expresión "bloque de la convencionalidad", García Belaunde, Domingo, El control de convencionalidad y sus problemas, *Pensamiento Constitucional* N° 20, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pp.143-144.

3 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, serie A N° 5, párr. 52; Corte IDH, *Caso Wo Ho Wing vs. Perú,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de junio de 2015, serie C N° 297, párr. 126.

4 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párr. 166.

5 Brewer-Carías, Allan R., Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el Derecho Administrativo, (Coord. Víctor Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno) *Hacia un Derecho Administrativo para volver a la Democracia. Liber Amicorum a José R. Araujo-Juárez*, CERECO-

conformación del control en dos niveles: el nacional, que tiene lugar de manera inicial, principal e inmediata; y el internacional, que se despliega de forma subsidiaria, complementaria y mediata[6].

Según esto, la garantía de respeto y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el bloque de convencionalidad se puede realizar a través de dos modalidades de control de convencionalidad. Uno es directo o concentrado, que es competencia exclusiva del propio Tribunal Interamericano[7]; y el otro es indirecto o difuso, que deben realizar todos los órganos que ejercen el Poder Público y los órganos extra-poder que integran la estructura institucional de los Estados, con sujeción tanto a las competencias como a los procedimientos constitucionales y legales establecidos[8].

Este contexto permite deducir que el control de convencionalidad presenta las siguientes características:

1. En principio se trata de un sistema de control preeminentemente subjetivo[9]. Su finalidad principal es reconocer, respetar, proteger y garantizar que las personas puedan ejercer efectivamente sus derechos y libertades públicas. En caso que ello no haya sido debidamente garantizado o que los derechos y las libertades sean vulnerados es posible que sea necesario disponer la reparación a las víctimas. Por supuesto, esto no impide que se le ordene a algún Estado corregir o enmendar una situación inconvencional, aunque no haya afectado hasta ese momento a una determinada víctima[10].

---

CIDEP, Caracas, 2018, pp. 259-279, en especial p. 278; Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C N° 259, párr. 142.

6 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 70.

7 Artículo 33.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párr. 128; Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de febrero de 2019, serie C N° 373, párr. 129.

9 Corte IDH, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, serie A N° 6, párr. 21.

10 Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A N° 14, puntos de la opinión 1; Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C N° 35, párr. 98.

2. Es un sistema mixto de tutela. Hay que tener presente que constituye una obligación convencional[11] y tanto los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias y de los procedimientos constitucionales y legales[12]; como los órganos interamericanos de control de la convencionalidad pueden llevarlo a cabo[13], bien sea a instancia de parte interesada o *motu proprio*, es decir, de oficio[14].

3. Se controlan las funciones estatales. La garantía de ejercicio efectivo de los derechos y las libertades de las personas es una competencia y un deber de los órganos que ejercen el Poder Público, en el ámbito de los respectivos Estados. En consecuencia, tanto el control de convencionalidad intraestatal originario, principal e inmediato (nivel nacional) como el control de convencionalidad extraestatal subsidiario, complementario y mediato (nivel internacional) deben realizarlos los órganos competentes con respecto a las funciones constituyente[15], legislativa[16], reglamentaria[17], administrativa[18] y jurisdiccional[19].

---

11 Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados,* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C N° 169, párr. 77.

12 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párr. 128.

13 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C N° 259, párr. 144.

14 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párr. 129; Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 28 de mayo de 2019, párr. 43.

15 Corte IDH, *Caso Olmedo Bustos (La Última Tentación de Cristo) vs. Chile,* Fondo y Reparaciones, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C N° 73, punto resolutivo 4.

16 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C N° 75, párrs. 41-44; Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Medidas urgentes y supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 28 de mayo de 2019, párr. 43.

17 Corte IDH, Caso *Vélez Loor vs. Panamá,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C N° 218, párr. 286; Corte IDH, Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, serie A N° 23, párr. 146.

18 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos*

4. Constituye un sistema de constatación. Su finalidad es verificar la compatibilidad[20] entre las funciones estatales realizadas por los órganos que ejercen el Poder Público y por los órganos extra-poder, que potencialmente pueden afectar derechos humanos y el denominado bloque de convencionalidad[21]. El comportamiento de cada uno de los órganos del Estado se orienta a comprobar que sus actuaciones y ocasionalmente sus omisiones[22], no afecten o lesionen derechos humanos y evitar así que ello eventualmente pueda comprometer la responsabilidad del Estado; pero de producirse una lesión o afectación a los derechos y libertades que comprometa dicha responsabilidad, que las víctimas sean reparadas íntegramente[23].

5. Se configura como un sistema multinivel. En tal sentido el reconocimiento, respeto, protección, garantía e incluso reparación de los derechos y libertades de las personas, deben realizarlo de manera inicial y principal los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias y de los procedimientos constitucionales y legales (nivel de inicio o primer nivel)[24]. De no alcanzarse la protección o tutela de dichos derechos y libertades en el plano nacional, de manera subsidiaria y complementaria, el control lo realizarán a nivel internacional los órganos interamericanos, externos a la organización

---

*humanos. Ideas fuerza rectoras*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 614-616.

19 Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina,* Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 2011, serie C N° 238, párrs. 105 y 108.

20 Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de octubre de 2015, serie C N° 304, párr. 211; Corte IDH, *Caso Gorigoitía vs. Argentina,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de septiembre de 2019, serie C N° 382, párr. 21.

21 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1° de octubre de 1999, serie A N° 16, párr. 115; Corte IDH, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, serie A N° 23, párr. 45.

22 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párr. 166; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154, párr. 123.

23 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de julio de 1989, serie C N° 7, párr. 26; Corte IDH, *Caso Gorigoitía vs. Argentina,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de septiembre de 2019, serie C N° 382, párr. 60.

24 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párr. 166; Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de febrero de 2019, serie C N° 373, párrs. 73 y 111.

estatal, contemplados en los instrumentos internacionales o regionales de derechos humanos (nivel de cierre o segundo nivel)[25].

6. El sistema es formal. En el nivel nacional, cada autoridad pública debe actuar en el ámbito de los procedimientos constitucionales y legales establecidos por los Estados[26], es decir, como no existe un proceso convencional único[27], los Estados tienen libertad de configuración de los procesos, con sujeción a los principios *pro homine*[28] y con efecto útil[29]. En el nivel internacional, el proceso de convencionalidad debe cumplir con las formas y requisitos de tramitación contemplados en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, a los fines de que pueda ser recibida la presentación del asunto, tramitada y resuelta oportunamente, disponiendo de ser el caso, la reparación que proceda y las garantías de no repetición[30].

7. Consiste en un sistema de *Ius Cogens*. La protección convencional de los derechos y libertades de las personas constituye una garantía que es inderogable e irrenunciable por los órganos nacionales de los Estados, a través de los actos jurídicos internos o de los actos jurídicos de carácter internacional[31]. Una vez instaurado el control de convencionalidad no puede ser suspendido, suprimido, aplicado discrecionalmente, evadido, ignorado o incluso derogado por normas nacionales o internacionales, que puedan privar de efectiva protección a los derechos humanos. A lo sumo podría ser modificado por otra norma de derecho internacional que tenga carácter de *Ius Cogens*.[32] Se trata de una auténtica obligación de cumplimiento inexorable, cuyo desconocimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado.

8. Conforma un sistema jurídico. El control impone la articulación de un auténtico sistema integral, preeminente de derecho público de origen nacio-

---

25 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C N° 259, párr. 143.

26 Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

27 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C N° 276, párr. 124.

28 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220, párr. 233.

29 Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina,* Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C N° 100, párrs. 119 y 142.

30 Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana*, Universidad de La Sabana-Tirant lo Blanc, México, 2014, pp. 197-198.

31 Artículo 53 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

32 Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

nal[33] –constitucional, administrativo, penal, de naturaleza sustantiva y procesal–, como de origen internacional[34] –tratados, pactos, convenciones, protocolos, derecho internacional consuetudinario, los Principios generales del Derecho internacionalmente aceptados, la doctrina científica reconocida y la jurisprudencia de los tribunales internacionales–, todos interpretados y aplicados al reconocimiento, respeto, protección y garantía efectiva de los derechos y libertades públicas.

9. Por último, se trata de un sistema finalista. El control de convencionalidad inicialmente se orienta a que las autoridades nacionales reconozcan, respeten, protejan y garanticen efectivamente los derechos humanos (naturaleza preventiva)[35] y en el supuesto que estos sean lesionados, afectados o violados, entonces las autoridades nacionales deberán avocarse a efectuar la investigación de las presuntas violaciones[36], determinar quiénes fueron los autores de las mismas, garantizar el derecho a conocer la verdad por las víctimas, establecer las responsabilidades que correspondan, disponer la reparación integral a las víctimas y la adopción de las garantías de no repetición[37] (naturaleza represiva y restablecedora)[38]. En el supuesto que ello no ocurra en el nivel de control nacional, quedará expedito el nivel de control internacional.

Son estas características las que conducen a formular la propuesta de construir el concepto de Estado Convencional, entendiendo por tal aquel que cimienta sus raíces en la interpretación y la aplicación de las reglas del Derecho Internacional, del Derecho de los Derechos Humanos y del derecho nacional –fundamentalmente constitucional, administrativo y penal–, para regular la conducta esperada y exigible a los órganos que ejercen el Poder Público y de sus funcionarios, en su obligación de reconocimiento, respeto, protección y garantía efectiva de los derechos humanos, así como de eventual reparación integral a las personas que sean víctimas de violación de tales derechos, por la actividad e inactividad imputable a los órganos del Estado.

---

33 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 340.

34 Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

35 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párrs. 174-175.

36 Corte IDH, *Caso Terrones Silva y otro vs. Perú,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2018, serie C N° 360, párrs. 181-182.

37 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de julio de 1989, serie C N° 7, párr. 26.

38 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 04, párrs. 176-177.

## III. CONSIDERACIONES FINALES

Recordando al psicólogo polaco Kurt Lewin, mundialmente conocido por haber sostenido que "no hay nada más práctico, que una buena teoría", se puede sostener que en el medio siglo de existencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hay mejor manera de construir una teoría sobre los derechos humanos, que no sea a través del estudio de la jurisprudencia y de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha ido creando un *ius praetorium* de la convencionalidad y de su respectivo control.

Es por ello que resulta necesario una exhaustiva investigación desde la aparición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979 hasta el año 2019, en cuyos primeros cuarenta años ha construido la jurisprudencia y las opiniones consultivas que pueden encontrarse en su dirección electrónica[39], algunas de las cuales han sido motivo de tanta controversia en tiempos recientes.

La razón para ello es que el estudio de la jurisprudencia es transcendental en este campo del Derecho Público, pues es esta la que aproxima los tratados, las convenciones, los protocolos, el derecho internacional consuetudinario, las constituciones, las leyes, los Principios generales del Derecho, a la realidad de las sociedades y les brinda auténtica efectividad a los derechos.

Ello exige recopilar, ordenar, sintetizar y sistematizar, los abundantísimos principios y conceptos que han sido alumbrados y desarrollados a lo largo de los últimos cuarenta años, no sin dejar de reconocer el permanente diálogo entre las construcciones jurídicas de los derechos nacionales y el Tribunal Interamericano, así como de este con otros tribunales regionales[40].

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el derecho convencional tiene como objetivo alcanzar un efecto útil41 y para asegurar su efectividad es necesario que sea garantizado desde el nivel nacional, pues mientras no sea aplicado por todas las autoridades nacionales se trata de un derecho de libros, construido por académicos e intelectuales, con un contenido retórico, al menos hasta que alcanza el nivel internacional, que por sus características está llamado a activarse cuando concurren dos circunstancias: La consumación de la lesión o la violación de los derechos y las libertades; y el incumplimiento o defecto de funcionamiento en la reparación a las víctimas en el nivel nacional.

---

39 Corte IDH, http://www.corteidh.or.cr/

40 Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

41 Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina,* Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C N° 100, párrs. 119 y 142.

En fin, el Estado Convencional constituye un modelo de organización estatal más comprometido y consciente de garantizar la efectiva protección y ejercicio de los derechos humanos a través de la aplicación del control de convencionalidad, tanto por los órganos que ejercen el Poder Público, como por los extra-poder en los contextos nacionales.

# LA FIGURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICO Y CONVENCIONAL
# DOS IDEAS BÁSICAS EN LA OBRA DE ALLAN BREWER-CARÍAS

Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA*

## I. INTRODUCCIÓN. ALLAN R. BREWER-CARÍAS IDEÓLOGO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL; MAESTRO Y CONSTRUCTOR DE DEMOCRACIA; CULTOR DEL ORDEN CONVENCIONAL

1. Desentrañar el concepto del Estado constitucional en sus finas intimidades y traducirlas al lenguaje del Derecho público vivencial constituye indudablemente uno de los aportes más importantes y significativos de la doctrina del profesor Allan R. Brewer-Carías, su inmensa obra se apuntala inamovible en uno de los mayores paradigmas jurídicos de la humanidad: la del Estado constitucional[1]. Acercarse a cada una de las sólidas ideas y profundos conceptos de su inmensa obra jurídica significa para el estudioso descubrir, con el mejor estilo, claridad y fortaleza, las bases de nuestro ordenamiento jurídico, la razonabilidad de un orden de normas, principios y valores que nos dignifican e introducen en una militancia permanente y activa en torno a las ideas democráticas y republicanas como las únicas válidas para garantizar la paz y el bienestar de nuestras sociedades.

2. Indudablemente, Brewer-Carías nos educa en un activismo irreprochable en torno al constitucionalismo y la convencionalidad. Precisamente, sin perder nunca el horizonte de sus principios fundantes y razones históricas que dieron lugar a la configuración del Estado constitucional, destaca como

---

* Profesor Emérito de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia.

1 Para las presentes reflexiones, ha sido consultada la inmensa y trascendental obra del profesor Allan R. Brewer-Carías Colección *"Tratado de Derecho Constitucional"*, en XVI volúmenes, el último de los cuales aparece referenciado en el año 2017, publicados por la Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - Venezuela.

razón superlativa en la construcción del concepto su inmenso vínculo con el orden jurídico dentro del cual imbrica de manera natural y obvia bajo consideraciones monistas la convencionalidad, haciendo, por lo tanto, del derecho la base de la convivencia, el orden y el progreso reivindicando para el efecto una institucionalidad democrática al servicio de la humanidad.

3. Brewer-Carías se torna bajo estas consideraciones en un ideólogo, maestro y constructor permanente del Estado constitucional, democrático y convencional como instrumento de lucha idónea y civilizada frente a las desfiguraciones autoritarias y despóticas que humillan y someten a las personas rompiendo injustamente la libertad. Se declara contradictor natural de cualquier forma de absolutismo, autocracia o concentraciones antidemocráticas del poder.

## II. CONTENIDO. DOS IDEAS RECTORAS EN TORNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

### 1. *Ideas fundantes del concepto de Estado constitucional y convencional*

4. En este sentido y para estos efectos, propone a lo largo de su obra y en línea persistente un concepto de Estado constitucional, solo entendible materialmente en cuanto estructura jurídica teleológica, sumida en parámetros democráticos, sociales y absolutamente regida por la idea básica de la separación de poderes; garante, entre otros bienes y valores, como los de la paz, el orden jurídico, la justicia y derechos, como los subjetivos en todas sus dimensiones, al igual que de la libertad; comprometido con el progreso del hombre y la sociedad; respetuoso de sus compromisos con la comunidad internacional, los derechos humanos, el mercado, la iniciativa privada, la competencia económica; bajo el contexto disciplinar de controles reales contenedores de la arbitrariedad y el despotismo[2].

5. Bajo estas líneas imperativas de su pensamiento, se ampara uno de los mayores aportes a la teoría del Estado constitucional, por lo menos desde la perspectiva del pensamiento clásico del derecho público latinoamericano, la de entender esta magna construcción conforme a presupuestos convencionales. Reivindicando la esencia del pensamiento político y jurídico de Kant[3] y

---

2 Brewer-Carías*, Allan R. Instituciones Políticas y Constitucionales,* T. I, Evolución Histórica del Estado, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas - San Cristóbal, 1996, p. 43 a 163.

3 Kant, Immanuel. *La Paz Perpetua.* Hemos utilizado para el análisis efectuado en esta presentación la edición de "La Paz Perpetua" de Kant subida en traducción libre y pública en la siguiente pagina de la Red: https://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf

de Kelsen[4], Brewer-Carías entiende como de la naturaleza misma del Estado constitucional su irremediable articulación, bajo consideraciones monistas, con el régimen sustancial derivado del derecho convencional, lo que se hace ostensible en los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a partir de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del desarrollo que este órgano judicial le ha imprimido al control de convencionalidad como instrumento vital para la justificación material del Estado de derecho y la democracia.[5]

6. El derecho no se agota en el derecho nacional y la soberanía absoluta es una ficción irrealizable perturbadora de la integración natural de los pueblos y naciones, que aísla y permite engendros autoritarios y negaciones de los derechos fundamentales del hombre y de la humanidad, de aquí los peligros advertidos por Allan Brewer-Carías en relación con la desconstitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.[6]

7. El verdadero Estado constitucional es aquel que rompe estas barreras y perjuicios y conduce a las naciones, en palabras de Kant, en torno a un verdadero *"derecho público de la humanidad"*[7], permitiendo reclamar cualquier violación a un derecho en cualquier rincón del planeta. Para Allan Brewer-Carías, estas máximas no le son extrañas, todo lo contrario, constituyen elementos vitales de su ideario político y jurídico[8], precisamente destaca que, "*...Algo…que ha adquirido tanta notoriedad en los últimos años, … si bien no es tan viejo como el mundo, sí podemos considerar que es tan viejo como la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos…",*

---

4 Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado,* Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 462 a 567.

5 Brewer-Carías, Allan R. El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos, Texto preparado para la exposición en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación, San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012. https://allanbrewer Carías.com/wp-content/uploads/2012/09/1107-1-1055-EL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-por-la-Corte-IDH-Y-AMPARO-18-sept.-2012.doc.pdf

6 Brewer-Carías, Allan R. *Estado Totalitario y Desprecio de la Ley. La Desconstitucionalización, Desjuridificación, Desjudicialización y Desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 148 y 149; 495 a 529.

7 Kant, Immanuel. *La Paz Perpetua, Op. Cit*.

8 Brewer-Carías, Allan R. "Derecho Administrativo y el control de convencionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, V. 67, N° 268, 2017.

mostrándonos en consecuencia el sendero convencional como el correcto para el entendimiento integral del Estado constitucional.[9]

8. Brewer-Carías se torna entonces en un soñador del derecho internacional y de sus bondades para la humanidad en claves de repudio a toda manifestación de violación de sus mínimos de convivencia y de respeto al hombre y sus derechos. Su propuesta en este aspecto no admite tacha moral o política. Propone leer y aplicar las bases constructivas del Estado constitucional y sus desarrollos normativos legales, administrativos y judiciales a la luz y conforme al orden jurídico convencional, algo que dentro de la estructura dogmática de su vasta obra no puede ser calificado más que obvio.[10]

9. Precisamente al ahondar en las razones de esta línea de pensamiento y referirlas a su Venezuela del alma, encuentra que ya los jueces de la Venezuela democrática diseñada en la Constitución Política 1961 (mucho antes de entrar a regir en nuestros países la Convención Americana de Derechos Humanos y con ostensible anterioridad a que se hablara con tanta propiedad como se hace hoy del control de convencionalidad) venían aplicando un particular e innominado control con fundamento en el artículo 49 de esta Carta Política en defensa del goce y ejercicio de las garantías constitucionales. Desde la década de los sesenta, "…*algunos jueces de instancia comenzaran a admitir acciones de amparo para proteger otras libertades o garantías distintas de la libertad individual",* lo cual denota lo obvio del respeto y prevalencia en el derecho interno a los derechos humanos en contexto de convencionalidad. Control desafortunadamente frustrado y negado en la hora actual de Venezuela por los jueces y autoridades de la dictadura.[11]

### 2. *Ideas fundantes del concepto de democracia dificultades, desfiguraciones y peligros*

10. El aporte de toda esta construcción jurídica y política de Allan Brewer-Carías afortunadamente para los juristas de América y del mundo entero no cesa, imprimiéndole a la discusión y problemática siempre creciente en torno al Estado constitucional su vínculo inescindible con la convencionalidad y el concepto de democracia, dinámicas progresistas, sustancialmente dialécticas, profundamente críticas de los fenómenos y sucesos que moldea-

---

9 Brewer-Carías, Allan R. *El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos*, *Op. Cit*.

10 Brewer-Carías, Allan R. *Estado Totalitario y Desprecio de la Ley, La Desconstitucionalización, Desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, Op. Cit*, pp. 148 y 149; 495 a 529.

11 Brewer-Carías, Allan R. *El Control de Convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos, Op. Cit.*

ron esta monumental creación de nuestra cultura jurídica, sin embargo, dentro de este contexto resulta significativo el énfasis y despliegue permanente que el profesor hace de la idea democrática, concepto que irradia integralmente todas sus líneas de pensamiento y las respuestas a todos sus cuestionamientos.[12]

11. Allan Brewer-Carías en este sentido se constituye en un indiscutible ideólogo del Estado democrático de derecho en América Latina, el más profundo de sus analistas y crítico permanente de sus desvíos y frustraciones. Su persistencia en el concepto de democracia como elemento articulador fundamental de toda referencia al Estado constitucional y convencional es ante todo doctrinaria. Podríamos afirmar sin lugar a equívocos, que Allan R. Brewer-Carías es un purista en todo el sentido de la palabra, en relación con la razonabilidad del concepto de democracia y su incidencia en la construcción de las instituciones dentro del Estado de derecho. En diversos escritos, de épocas diferentes, sin perder el rumbo de los principios en la materia, nos advierte con autoridad que la democracia es una forma de convivir en institucionalidad bajo la cultura de los límites al ejercicio del poder y el consecuente respeto a los derechos. Es un aporte cultural, hecho por las delicadas manos del pensamiento humano para disfrutar de los bienes de la vida en libertad, con la plenitud de los derechos subjetivos y sin el yugo amargo de la estupidez de los autócratas.[13]

12. El núcleo central de su pensamiento es sencillo y absolutamente entendible como debe ser el lenguaje de todo demócrata: "…*la democracia como régimen político sólo puede funcionar en un sistema constitucional de Estado de derecho en el cual se tome efectivamente en cuenta con todas sus consecuencias políticas*", estas son, entre otras, (i) la de aceptar sin limitación alguna la idea del no abuso del poder; (ii) reivindicar de manera permanente y en cualquier instancia el concepto de límites sustanciales y verdaderos al actuar de cualquier autoridad en escenarios reales de división de poderes; (iii) la negación absoluta del despotismo y la autocracia o cualquier deformación que se le parezca, en consecuencia; (iv) el disfrute del hombre de su libertad sin más límites que las del interés general y nunca la de los intereses mezquinos e ilegítimos del tirano.[14]

---

12 Brewer-Carías, Allan R. *"Tratado de Derecho Constitucional*", Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Volumen VII, Caracas Venezuela, 2014, p. 117 a 315.

13 Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Constitucional*, Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Volumen VII, Caracas Venezuela, 2014, p. 276 y ss.

14 Brewer-Carías, Allan R. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela*. Escrito elaborado partiendo del texto de la ponencia presentada al IX Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Associação Brasileira dos Constitucionalistas Demócratas, Seção Bra-

13. La pureza de estas enseñanzas, como bien lo destaca, devienen de fuentes doctrinales claras y del más profundo valor histórico y político: (i) de la ya "… *clásica y clara advertencia que décadas antes de la Revolución Francesa había legado al mundo, Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu: "Es una experiencia eterna –decía– que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace hasta que encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder limite al poder…".* y (ii) de la experiencia revolucionaria y constitucional norteamericana donde precisamente postularon la idea democrática y republicana de gobierno representativo a partir de 1776, como fórmula adecuada y precisa para enfrentar y controvertir constitucionalmente el concepto de monarquía absoluta hereditaria, en lo que sostiene Brewer-Carías, jugó *"... un papel fundamental los escritos de Thomas Paine, sin duda, el ideólogo más importante de la independencia norteamericana…",* quien postuló precisamente el reproche y negación de todo lo que institucionalmente representaba el régimen inglés y la necesidad de no seguir su ejemplo en la construcción del nuevo Estado norteamericano; "…*el nuevo régimen político a establecer no podía ser el de la "locura del Gobierno hereditario de los reyes," o de "la absurdidad de la sucesión hereditaria," la cual consideró en su obra Common Sense, como "un insulto y una imposición sobre la posteridad, porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno por su nacimiento pudo tener un derecho para establecer para siempre su misma familia con una perpetua preferencia sobre todas las demás."*[15]

14. Conforme a estas ideas doctrinales, entiende Allan R. Brewer-Carías que construir y mantener un orden democrático dentro del Estado constitucional es una tarea difícil y de profunda persistencia en sus valores y principios para lo cual no se puede perder nunca de vista la concurrencia de los siguientes elementos: (i) asegurar el gobierno del pueblo, titular de la soberanía, sea en forma indirecta a través de representantes, o bien mediante instrumentos para su ejercicio directo; (ii) reivindicar un real y efectivo Estado de derecho, donde se garantice la prevalencia de sistema político constitucional que impida el abuso de quienes ejercen el poder estatal, división efectiva del poder, existencia de controles reales que impidan el auge de la arbitrariedad; (iii) respeto real y material a la voluntad popular; (iv) vigencia plena y eficaz

---

sileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, Academia Brasileira de Direito Constitucional, 11-15 de noviembre 2006, Curitiba, Paraná, Brasil. https://allanbrewerCarías.com/wp-content/uploads/2007/09/1006.-I-1-947.-Estado-democrático-de-derecho-y-autoritarismo-en-Venezuela-Curit%C3%ADba-2006.pdf

[15] Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2007, p. 83 a 195.

de los derechos humanos; (v) garantía efectiva del pluralismo político; (vi) alternabilidad real y republicana en el ejercicio del poder político; y en fin, (vii) sometimiento material del Estado y todas sus autoridades, funcionarios y órganos al derecho, entendiendo incorporado dentro de éste el orden jurídico convencional en los términos y condiciones de los tratados internacionales y del derecho internacional consuetudinario.[16]

15. En esta línea de pensamiento, el ordenamiento jurídico convencional juega un papel importante en la consolidación de la base y concepto democrático en la obra de Allan Brewer-Carías. La democracia en los términos expuestos guarda relación material con los valores del derecho internacional de los derechos humanos. El propósito y finalidad prevalente del ordenamiento convencional es el mantenimiento y garantía permanente del sistema democrático y republicano de gobierno. En sus reflexiones al respecto, considera como una verdad incontrovertible la del papel estelar que juegan en su consolidación los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también la labor constructiva de instrumentos como la Carta Democrática Interamericana de 2001, que determinó a nivel del consenso regional los elementos fundamentales del concepto de democracia representativa, constituyéndose en un referente esencial para la lectura y vigencia de las ideas democráticas en nuestros países. [17]

16. De sus artículos 3 y 4, deduce Brewer-Carías las siguientes 11 ideas rectoras interamericanas sobre democracia, en su consideración de observancia irremediable por los países para ser calificados en la región con estructuras constitucionales verdaderamente democráticas: "*(i) respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; (ii) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; (iii) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; (iv) régimen plural de partidos y organizaciones políticas; (v) la necesaria existencia –dice– de "la separación e independencia de los poderes públicos"; (vi) la transparencia de las actividades gubernamentales; (vii) la probidad; (viii) la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; (ix) el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; (x) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; (xi) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad."*

---

16 Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Constitucional*, Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Volumen VII, Caracas Venezuela, 2014.

17 Brewer-Carías, Allan R. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela. Op. Cit.*

17. No obstante esta maravillosa creación doctrinal, Allan R. Brewer-Carías reconoce múltiples dificultades y desviaciones profundas en la búsqueda y consolidación de una sustantividad democrática regional, generando a lo largo de su obra un catálogo de irregularidades y perversiones a la democracia y de contera al concepto de Estado constitucional que ponen en peligro no solo su vigencia, sino también los valores vitales del hombre en sociedad. [18]

18. De los múltiples trabajos al respecto, podemos reconstruir las ideas básicas y centrales de este catálogo negro de prácticas y mecanismos lesivos al orden constitucional y convencional en los siguientes términos: (i) proliferación de discursos autoritarios y populistas en quienes ejercen el poder; (ii) la mentira como política de Estado y negación de la transparencia; (iii) desquiciamiento de la administración pública; (iv) proliferación de mecanismos y métodos dirigidos a generar inseguridad en el respeto y acatamiento de los derechos humanos, desconocimiento pleno de la convencionalidad y del derecho internacional consuetudinario; (iii) ausencia material y real de la separación de poderes; (v) surgimiento de un nuevo modelo de Estado autoritario que no tiene su origen inmediato en un golpe de Estado militar, como ocurrió en el transcurso de las décadas del siglo pasado, sino en elecciones populares; (vi) demasiada concentración y centralización del poder, sin controles efectivos, así se tenga origen popular. "*Si no hay controles efectivos sobre los gobernantes, y peor aún, si estos tienen o creen tener apoyo popular, inevitablemente conduce a la corta o a la larga a la tiranía"*; (vii) centralización del poder y ausencia efectiva de participación política; (viii) concentración del poder y autoritarismo constitucional; (ix) la reelección presidencial indefinida. La idea democrática restringe por su misma naturaleza el ejercicio del poder sin temporalidad. Le es ínsito a este sistema *"limitar los mandatos presidenciales en el tiempo y en su repetición, de manera de evitar que amparados en la reelección presidencial surgieran "nuevas monarquías" incluso semi hereditarias, con "príncipes" y "cortesanos" incluidos, no de sangre, sino basadas en supuestas elecciones no siempre libres, ni directas, ni transparentes, y en todo un andamiaje de adulación servil al jefe"*; (x) desconocimiento recurrente de la voluntad popular; (xi) el asalto al poder y la consolidación del Estado criminal; (xii) la perversión del Estado de derecho por el juez constitucional. Ruptura y abandono del sendero de la justicia; (xii) manipulación y pérdida de rumbo de la democracia participativa.[19]

---

[18] Brewer-Carías, Allan R. *Estado Totalitario y Desprecio de la Ley. La Desconstitucionalización, Desjuridificación, Desjudicialización y Desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho público, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

[19] Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Constitucional*, Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica Venezolana, Volumen XVI, Caracas Venezuela, 2017.

19. Especial capítulo de su obra ha dedicado Brewer-Carías a Venezuela, mostrándonos a lo largo de la misma el calvario de una Nación digna en un Estado a la deriva y sin rumbo institucional, capturada por usurpadores y autócratas sin vergüenza alguna, que han asaltado el poder y consolidado un verdadero "Estado criminal", desconociendo el orden constitucional e implantando un modelo de facto dictatorial, agresivo, vulnerador de derecho y garantías, mafioso, determinadores y gestores del colapso absoluto del orden convencional y la paz.[20]

20. En sus estudios sobre el abandono total del Estado constitucional en Venezuela, nos presenta el cuadro indeseable y oscuro de una situación de facto prolongada y absurda en la cual concurren en absoluto la totalidad de circunstancias de ruptura al ordenamiento jurídico y la democracia identificadas en el catálogo de los numerales anteriores y todas aquellas otras que la imaginación política y jurídica nos permitan identificar y que seguro saldrán a la luz cuando la democracia vuelva a surgir. En palabras de Brewer-Carías *"… Y allí radican, precisamente, los problemas del declarado Estado de derecho y de la supuesta democracia en Venezuela, la cual tiene su deformación en el propio texto constitucional de 1999, en el cual, lamentablemente, se estableció el esquema institucional que ha permitido la concentración del poder, alentando el autoritarismo y eliminando toda forma de control del poder; y que ha igualmente permitido la centralización del poder, iniciando el proceso de desmantelamiento del federalismo y del municipalismo, reforzando el mismo autoritarismo, distorsionando la posibilidad de participación política efectiva a pesar de los mecanismos de democracia directa que se recogieron. Es un ejemplo constitucional de autoritarismo constitucional con origen electoral, el cual, sin embargo, constituye la negación de lo que debe ser un Estado democrático de derecho…"*[21]

## III. CONCLUSIONES

21. Brewer-Carías en su extensa obra no solo es descriptivo, algo que lo caracteriza es su capacidad analítica, crítica, propositiva y conclusiva, en especial con los temas abordados en este escrito que constituyen la columna vertebral de sus trabajos sobre el derecho público en general y estructuran el más valioso de sus aportes a la cultura jurídica de nuestros países. Del estudio en contexto de sus aportes bibliográficos, podemos exponer las siguientes conclusiones:

---

20 Brewer-Carías, Allan R. *Transición a la Democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Miami/Caracas, 2019.

21 Brewer-Carías, Allan R. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela. Op. Cit.*

22. (i) Un Estado lo es verdaderamente constitucional, democrático y convencional en la medida que posea una constitución política real, verdadera, sustancial que garantice todos y cada uno de los elementos que la historia de la humanidad ha construido en relación con el constitucionalismo material y que la doctrina, expuesta en la obra de Allan R. Brewer-Carías, retoma de manera ejemplar como el deber ser de la institucionalidad real para nuestras sociedades que hace viable todas las aspiraciones de la misma, lo cual solo es posible si el sistema constitucional y los controles diseñados en ella evitan la configuración de algunas de las hipótesis lesivas al ordenamiento jurídico y señaladas en el numeral 18 del presente estudio, casuística negativa desde cualquier perspectiva, que en palabras del profesor son lesivas a la existencia de un verdad Estado de derecho. De manera especial en sus trabajos agrega las siguientes:

23. (ii) El Estado constitucional, democrático y convencional debe garantizarse materialmente, esto es, bajo parámetros reales y de efectividad: "*... Para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de "democracia participativa y protagónica" o de descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares. Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de derecho..."* [22]

24. (iii) El Estado constitucional, democrático y convencional debe ser fundamentalmente un Estado de controles efectivos, reales, que garanticen la división de poderes y eviten la concentración del mismo y la generación de autocracias reprochables."… *Pero, además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funcione el régimen democrático, permita efectivamente el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo. Es la única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos…"*[23]

25. (iv) El Estado constitucional, democrático y convencional para que lo sea realmente debe ser un Estado de distribución efectiva de poderes, responsabilidades, funciones. El peor de los venenos para el constitucionalismo, la democracia y el orden convencional lo es el de la concentración desmedida del poder: *"... Y el control del Poder del Estado en un Estado*

---

22 Brewer-Carías, Allan R. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela. Op. Cit.*

23 Brewer-Carías, Allan R. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela. Op. Cit.*

*democrático de derecho sólo se puede lograr dividiendo, separando y distribuyendo el Poder Público, sea horizontalmente mediante la garantía de la autonomía e independencia de los diversos poderes del Estado, para evitar la concentración del poder; sea verticalmente, mediante su distribución o desparramamiento en el territorio del Estado, creando entidades políticas autónomas con representantes electos mediante sufragio, para evitar su centralización. La concentración del poder al igual que su centralización, por tanto, son estructuras estatales esencialmente anti-democráticas…"*[24]

Altos de Potosí, Guasca, Colombia, 14 de octubre de 2019.

[24] Brewer-Carías, Allan R. *El Estado Democrático de Derecho y los Nuevos Autoritarismos Constitucionales en América Latina: El Caso de Venezuela, Op. Cit.*

# REFLEXIONES SOBRE EL «ESTADO DE DERECHO Y DE JUSTICIA»

María Alejandra CORREA MARTÍN*

La noción de Estado de Derecho constituye un concepto fundamental de la modernidad, define a la organización política de una sociedad regida por el principio de la legalidad, la separación de poderes y el control institucional de la sujeción de todos a un orden jurídico, en el cual se consagren y garanticen efectivamente los derechos y libertades fundamentales.

Desde su aparición en el constitucionalismo alemán, la noción se ha ido perfeccionando y se le han adicionado calificativos, cuya pertinencia suscita algunos cuestionamientos. Por una parte, ha evolucionado como respuesta a la necesidad de asegurarse que el orden jurídico alcance un mínimo de condiciones sustantivas de validez, vinculado a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, a fin de evitar que a partir del cumplimiento de unas formalidades, se pueda considerar Estado de Derecho a un orden que contemple normas que resulten irracionales o claramente injustas o contrarias a los derechos humanos; de manera que un paso en la evolución del Estado de Derecho es el de no ser un Estado con cualquier Derecho, sino aquel en el que efectivamente se reconozcan y asegure la protección de los derechos del hombre y del ciudadano[1].

Existe cierto consenso en considerar redundante referirse al Estado de Derecho como un Estado Constitucional de Derecho o un Estado Democráti-

---

* Abogada Universidad Central de Venezuela (1993), DEA Droit Public, Université Paris V, René Descartes (1994), DEA Science administrative, Université Paris II, Panthéon-Assas (1998), profesora en la Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteávila.

1 La idea de una legalidad sustancial, en el sentido del sometimiento de la ley a vínculos ya no solamente formales, sino en su contenido derivados de la condición irrestricta de respeto de las libertades y derechos fundamentales, corresponde a la noción de Constitución material, plasmada en artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 (*"Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución"),* que resurgió con mucha más contundencia a mitad del siglo pasado, en respuesta a las corrientes positivistas formales. Véase en ese sentido Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 66.

co de Derecho, en la medida que actualmente no se admite que puede haber Estado, sin una referencia constitucional, entendida como verdadera norma jurídica y no mero pacto político, por una parte o que, por otra parte, esa referencia constitucional no contemple como principio el respeto y garantía de las libertades y derechos fundamentales, entendiendo la democracia como el sistema de respeto de los derechos fundamentales de todos, incluidos los grupos políticamente minoritarios[2].

No ocurre lo mismo cuando a la expresión Estado de Derecho se le agregan otros calificativos, como el carácter social o de justicia.

Las discrepancias en torno al carácter social están marcadas principalmente por consideraciones ideológicas[3], mientras que el aditivo *de justicia* responde a una formulación más objetiva o neutral.

## I. EL DERECHO A LA JUSTICIA

"*El Estado de Derecho reposa sobre la confianza absoluta depositada en el Derecho, con el cual contamos para limitar a un Estado del cual, por el contrario, desconfiamos*"[4]. Esa afirmación, utilizada por el autor Jacques Chevallier para afirmar que no ha sido por azar que el tema del Estado de Derecho haya reaparecido con la crisis del Estado providencia, que invertía esa relación de confianza, al hacer del Derecho un instrumento de acción, al servicio de un Estado al que se le considera dotado de una buena voluntad como principio, sirve para explicar por qué el Estado de Derecho evoluciona

---

2 "*La democracia no se define ni por la participación ni por el consenso, sino por el respeto de las libertades y de la diversidad*" Tourraine, Alain, Qu´est-ce que la démocratie?, Fayard, Paris, 1994, p. 24.

3 La idea inicial de libertad, como poder de autodeterminación, en la que cada hombre debía ser libre y su potestad para decidir sobre sus acciones solamente encontraría límite en el deber de no entorpecer la libertad del otro, se ha ido ampliando y diversificando en la medida que el hombre exige socialmente otras cosas y las exige concretamente del Estado. *Jean Rivero* explica que las libertades han evolucionado ampliándose en la consagración de derechos a prestaciones concretas, porque el hombre en sociedad exige no solamente que se le reconozca su libertad de actuar, sino que a su vez exige un mínimo de seguridades materiales que implican protección de la salud, acceso a la educación, a la alimentación, a los medicamentos, empleo remunerado, salario digno, bienestar, cultura, recreación, todo lo cual surge como "*elementos esenciales que condicionan el desarrollo del hombre a quien se le reconoce jurídicamente la posibilidad de exigirlo a la sociedad. Así la categoría de los derechos del hombre se duplica: los poderes de exigir, que confieren al su titular un derecho contra el Estado, a los cuales se yuxtaponen los poderes de actuar que constituyen las libertades tradicionales"* (Traducción Libre de: Rivero, Jean*, Les LibertésPúbliques.* PUF, T. I, Paris, 1978, p. 115).

4 Chevallier, Chaques*, L´État de Droit*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 135.

a un Estado de Justicia, en el sentido de confiar a la decisión racional en Derecho impuesta por los jueces, los conflictos que surjan respecto del Derecho que rige al Estado.

Estado de Derecho y de Justicia, no es más que un Estado en el que existe un control judicial plenario, que alcanza a los conflictos constitucionales; es reafirmar la necesidad de hacer imperar el Derecho coactivamente, a través de la institución judicial, cuando es inobservado en la dinámica de las relaciones entre el poder y la política, o éstas no se logran resolver a través de los mecanismos propios de esa dinámica, sometiéndose a una decisión judicial la resolución de los conflictos entre las autoridades del Poder Público.

El control judicial reafirma la supremacía del Derecho sobre la política, como es lo propio del Estado de Derecho, o la aspiración de pasar por el prisma del Derecho la acción política. Los gobernantes y agentes públicos deben someterse por convicción y compromiso de servicio a los límites establecidos en la Constitución y la ley y generar en la sociedad credibilidad suficiente; sin embargo, sin declinar esa aspiración, sería cándido pensar que al Derecho le bastaría enunciar el principio pluralidad política, democracia y sujeción a la legalidad; es menester contar con los contrapesos que garanticen la vigencia de esos principios y lo que ellos implican.

Se hace necesaria una justicia institucionalizada, ante la cual se pueda impugnar y hacer valer la responsabilidad de las autoridades del Poder Público que no respeten los límites constitucionales y legales, al no sujetarse a ellos en el ejercicio de sus atribuciones, así como, ante la cual plantear los conflictos políticos respecto de los cuales no se logran los consensos necesarios.

El adjetivo *de justicia*, agregado a la denominación Estado de Derecho no cambia su contenido, no implica autorizar la sustitución del Derecho por una interpretación degenerada[5] o arbitraria de los jueces. Estado de Derecho y de Justicia no debe entenderse como sinónimo de un Estado donde el Derecho es lo que los jueces sentencien, al menos ese no es el modelo de Estado de Derecho y de Justicia que el profesor Allan R. Brewer-Carías ha venido promoviendo. En sus reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina, se lee:

> "*El Estado está sometido al derecho y es el responsable del establecimiento del ordenamiento jurídico que rige las actuaciones y relaciones entre los particulares.*
>
> *Por ello, para que exista un auténtico Estado de Derecho se necesita, en primer lugar, leyes justas de aplicación general; y en segundo lugar jueces*

[5] El calificativo corresponde al vocablo utilizado por Rüthers, Bernd, en la obra *Derecho Degenerado, Teoría Jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich,* Madrid, Marcial Pons, 2016, refiriéndose a las tergiversaciones jurisprudenciales y doctrinales del Derecho.

*justos llamados a asegurar su ejecución. Orden jurídico y justicia son la esencia del Estado de Derecho*" [6].

Así entendido, el Estado de Derecho y de Justicia es aquél en se puede exigir ante los órganos jurisdiccionales la observancia del Derecho; un Estado que cuente con un sistema judicial de control de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos del Poder Público, tema que ha sido desarrollado por el profesor Brewer Carías, tanto en sus obras estrictamente jurídicas, como en las que se ha dedicado al estudio de la historia constitucional de Venezuela, enriqueciendo su análisis jurídico con referencias y explicaciones sobre el contexto histórico en el que ha operado en nuestro país.

El artículo 2 de la Constitución venezolana de 1999 recoge la fórmula del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, conforme a la denominación que propuso el profesor Brewer-Carías[7], entendiendo por Estado de Justicia aquél en el que se garantiza la justicia al regular expresamente el derecho de acceder a la justicia y a la obtención de una tutela judicial efectiva.

En lo público, la judicialización del control institucional de los actos del Poder Público se concreta en la jurisdicción contencioso-administrativa y en la jurisdicción constitucional, ambas ejercidas en Venezuela por órganos del Poder Judicial, perfilado, al menos en teoría, como un *Estado de Derecho y de Justicia*, lo cual debería ser un rasgo de evolución, si entendemos que esa justicia lo que busca es someter efectivamente el poder del Estado al derecho, juzgar a las autoridades y hacerlas responsables de sus actos, evolución en el sentido expresado por, García de Enterría, al afirmar,

"*No es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política, o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reconducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido, pero sí lo es, sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada*"[8].

En un Estado sin control judicial difícilmente podrá imperar el Derecho. El profesor Brewer Carías ha promovido la idea de un Estado de Derecho y

---

6 Conferencia del profesor Allan R. Brewer Carías en el Foro Iberoamericano: Democracia, Valores Éticos y Estado de Derecho, Caracas, agosto de 1997, publicada en la *Revista de Derecho Administrativo* N° 1, Sep-Dic. 1997, p. 41.

7 Brewer-Carías, Allan R. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* T. II, (9 de septiembre-17 de octubre 1999), Caracas 1999, p. 21 y ss. Del mismo autor, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 47-48

8 García de Enterría, Eduardo*. La lucha contra las inmunidades del Poder,* Civitas, Madrid, 1995 p. 12.

de Justicia, insistiendo en que el control judicial es el mecanismo institucional por excelencia del Estado de Derecho.

> "*En el mundo contemporáneo, el signo más característico del Estado de Derecho o del Estado sometido al Derecho, sin duda, es la existencia de un sistema de control judicial de la conformidad con el derecho de todos los actos estatales, lo cual se aplica no sólo a los actos administrativos, a través del tradicional control contencioso-administrativo, sino a las leyes, a través de un sistema de justicia constitucional. Este principio, que hoy puede considerarse elemental y que tiene sus raíces en el constitucionalismo norteamericano, sin embargo, es relativamente reciente en Europa continental, donde la noción de Constitución rígida, el principio de su supremacía, la garantía de la nulidad de los actos estatales que la vulneren, la consagración constitucional de los derechos fundamentales, y la consideración de la Constitución como norma de derecho positivo directamente aplicable a los ciudadanos son también nociones y principios relativamente nuevos*".[9]

El control de la constitucionalidad ha estado arraigado en el constitucionalismo latinoamericano, de manera particular en Venezuela, mucho antes que en Europa, como lo reseña el profesor Brewer-Carías, a partir de sus investigaciones, marcadas por su interés en el estudio de la historia constitucional, que lo han llevado a analizar *Las declaraciones de Derechos del Pueblo y del Hombre de 1811*[10]*,* mostrando cómo, desde los *Documentos Constitucionales de la Independencia 1811*[11] y a través de la *Historia Constitucional de Venezuela*[12], se fue consolidando *El Sistema Mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*[13]*,* caracterizado por la consagra-

---

9 Brewer-Carías, Allan R. *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, colección Administración Pública en América Latina, Madrid, 1987, p. 9.

10 Publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Fundación Juan Germán Roscio, Caracas, 2011. Véase en particular la Reflexión Final: Supremacía Constitucional, Garantía Objetiva y Control Judicial, en la cual el profesor Brewer explica las ideas que inspiraron el sistema de control de la constitucional consagrado en forma expresa desde la Constitución de 1811 y que forma parte de la tradición constitucional venezolana.

11 *Documentos Constitucionales de la Independencia 1811 (Documentos Oficiales Interesantes relativos a las Provincias Unidas de Venezuela*, Londres 1812) publicados con Introducción general y edición de Allan R. Brewer-Carías, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

12 Esta obra de Brewer-Carías, Editorial Alfa, 2008, es de particular interés para entender las circunstancias que favorecieron la adopción en Venezuela de los principios del constitucionalismo moderno y las desviaciones que le han impedido al Estado venezolano consolidarse como un Estado de Derecho.

13 Publicado en Colombia por el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad del Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

ción temprana y de manera expresa del principio de universalidad del control judicial, como garantía de sumisión al Derecho de todos los actos del Poder Público y la concepción del control de constitucionalidad como un sistema completo, que comprende el control concentrado, el control difuso de la constitucionalidad y la acción de amparo de los derechos y garantías individuales.

Esos mecanismos tendientes a exigir la observancia efectiva de la Constitución y la ley, así como para hacer valer la responsabilidad derivada de su incumplimiento, son un avance en el abandono de la concepción de la autoridad como poderío o facultad de dominación, al estar subordinada de manera *exigible* al Derecho, concretando el deber de justificación y rendición de cuenta, todo ello a condición que esos mecanismos de control se ejerzan bajo criterios de racionalidad jurídica, configurándose como verdadero control en Derecho.

El control judicial no puede entenderse así como una mera traslación del lugar de decisión de los conflictos políticos. El Estado de Derecho se basa en la idea que el funcionamiento del Estado no puede quedar supeditado únicamente a la dinámica de las tensiones políticas –válidas y necesarias en toda sociedad democrática, caracterizada por la pluralidad de ideas– a veces es necesario que en esas relaciones políticas intervenga la racionalidad del Derecho.

Es por ello que entendemos como un signo de evolución del Estado de Derecho, la consagración de mecanismos constitucionales de control de la constitucionalidad de las leyes. En Venezuela el control de la constitucionalidad de las leyes se judicializó desde 1858, a través de la Corte Suprema y luego desde 1864, a través de la Alta Corte Federal 1864; con anterioridad, la interpretación de la Constitución era competencia exclusiva del Congreso.

Carlos Ayala explica que *"la Constitución de 1858 estableció por primera vez, de manera expresa, el control judicial objetivo de la constitucionalidad, asignándole el carácter de acción popular, y atribuyéndole a la Corte Suprema la competencia para declarar «la nulidad de los actos legislativos sancionados por las Legislaturas provinciales a petición de cualquier ciudadano cuando sean contrarios a la Constitución» ... la Constitución venezolana de 1858 fue la primera en consagrar el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes, en la forma antes descrita, –setenta años antes de que Hans Kelsen expusiera en Europa su tesis sobre el particular–"*[14].

El control judicial de los actos del poder público está inscrito en nuestra tradición constitucional, reforzando la teoría del Estado de Derecho.

---

[14] Ayala Corao, Carlos. "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela", en: *Una Mirada a los Tribunales Constitucionales, Las experiencias recientes*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 246-247.

## II. LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO GARANTÍA DE JUSTICIA

Ese control judicial comporta indudablemente unos riesgos, tradicionalmente advertidos por la doctrina europea, en sus cuestionamientos al sistema americano, que han calificado de un *gobierno de jueces*[15]. El conocimiento de los conflictos constitucionales entre autoridades y del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, coloca a la instancia encargada de decidirlos en la posición de incidir en el ámbito de lo político.

La labor de interpretación implícita en el ejercicio de aplicación del derecho por los jueces roza el activismo judicial. Sin embargo, el control judicial, como el Derecho, tiene sus límites, el ámbito de lo jurídico. Afirmar que el Derecho racionaliza las relaciones políticas y asegurar el respeto de las formas y límites jurídicos a los cuales está sometido el poder político, no implica negar el espacio de la discrecionalidad política.

El carácter jurídico de la Constitución impone su observancia incondicional. Implica elevar el pacto político al carácter de norma, otorgándole obligatoriedad y permanencia, de manera que la acción política queda sometida a unos determinados principios y valores plasmados en el texto constitucional, éstos al ser acogidos por el Derecho, abandonan el campo de las consideraciones meramente políticas, sirviendo de referencia cierta y objetiva conforme a las cuales debe desarrollarse la conducción de las distintas funciones del Estado y el comportamiento ciudadano.

En ese sentido, la autora Sandra Morelli Rico explica que "el derecho aparece como un elemento neutral frente al fenómeno político".

> "*no es que la esfera de lo político desaparezca; por el contrario, permanece inmune, en un primer momento, a cualquier tipo de control político; pero, gradualmente el derecho ha ido ganando terreno y de tal fenómeno da cuenta la creación del control constitucional a cargo de los jueces … la formalización jurídica encuentra su máximo alcance, su vértice, con la Constitución, que es el resultado de traducir en términos jurídicos los valores políticos dominantes de la sociedad en un momento histórico determinado*"[16].

La consagración de mecanismos de control de la conformidad a Derecho de todos los actos del Poder Público ha sido una constante en el derecho comparado, a través del surgimiento y consolidación de las instancias de con-

---

15 Véase García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional Español*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 167-196.

16 Morelli Rico, Sandra, "Interpretación constitucional e ideología, la neutralidad del juez". En: *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, Universidad del Externado de Colombia, T. I, Bogotá, 1993, pp. 221-222.

trol de constitucionalidad y la ampliación de las potestades de los órganos que ejercen esa jurisdicción.

Esa tendencia, lejos de desnaturalizar el Estado de Derecho, reivindica la sujeción del poder político al orden jurídico, refuerza la supremacía constitucional, sin obviar que el objeto de la norma constitucional es el asunto político, pero consolidado en instituciones, principios y valores que se tuvieron presentes en un momento histórico en el que se logró el consenso plasmado en la Constitución y conforme al cual se debe desarrollar la acción política.

El Derecho y la política se complementan, no se trata de una relación de exclusión, sino de armonía, el orden jurídico permite el desarrollo de la política, conforme a unas reglas, dispuestas precisamente para evitar excesos derivados de la dinámica democrática que siguiendo a Manuel García Pelayo, tiende a *"la mediatización, cuando no la apropiación, de la libertad de acción y decisión del Estado por los grupos sociales más poderosos"*[17]. La pluralidad democrática requiere de la racionalidad que aporta el orden jurídico y por ello el control en Derecho de la acción política.

Ahora bien, en la aplicación de la Constitución surge la necesidad de interpretarla, porque la casuística excede la exhaustividad previsiva de la norma, de manera que el derecho solamente puede dar respuesta a las realidades sociales y políticas sobre las cuales rige, a través de la interpretación jurídica.

Esa necesidad de interpretación no implica afirmar que el Derecho al cual queda sometido el Estado esté a merced de lo que unos jueces consideren sea el contenido de ese Derecho en un momento dado, muy por el contrario, la interpretación jurídica impone la observancia de principios y reglas que permiten dilucidar la solución jurídica conforme a la norma.

No se puede negar que ese proceso interpretativo expone la decisión judicial a la influencia ideológica, psicológica y cultural de quien decide, de su entorno; el verdadero juez deberá a través del rigor jurídico de su razonamiento, anteponer su deber de objetividad e independencia y decidir conforme al Derecho que está llamado a aplicar, cuidando de no exceder el ámbito de sus competencias.

Las dificultades del control judicial de la conformidad del poder al Derecho son las mismas que subyacen en admitir que el contenido de la Constitución y las leyes puede y debe ser objeto de interpretación[18], esto último es

---

17 García Pelayo, Manuel: "De la ordenación política a la organización política. Idea de Política y Otros Escritos", En: *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, T. II, Madrid, 1991 p. 1.858.

18 En relación a ese tema, que excede el alcance de estas breves reflexiones véase Nikken, Claudia, *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la interpretación de la Constitución*, EJV-CIDEP, Caracas, 2018. Biondo, Francesco, *Desobediencia Civil y Teoría del Derecho, tomar los conflictos en*

innegable, porque las normas son un producto humano de las relaciones sociales y políticas, que aspiran al Derecho de lo justo, sin tener certeza de su justicia, hasta que no se constata en los hechos concretos.

En un Estado de Derecho, se aspira a que en las tensiones políticas se resuelvan conforme a lo previamente establecido *en justicia* debe regir a una sociedad. Lo justo es el respeto de la norma dispuesta en abstracto y cuya aplicación, ameritará interpretación conforme a la justicia perseguida por la norma.

De manera que la expresión Estado de Derecho y de Justicia no alude a un estado donde impera el criterio de los jueces, sino de un Estado en el que hay control judicial de la conformidad a la Constitución y las leyes de todos los actos del Poder Público, en el que se garantiza el acceso a los órganos jurisdiccionales y la tutela judicial efectiva, a fin de poder determinar la recta aplicación del Derecho en los casos de conflicto sobre su contenido.

Un Estado de Justicia amerita un Poder Judicial independiente, conformado por individuos de mérito, que asuman con responsabilidad la delicada labor de juzgar e interpretar el Derecho, sin exceder sus límites, ni sustituir el verdadero sentido de las normas, por el que le inspiren sus ideas.

El riesgo que las instancias de control constitucional intervengan modificando los equilibrios políticos y alteren el funcionamiento de las otras ramas del Poder Público existe, de manera tan real que lamentablemente se hizo patente y pervirtió el Estado de Derecho en Venezuela[19], ello ocurrió precisamente por ausencia de independencia judicial.

La independencia de los jueces es lo que puede garantizar que el control judicial reivindique el Derecho y no sirva a intereses ajenos a la justicia, esa independencia permitirá la aplicación objetividad del Derecho[20], logrando que en un Estado rija el Derecho.

Las normas jurídicas siempre deben ser interpretadas, los jueces formados en la ciencia jurídica deberían ser los más idóneos para hacerlo, lo que no debe ocurrir es que quienes la interpreten lo hagan convenientemente para favorecer intereses de un sector político o de una mayoría política; no es a la

*serio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. Menéndez, Aurelio, "Sobre lo Jurídico y lo Justo", En *El Derecho, la Ley y el Juez*, Dos Estudios, Cuadernos Civitas, Madrid, p. 63 y ss.

19 Brewer-Carías, Allan R, *La dictadura Judicial y la perversión del Estado de Derecho,* Iustel, Madrid, 2017.

20 García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, p. 34.

interpretación jurídica a lo que se debe temer sino a jueces parcializados, son éstos quienes desvían su poder, ejerciendo activismo político, desdibujando la justicia y desnaturalizando los fines del Estado.

En un Estado de Derecho, los jueces deben ser independientes, garantes del Derecho, si es así, nada obsta para calificar al *Estado de Derecho*, además de *Justicia*.

# LA PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA*

## I. INTRODUCCIÓN

Con mucho gusto participo en este libro de regalo de cumpleaños a Allan R. Brewer-Carías con ocasión de sus ochenta primeros años. Conozco a Allan desde hace bastante tiempo, antes de su exilio en Estados Unidos, y siempre he encontrado en él a una persona cercana, entrañable, optimista, que acaricia nuevos proyectos con una infatigable ilusión y brinda generosamente temas de estudio y de investigación. Es un maestro del Derecho en su sentido más pleno y, fundamentalmente, un luchador tenaz y constante comprometido con el Estado de Derecho y las libertades. Un ser humano que ha sido perseguido por un régimen autoritario y totalitario y que, sin embargo, sabe resistir con entereza y señorío demostrando una y otra vez las arbitrariedades y el despotismo de un régimen que a pesar de los pesares, no ha conseguido, como a otros, doblegarle en sus convicciones democráticas.

Tras buscar algún tema en el que poder aportar un granito de arena a este regalo que no quisiera perderme, he pensado en la participación de los ciudadanos en el Estado social y democrático de Derecho. Primero porque creo que al profesor Brewer es una materia que le gusta y, segundo, porque infatigablemente, nos ha demostrado como ese nuevo poder del régimen chavista denominado participación no ha sido más que la *longa manus* del poder político por dominar y someter a la población a través de groseros y sutiles mecanismos de control social.

## II. LA PARTICIPACIÓN EN GENERAL

La participación, esa gran directriz política de la arquitectura constitucional del Estado social y democrático de Derecho, ha sido preterida, olvidada, hasta desnaturalizada por esa versión cerrada y unilateral del poder políti-

* Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global Universidad de A Coruña.

co y financiero que se ha instalado en las tecnoestructuras dominantes en los últimos años tal y como aparece por ejemplo en la Venezuela chavista. Sin embargo, la ciudadanía de este tiempo, menos mal, no está ni mucho menos por la labor del silencio y la complacencia que ha caracterizado, que pena, a no pocos sectores sociales, incapacitados para levantar la voz y reclamar que los asuntos de interés general se administren contando con los ciudadanos. Por una poderosa razón que en estas líneas vamos a exponer en honor a Brewer y que es muy simple: el interés general, el de todos y cada uno de los ciudadanos como miembros del cuerpo social, ya no se define o gestiona desde la cúpula, de forma unilateral. Ahora, y esto es lo relevante, los intereses generales han de conformarse contando con la participación de la sociedad, de los sectores implicados o concernidos por razón de la materia.

En este sentido, Allan R. Brewer-Carías decía en el Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado por la Associação Brasileira dos Constitucionalistas Demócratas, Seção Brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, Academia Brasileira de Direito Constitucional, celebrado del 11 al en 15 de noviembre 2006, Curitiba, Paraná, Brasil, en la página 17 del texto escrito que presentó sobre El estado democrático de Derecho y los nuevos autoritarismos constitucionales en América Latina: el caso de Venezuela, que "Esta llamada democracia participativa en el discurso autoritario, en realidad no es la que podría permitir y asegurar una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos más allá del ejercicio del derecho al sufragio, como muchos quisiéramos, y como sólo la descentralización y municipalización pueden lograr. En realidad, en ese discurso autoritario, la democracia participativa, de democracia sólo tiene el nombre, el cual es hábilmente utilizado por quienes se aprovechan de los fracasos políticos que han experimentado muchas de nuestras anquilosadas democracias meramente representativas y de partidos. Estamos en presencia de un engañoso slogan propagandístico, el cual, sin embargo, hay que reconocerlo, no deja de tener su atractivo".

En 2004, ya llamaba la atención sobre lo que más adelante acontecería en su querida Venezuela. En concreto en la ponencia titulada democracia participativa, descentralización política y régimen municipal que fue la conferencia inaugural del dictada en el XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, organizado por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI) y el Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, el 13 de octubre de 2004, página 29 señaló que en "El discurso de la democracia participativa, sin duda, como lo hemos dicho, es atractivo. Todos, alguna vez hemos usado la expresión "democracia participativa" al criticar el funcionamiento de nuestras democracias, pero la verdad es que su uso político indiscriminado, la mayoría de las veces se hace sin que se sepa efectivamente de qué se trata y, en realidad, confundiendo indebidamente la democracia participativa con elementos de democracia directa o de asambleísmo popular inorgánico. Otros en cambio, lo utilizan, pero con una clara y engañosa estrategia para acabar

con la democracia como régimen político, paradójicamente alegando que hay que democratizarla aún más, explotando la popularidad de la noción que se origina en el malestar que ha derivado del ejercicio de la democracia representativa. Esta, entre otros aspectos, ha provocado la desconfianza en los partidos políticos, que en lugar de intermediarios entre la sociedad y el Estado la verdad es que han mediatizado la voluntad de la primera; y además, ha originado la desconfianza en el propio Estado, al haber éste quedado controlado por aquellos, y tener sus estructuras e instituciones demasiado lejos del ciudadano".

Pues bien, a pesar de la letra y de la exégesis del artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, que manda a los Poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, la realidad, la que se puede percibir y registrar, es la de una obvia ausencia de la ciudadanía en los asuntos más relevantes de la vida política, económica, cultural y social. La razón es bien clara: el interés general ha sido objeto de apropiación creciente por las terminales políticas, financieras y mediáticas que han configurado un entramado impermeable a la vitalidad de lo real, destinado a sacar rédito a ese consumismo insolidario desde el que se ha ido, poco a poco, separando al pueblo del ejercicio de las principales cualidades democráticos que aportan temple cívico y vida real al sistema.

El gran problema es que esta situación de monopolio y utilización unilateral del interés general tenía fecha de caducidad porque los fondos públicos no son infinitos y la capacidad de engaño y falsificación de la realidad tiene límites. Por estas y otras razones, sobrevino una feroz y dramática crisis que hasta ahora ha sido hábil y sutilmente manejada por algunos de los más conspicuos representantes de esta voraz tecnoestructura, pero que acabará devorando a sus principales instigadores. La indignación de millones de personas que se han despertado del sueño consumista y manipulador irá en aumento, ahora lo vemos en diversas partes del mundo, y el deseo de participación real del pueblo, sobre todo de los más jóvenes, obligará en tantos aspectos de la vida política, social, económica y cultural a introducir grandes cambios. Grandes cambios y transformaciones que deben empezar por una evaluación y análisis exhaustivo de los cimientos y basamentos del sistema. No para cambiarlos todos, sino para remozarlos y apuntalarlos sobre los valores primigenios de la democracia que, en este tiempo, se convirtió en muchas latitudes en el gobierno de una minoría, para una minoría y por una minoría, en lugar de ser el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo en la ya clásica expresión de Abraham Lincoln.

## III. LA PARTICIPACIÓN COMO OBJETIVO Y COMO MÉTODO

La persona en el centro de la acción pública. Este es, insistimos, el punto de partida, también el de llegada. El bienestar como condición y medio para su desarrollo y la atención sanitaria como objetivo prioritario en las tareas del

Estado y de la sociedad. Por tanto, sin participación ciudadana en el modelo sanitario, diseñado precisamente por y para los ciudadanos, el modelo no tendría sentido alguno desde una perspectiva democrática.

La participación la entendemos no sólo como un objetivo que debe conseguirse: mayores posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública, mayores cotas de participación de hecho, libremente asumida, en los asuntos públicos. La participación significa también, un método de trabajo social por constituir la gran directiva del denominado Estado social y democrático de Derecho.

En el futuro inmediato, según la apreciación de muchos y salvando el esquematismo, se dirimirá la vida política y social entre la convocatoria de la ciudadanía a una participación cada vez más activa y responsable en las cosas de todos y un individualismo escapista avalado por políticas demagógicas que pretenderán un blando conformismo social. Lamentablemente, ese futuro inmediato pasa, en este tiempo, por el despertar de la conciencia cívica de no pocos ciudadanos que han sucumbido durante la época de bonanza, a la tentación de ese consumismo convulsivo que se ha apropiado, en beneficio de las tecnoestructuras de todos conocidas, del interés general en los términos descritos en el capítulo anterior.

La política pública democrática significa poner en el centro de su elaboración, implementación, ejecución y evaluación, a las personas destinatarias de dichas actuaciones del poder público, es decir, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones.

En sentido negativo, las políticas públicas democráticas no pueden atender tan sólo los intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional, ya que una condición básica de estas políticas públicas es el equilibrio, entendiendo por tal, la atención a los intereses de todos.

Atender públicamente el interés de algunos, aunque se trate de grupos mayoritarios, significa prescindir de otros, y consecuentemente practicar un exclusivismo que es ajeno al entendimiento democrático de la participación.

Por eso, la determinación de los objetivos de las políticas públicas no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo público de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación política que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que exige la práctica de la participación como método.

En efecto, tratar la participación como método es hablar de la apertura de la organización pública que la quiere practicar, hacia la sociedad. Una organi-

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

Las reformas es esta materia deben traducirse, en primer lugar, en estar receptivos, en tener la sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran. Pero no se trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, con los vecinos, con la gente, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las ilusiones concretas, las reales, las que pretendemos servir.

Parece que los objetivos de orden público son unas concreciones de la pretensión genérica de alcanzar una mejora de la sociedad, del tipo que sea: económica, social o cultural. Ciertamente, se entiende que todos queremos una sociedad más próspera, más libre y solidaria. Ahora bien, a la hora de concretar el modelo de sociedad, o a la hora de perfilar cual es la vía para aproximarse a ella, es posible incurrir, a veces inconscientemente en contradicciones que puedan, llegar a ser incluso graves.

Por eso, aunque todos coincidamos en la expresión general de las metas, tenemos sin embargo planteamientos y objetivos diferentes. Si lo que está en juego es la mejora efectiva de la sociedad, se entenderá que el acierto en la definición de objetivos es la clave para el desarrollo de una actividad pública eficaz. ¿Cuál es, entonces, la finalidad de la acción pública que pretende hacerse desde los postulados de la reforma del Estado de bienestar? A nuestro juicio, una de las finalidades –si no la principal– que mejor definen estas medidas tan relevantes en el presente es la de la participación, la libre participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Sí, en la libre participación encontramos un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye de forma inequívoca a definir el marco de las reformas que realizar desde la dimensión dinámica del Estado de bienestar, que lo que hacen, fundamentalmente, es poner en el foco de su atención a las mismas personas.

La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social de la persona, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones, trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a

toda la sociedad en su conjunto. Sólo un ser absolutamente deshumanizado sería capaz de buscar con absoluta exclusividad el interés individual. La universalidad de sentimientos tan básicos como la compasión, la rebelión ante la injusticia, o el carácter comunicativo de la alegría, por ejemplo, demuestran esta disposición del ser humano, derivada de su propia condición y constitución social.

Afirmar por tanto la participación como objetivo tiene la implicación de afirmar que el hombre, cada individuo, debe ser dueño de sí mismo, y no ver reducido el campo de su soberanía personal al ámbito de su intimidad. Una vida humana más rica, de mayor plenitud, exige de modo irrenunciable una participación real en todas las dimensiones de la vida social, también en la política.

Sin embargo, hay que resaltar que la vida humana, la de cada ser humano de carne y hueso, no se diluye en el todo social. Si resulta monstruoso un individuo movido por la absoluta exclusividad de sus intereses particulares, lo que resulta inimaginable e inconcebible es un individuo capaz de vivir exclusivamente en la esfera de lo colectivo, sin referencia alguna a su identidad personal, es decir, alienado, ajeno enteramente a su realidad individual.

Por este motivo la participación como un absoluto, tal como se pretende desde algunas concepciones organicistas de la sociedad, no es posible. De ahí que nos resulte preferible hablar de libre participación. Porque la referencia a la libertad, además de centrarnos de nuevo en la condición personal del individuo, nos remite a una condición irrenunciable de su participación, su carácter libre, pues sin libertad no hay participación.

La participación no es un suceso, ni un proceso mecánico, ni una fórmula para la organización de la vida social. La participación, aunque sea también todo eso, es más: significa la integración del individuo en la vida social, la dimensión activa de su presencia en la sociedad, la posibilidad de desarrollo de las dimensiones sociales del individuo, el protagonismo singularizado de todos los hombres y mujeres. Sin embargo, encontramos en nuestros sistemas con frecuencia aproximaciones taumatúrgicas a la participación. Es decir, se piensa, ingenuamente por un lado, maquiavélicamente por el otro, que la participación existirá y se producirá en la realidad si es que las normas se refieren a ella. Sin embargo, a día de hoy se registra, es verdad, una proliferación de cantos normativos a la participación, que conviven, así es, con una profunda desafección y honda distancia de la ciudadanía respecto a la vida pública.

En efecto, aunque los factores socioeconómicos, por ejemplo, sean importantísimos para la cohesión social, ésta no se consigue solo con ellos, como puedan pensar los tecnócratas y algunos socialistas. Aunque los procedimientos electorales y consultivos sean llave para la vida democrática, ésta no tiene plenitud por el solo hecho de aplicarlos, como pueden pensar algunos liberales.

La clave de la cohesión social, la clave de la vida democrática está en la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos.

En este sentido la participación no puede regularse con decretos ni con reglamentos. Sólo hay real participación –insistimos– si hay participación libre. De la misma manera que la solidaridad no puede ser obligada. Esta relación de semejanza entre participación y solidaridad no es casual, por cuanto un modo efectivo de solidaridad, tal vez uno de los más efectivos, aunque no sea el más espectacular, sea la participación, entendida como la preocupación eficaz por los asuntos públicos, en cuanto son de todos y van más allá de nuestros exclusivos intereses individuales.

Ahora bien, al calificar la participación como libre, nos referimos no sólo a que es optativa sino también a que, en los infinitos aspectos y modos en que la participación es posible, es cada persona quien libremente regula la intensidad, la duración, el campo y la extensión de su participación. En este sentido, la participación –al igual que la solidaridad– es el resultado de una opción, de un compromiso, que tiene una clara dimensión ética, ya que supone la asunción del supuesto de que el bien de todos los demás es parte sustantiva del bien propio. Pero aquí nos encontramos en el terreno de los principios, en el que nadie puede ser impelido ni obligado.

De este modo, y aunque sea provisionalmente, cerramos el círculo, en cuanto que se vuelve la atención a la persona concreta, enfrentada a su quehacer político en toda su dimensión social. En esto parece consistir la concepción que se preconiza desde la reforma dinámica del Estado de bienestar: son los hombres y mujeres singulares y concretos quienes reclaman nuestra atención, y para ellos es para quien reclamamos el protagonismo. Y por esto mismo la libre participación en la vida de la sociedad, en sus diversas dimensiones –económica, social, cultural, política– puede erigirse como el objetivo político último, ya que una participación plenamente realizada significa la plenitud de la democracia.

La doble consideración de la participación, como objetivo y como método, podemos, pues, considerarla como otro rasgo que definen las nuevas políticas que se derivan de la formulación dinámica del Estado de bienestar que precisan especialmente las democracias europeas.

Si se considera que uno de los objetivos esenciales de las nuevas políticas públicas es la participación, debemos llamar ahora la atención sobre el hecho de que la participación se constituye también como método para la realización de esas políticas.

En efecto, suponer que la participación es un objetivo que sólo se puede alcanzar al final de un proceso de transformación política, sería caer en uno de los errores fundamentales del dogmatismo político implícito en las ideologías cerradas.

El socialismo con la colectivización de los medios de producción; el fascismo con la nacionalización de la vida social, económica, cultural y política; el liberalismo doctrinario –aunque aquí serían necesarias ciertas ma-

tizaciones– con la libertad absoluta de mercado, pretenden alcanzar una libertad auténtica que despeje los sucedáneos presentes de la libertad, que no son sino espejismos, engañiflas o cadenas que nos sujetan.

Desde las nuevas políticas públicas que se alumbran a partir de la posición dinámica del Estado de bienestar, la percepción es bien distinta. La libertad y la participación que se presentan como objetivos no son de naturaleza diferente a la libertad y participación de cada ciudadano. Si la libertad y la participación de que gozamos hoy en las sociedades democráticas no fueran reales y auténticas, poco importaría prescindir de ellas –como desde ciertas posiciones ideológicas se puede afirmar–, pero no es así. La raíz de la libertad está en los hombres y mujeres concretos, singulares, no en la vida y en el ser nacional, ni en la liberación de una clase social a la que se reduce toda la sociedad.

Por eso precisamente, porque no es necesario liberar una clase ni una nación para que haya en algún grado libertad auténtica, es por lo que se puede afirmar la autenticidad de la libertad –mejorable, pero auténtica– que en distinta forma y medida todos hemos alcanzado. Proponer la participación como objetivo no significa otra cosa, pues, que desde el estadio presente de libertad y de participación caminar hacia cotas y formas de mayor alcance y profundidad que las actuales, pero contando con lo que tenemos y sin ponerlo frívolamente en juego.

Pretender recorrer este camino sin contar con las personas para quienes se reivindica el protagonismo participativo sería contradictorio, se incurriría en una incoherencia inaceptable. Y el rigor y la coherencia son valores de primer orden, cuya pérdida traería consigo la pérdida también de los valores de equilibrio y moderación que tan bien definen hoy los nuevos espacios políticos Se trata, pues, de poner en juego todas las potenciales formas de participación que en este momento enriquecen los tejidos de nuestra sociedad, como condición metodológica para alcanzar no sólo grados de participación más altos, sino también nuevos modos de participación.

Finalmente, podría afirmarse que desde la participación se propone una acción pública construida sobre la consulta o la prospección permanente del sentir social. Pues no en absoluto. La política pública así concebida no deja de responder a una concepción tecnocrática, a una reducción de la política a la exclusiva actividad gestora. Este fantasma se diluye si volvemos a la consideración primera de que el objetivo de la participación consiste en propiciar el protagonismo del ciudadano en la vida y en la acción pública. La implicación inmediata es que no hay lugar para un nuevo despotismo ilustrado que conciba la política como una satisfacción de los intereses de los ciudadanos sin contar con ellos en su consecución.

## IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La participación, junto con la libertad, son objetivos públicos de primer orden. Incluso, por su carácter básico, y por lo que supone de horizonte tendencial nunca plenamente alcanzado, podríamos hablar de la participación como finalidad de la misma acción política en sentido amplio.

La participación política del ciudadano, debe ser entendida como finalidad y también como método. La crisis a la que hoy asisten las democracias, o más genéricamente nuestras sociedades, en las que se habla a veces de una insatisfacción incluso profunda ante el distanciamiento que se produce entre lo que se llama vida oficial y vida real, manifestada en síntomas variados, exige una regeneración permanente de la vida democrática. Pero la vida democrática significa ante todo, la acción y el protagonismo de los ciudadanos, la participación.

Sin embargo, frente a lo que algunos entienden, que consideran la participación únicamente como la participación directa y efectiva en los mecanismos políticos de decisión, la participación debe ser entendida de un modo más general, como protagonismo civil de los ciudadanos, como participación cívica.

Tratar de participación es, para terminar estas líneas con motivo del ochenta cumpleaños de Allan R. Brewer-Carías, tratar también de cooperación. La participación es siempre "participación con".

De ahí que el protagonismo de cada individuo es en realidad coprotagonismo, que se traduce necesariamente en la conjugación de dos conceptos claves para la articulación de políticas públicas participativas: autonomía e integración, las dos patas sobre las que se aplica el principio de subsidiariedad. En ningún ámbito de la vida política debe ser absorbido por instancias superiores lo que las inferiores puedan realizar con eficacia y justicia.

Estos dos conceptos, por otra parte, están en correspondencia con la doble dimensión de la persona, la individual y la social, la de su intimidad y la de su exterioridad. Insistimos en que se trata de la doble dimensión de un mismo individuo, no de dos realidades diferenciadas y distantes, que puedan tener una atención diversa. Más bien, la una nunca actúa ni se entiende adecuadamente sin la otra.

Si la libertad –en el plano moral– es en última instancia una consecución, un logro personal; si la participación, el protagonismo en la vida pública –sea por el procedimiento y en el ámbito que sea– sólo puede ser consecuencia de una opción personalmente realizada; la solidaridad es constitutivamente una acción libre, sólo puede comprenderse como un acto de libre participación.

La diversificación de intereses, impulsados por un clima de participación y compromiso cada vez mayores con los asuntos públicos, sobre todo –aun-

que no exclusivamente–, por parte de los jóvenes, ha culminado en el establecimiento de un denso tejido asociativo, con intereses, sensibilidades e incluso planteamientos políticos diversos.

En ese tejido deben buscarse –sin exclusiones preestablecidas– a los interlocutores: asociaciones y colegios profesionales, asociaciones de padres de alumnos, asociaciones de amas de casa, de mujeres, grupos juveniles; entidades deportivas y culturales, organizaciones no gubernamentales, grupos, entidades y asociaciones de la tercera edad, asociaciones parroquiales, grupos y asociaciones ecologistas, sectores industriales y empresariales, consumidores, asociaciones y movimientos vecinales, entidades educativas, órganos de la administración particularmente dirigidos a la atención al público; comisiones de fiestas, medios de comunicación, sociedades gastronómicas, instituciones de recreo y tiempo libre, sociedades de caza y pesca; etc., etc., etc. La capacidad para establecer un diálogo con el más amplio número de representantes sociales será un indicativo de su apertura real a la sociedad.

No hay mejor modo de transmitir a las personas la importancia y la necesidad de su participación en los asuntos públicos que practicarla efectivamente. Fue Tocqueville, me parece, el que acuñó esa fantástica expresión que tan bien describe la sintomatología de las democracias enfermas: el despotismo blando. Sí, cuando el efecto de la acción pública –oficial– consigue anular la capacidad de iniciativa de los ciudadanos y cuando la ciudadanía se recluye en lo más íntimo de su conciencia y se retrae de la vida pública, entonces algo grave pasa.

Sabemos que fruto de ese Estado de malestar que inundó Europa en estos años previos a la crisis, es el progresivo apartamiento del pueblo de las cosas comunes. Poco a poco, los intérpretes oficiales de la realidad pintaron, con gran eficacia, con píngues subvenciones el paisaje más proclive para los que ansían la perpetuación en el poder. Se narcotizaron las preocupaciones de los ciudadanos a través de una rancia política de promesas y promesas entonada desde esa cúpula que amenaza, que señala y que etiqueta. Quien quiera levantar su voz en una sintonía que no sea la de la nomenclatura está condenado a la marginación.

Quien se atreva a poner el dedo en la llaga, corre serios peligros de perder hasta su puesto de trabajo. Hay quien sabe que vive en un mundo de ficción, pero no tiene los arrestos necesarios para levantar el telón. Es el miedo a la libertad, es el pánico a escuchar los problemas reales de la ciudadanía, es la comodidad de no complicarse la vida, es el peligro de perder la posición. En una palabra, es la "mejor" forma de controlar una sociedad que vive amordazada.

Uno de los pensadores más agudos del momento, CharlesTaylor, nos advierte contra uno de los peligros que gravita sobre la saludable cultura política de la participación, sea en el entramado político o comunitario, al

señalar que cuando disminuye la participación, cuando se extinguen las asociaciones básicas que operan como vehículos de ella, el ciudadano individual se queda sólo ante el vasto Estado burocrático y se siente, con razón, impotente. Con ello, se desmotiva al ciudadano aún más, y se cierra el círculo vicioso del despotismo blando y, a veces, del despotismo duro y grosero como el que ha llegado a algunos países. Que se lo pregunten a los venezolanos, ¿verdad Allan?

# LA DEMOCRACIA, EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN EL PENSAMIENTO DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Cecilia SOSA GÓMEZ*

## I. PUNTO PREVIO

Estas notas referidas a temas de derecho administrativo evidencian la evolución y perfeccionamiento de criterios que, a través de los años, caracterizan el trabajo académico permanente del profesor Allan R. Brewer-Carías.

He tomado de su inmensa producción escrita un trabajo que él elaboró para el Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración, celebrado en 1983 titulado "Democracia, Sociedad y Administración Pública. Algunas reflexiones sobre el caso venezolano." y he procedido a contrastarlo con uno reciente también de su autoría, titulado "La Configuración del Contencioso Administrativo como un Sistema de Justicia en el Derecho Comparado Latinoamericano", publicado en la *Revista de Derecho Público* N° 159/60 de 2019 con la finalidad de mostrar cuál es a mi juicio, el núcleo central de su obra en el campo del Derecho Administrativo: el acceso a la justicia administrativa como derecho de toda persona, sea que ella accione ante la Administración o ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

---

* Abogado graduado en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Miembro de la Comisión Andina de Juristas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresa en Libertad (*veporlibertad*) desde 1999. Directora Académica del Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2017).

## II. LOS CONDICIONAMIENTOS ECONÓMICOS/SOCIALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dice Brewer-Carías en 1983 que la Administración Pública es el instrumento por excelencia de la acción política del Estado, pues los organismos que la integran tienen a su cargo la ejecución de los fines de la sociedad en un sistema democrático.

Desde esa época Brewer ya marcaba la pauta en identificar globalmente como fin del Estado el desarrollo social, económico y político; insistía en que además del desarrollo económico éste debe abarcar una equitativa redistribución del ingreso y de la riqueza para lograr el bienestar a través de la elevación del nivel de vida de la población, la protección del ambiente, la utilización plena de los recursos humanos, con la mejor utilización de los recursos naturales en beneficio colectivo, y en especial con la sustentación de un orden democrático como medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos.

En 1976 el sector público representaba el 42,1 por 100 del producto Territorial Bruto de nuestro país, ello luego de la nacionalización de la industria petrolera; razón por la cual el Consejo de Economía Nacional desde 1972 revelaba que el Estado venezolano tenía una elevadísima capacidad financiera, incluso respecto a países industrializados; y con una dimensión que representaba un condicionante importantísimo en la Administración Pública.

Advierte sin embargo Brewer, que frente a la crisis económica que afectaba a todos los países latinoamericanos, incluyendo a Venezuela, las causas de la situación precaria en lo económico y social las identificaba así: la deuda externa tanto pública como privada llegó a niveles sin precedentes y de los mas altos de América Latina; la tasa de desempleo aumentó considerablemente; el país comienza a sentir los efectos de la inflación y los precios del petróleo no permitirían sin el esfuerzo al que estábamos acostumbrados, resolver aspectos de la crisis. Se hacía indispensable cambiar el patrón del gasto público, no solo reducir el gasto cortando los créditos presupuestarios a los entes públicos, sino modificar a una administración formada durante décadas para el gasto y hasta el despilfarro, sin gerencia del Estado con criterios de escasez.

Resulta apasionante a la luz de la situación actual revisar los criterios políticos vertidos por el profesor Brewer en esta ponencia, referidos al liberalismo y al marxismo, lo que lo lleva a afirmar que el Estado venezolano no estaba controlado por una clase económica dominante, que lo utilice como dócil instrumento de explotación; resulta que hoy treinta y siete años mas tarde tendríamos que aceptar que ello ha ocurrido, y el control está asociado a la corrupción, al lavado de dinero y al narcotráfico.

Expresamente nos refiere, de aquella época, que en el caso venezolano:

> "La Administración Pública del Estado tiende así a convertirse en el instrumento de todas las clases, y si bien es cierto que algunos grupos económicos han tenido un relativo dominio respecto de las acciones y políticas de Estado, no es menos cierto que éste representa una autonomía específica que tiende a acentuarse, para ponerlo al servicio de los intereses generales y la justicia social."

Afirma Brewer en ese trabajo que el Estado venezolano "…se nos ha venido configurando, como un Estado democrático y social de derecho", cuya administración pública debe conformar la realidad económica, social y política, con un papel activo y comprometido en esa conformación. "Si la idea democrática debe ser consustancial al estado social de derecho y por ello hablamos de Estado democrático y social de Derecho, ello es en el sentido de que sólo debe perfeccionarse la democracia política, para que deje de ser un mero ejercicio quinquenal de elección de los gobernantes y se convierta en el medio de participación y organización de la sociedad, sino de que debe también lograrse la plena realización de la democracia económica y de la democracia social."

Por tanto, el profesor Brewer bajo la idea de democracia, considera que se debe conformar un sistema político, para hacerlo participativo, organizando al pueblo de manera que el hombre en sociedad supere la categoría de masa, es decir, debe democratizar la democracia política y deberá igualmente hacer efectiva una democracia económica, e instaurar una democracia social.

Este es el nuevo papel del Estado para Venezuela propuesto por Brewer en 1983: un Estado democrático y social de Derecho y por supuesto de su Administración Pública; en esta búsqueda y perfeccionamiento de la democracia política, económica y social, proponía ejecutar una serie de tareas que dieran origen a muchas facetas de su actuar.

## III. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEGALIDAD

El papel de la Administración Pública como instrumento de acción política del Estado y eje del proceso de desarrollo, es la propuesta de Brewer-Carías en el año 1989; sin embargo, advierte: "…nuestra Administración Pública se ha convertido en el mayor obstáculo al desarrollo." Y agrega: "…lo lamentable es que ello se ha agravado y este convencimiento aún no lo tienen quienes se han movido en el terreno político." Decía aquél entonces: "…necesitamos una Administración Pública efectiva, eficiente y eficaz…" principios que fueron luego incorporados en la Constitución de 1999 y siguen incumplidos ahora por el régimen opresor que aún de hecho pervive en el país.

A mi juicio, en esencia las tareas de la Administración Pública planteadas por Brewer Carías tienen un piso común, como es la Administración Organizadora la cual se expresa en la incorporación en su desempeño, de la responsabilidad del Estado en promover y establecer los canales de participación del pueblo en los procesos políticos y administrativos, tanto locales, como regionales y nacionales. El pueblo como vecino, como usuario, como consumidor, como trabajador, como artesano, como empresario, como profesional, no sólo debe ser oído y escuchado para conjugar los diversos intereses, sino que debe participar en el proceso de formación y toma de decisiones.

Entiende Brewer que además de calificarla como Administración Organizadora, desde el punto de vista político/social, también es una Administración de Libertades, no como un límite a la acción estatal y una protección frente a las intervenciones del Estado; se refiere al contenido material las libertades económicas y sociales, demás de las políticas e individuales, conformándose así la vía para la realización de las libertades y no el órgano o ente que se opone a las libertades. Por tanto, la misión de la Administración es hacer posible y efectivas las libertades públicas.

Insiste el autor en que la misión de la Administración, por sobre todo es, "…que la consagración de derechos y libertades no convierta al pueblo en un mero sujeto de asistencia estatal…"; agregando que, para garantizar esta efectiva administración de libertades y la propia participación, la acción de la Administración tiene que ser cada vez más transparente; sólo así la sociedad podrá controlar el rumbo de su acción.

## IV. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La evolución del Derecho Administrativo en América Latina tiene su génesis en el principio de legalidad de la Administración, es decir el sometimiento de sus acciones y decisiones a la ley; sin embargo, ésta proceso se consolida al establecerse un sistema de control jurisdiccional de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos y demás actuaciones de la Administración.

El vínculo del trabajo comentado "Democracia, Sociedad y Administración Pública. Algunas reflexiones sobre el caso venezolano." y su reciente ensayo (2019) titulado "La Configuración del Contencioso Administrativo como un Sistema de Justicia en el Derecho Comparado Latinoamericano" está referido a la progresiva ampliación del concepto de Administración Pública y de la actuación pública, a los efectos de lograr la garantía judicial efectiva de los derechos constitucionales, no sólo desde el punto de vista procesal.

Ciertamente, Brewer insiste en este trabajo sobre justicia administrativa, en el progresivo sometimiento de la Administración Pública a la jurisdicción contenciosa administrativa, y ello a su juicio se debe, en parte, a los altibajos

políticos inimaginables ocurridos en países de la región, dadas las recurrentes rupturas de la estabilidad constitucional, lo que ha impulsado, a su juicio, el establecimiento de mecanismos judiciales de control de la actividad misma.

En el caso de Venezuela, se estableció ese control mediante la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2010), la cual pretende garantizar la conformidad con el derecho de los actos estatales, a través de la tutela judicial efectiva frente a la Administración y la progresiva ampliación del concepto de Administración Pública y de la actuación administrativa como objeto de control, con la flexibilización de la legitimidad activa para intentar los recursos y el agotamiento de la vía administrativa.

El vínculo entonces del cumplimiento de los procedimientos administrativos ante la Administración en ejecución de las leyes administrativas y los procedimientos judiciales para su control configuran un todo de la justicia administrativa.

Señala el profesor Brewer en ese estudio, que en el caso venezolano:

> "La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa…ha establecido un elenco de recursos y acciones que se han puesto a disposición de los particulares y de toda persona interesada, que les permite acceder a la justicia administrativa, lo que implica además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, está el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos de orden patrimonial o no patrimonial, incluyendo las que tengan por motivo vías de hecho; las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado; y las acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de los servicios público."

Con estas previsiones legales queda definitivamente fuera de toda duda que están sujetos a control contencioso administrativo las actuaciones y los actos administrativos emanados de órganos y entes que no forman parte de la Administración Pública central y descentralizada y que integran otros poderes públicos dictados en función administrativa.

## V. CONCLUSIÓN

Las referencias realizadas a los dos trabajos que se han contrastado en estas notas, con tantos años de diferencia del tiempo de su escritura, nos permiten concluir, cuando Brewer-Carías analiza a la Administración Pública como instrumento de la acción política del Estado y afirma que tiene a su cargo la ejecución concreta de los fines de la sociedad en un sistema democrático

e identifica los condicionamientos económico-sociales a la acción administrativa globalmente, y como lograr el desarrollo económico, social y político ubicando los objetivos de desarrollo no sólo en lo económico sino también en lo social está implícitamente declarando el compromiso de todos los poderes públicos y entes político-territoriales con el cumplimiento de tales fines, cada uno en el área de su competencia y que todos se integran en el Poder Publico, nacional, estadal y municipal. De allí que la ampliación del concepto de Administración Pública y de quien puede dictar actos administrativos se desplaza del poder Ejecutivo hacia el resto de las funciones administrativas ejecutadas por órganos que pertenecen a la estructura del Estado, para ampliar el control de la función administrativa. Ya Brewer-Carías lo había planteado expresamente cuando en aquél trabajo de 1989 conectó a la Administración Pública con los fines del Estado.

El análisis precedente nos muestra claramente cómo se ha producido la evolución de la finalidad de la actuación del Estado Democrático de Derecho, la cual ha pasado de identificarse con el desarrollo económico y social de la Nación, a comprender y constatar que son las garantías del ejercicio de todos los derechos de la población, lo que hace posible el desarrollo y que de no cambiar esa visión se haría inalcanzable. Allí está el mensaje del profesor Allan R. Brewer-Carías.

Ahora bien, es necesario dejar establecido que la Administración Pública en Venezuela no dispone ni de los medios, ni los recursos humanos y materiales, ni de la mística democrática para asumir el cumplimiento de los fines del Estado, el régimen político usurpador no lo permite; y ante un sistema judicial destruido, la manera de avanzar en la confianza de los ciudadanos en la justicia administrativa es recomponerlo y ofrecer los medios alternativos que ayuden a resolver conflictos, mientras avanza la implantación del sistema de justicia con sus diferentes componentes, en cumplimiento de la Constitución y de la Ley.

# DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Mariela MORALES ANTONIAZZI*

Es un honor participar en una obra preparada en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías. Se trata de un académico e investigador que goza de reconocimiento universal, cuyas contribuciones han trascendido las fronteras nacionales y latinoamericanas desde los comienzos de su carrera.

Quisiera poner de relieve los estudios de Brewer-Carías en el campo de la democracia y los derechos humanos publicados en este período de devastación institucional, los más recientes recogidos en su libro *Sobre la Democracia* (2019)[1]. Con estricto rigor y a la luz de una reconstrucción histórica, va llevando al lector y lectora de la mano por las vertientes principales de la democracia y los supuestos dilemas entre representación y participación; los alcances de la separación de poderes y la distribución territorial del poder bajo las nociones de democratización, descentralización, municipalización; el vínculo entre democracia y derechos humanos, destacando las dimensiones del derecho a la democracia; así como marca las que podrían concebirse como "líneas rojas" transgredidas por el llamado discurso autoritario. El Dr. Brewer-Carías afirma categóricamente el rol que ha desempañado la justicia constitucional de Venezuela en la destrucción del principio democrático representativo, a la vez que asigna un particular significado a las "sustituciones" constitucionales en el ámbito electoral. Magistralmente, alude a la necesidad de revisar el Estado constitucional *paralelo* gestado en Venezuela durante ya veinte años. Va advirtiendo que el tema de análisis no tiene solo un corte académico, sino que se pronuncia y engloba todos y cada uno de los efectos de la mencionada praxis autoritaria[2].

---

* Referentin para América Latina del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Público Internacional. Coordinadora del Proyecto *Ius constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL). Abogada, *Summa Cum Laude*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela; Magister *legum Cum Laude* (LL.M.) de la Universidad Ruperto Carola de Heidelberg, Alemania; Doctora en Derecho *Magna Cum Laude* de la Universidad Goethe de Frankfurt, Alemania. Profesora invitada en distintas universidades latinoamericanas y europeas.

1 *Sobre la Democracia. Estudios*, Caracas, EJV, 2019.

2 *Ibídem*, pp. 303 y ss.

Brewer-Carías ha delineado la narración del fenómeno de la desconstitucionalización. En el núcleo de su argumentación está la relevancia de los elementos esenciales y los componentes fundamentales de la democracia, tal como se establecieron en la Carta Democrática Interamericana (CDI) en 2001. Justamente mi comentario atiende a lo que describo como la "desinteramericanización", que ha ido de la mano de la desconstitucionalización.

He sostenido que el test democrático interamericano está expresamente tipificado en la interpretación conjunta de los elementos esenciales y los componentes fundamentales de la consolidación democrática, conforme a los Arts. 3 y 4 de la CDI.[3] La propia Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su preámbulo declara que la democracia representativa "es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región" y a continuación reitera "dentro del marco de las instituciones democráticas".[4]

---

[3] En la Declaración de Santiago de 1959 se enunciaron algunos de los atributos de la democracia que perfilaban un nuevo alcance, entre ellos: (1) El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los Poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; (2) Los gobiernos de las Repúblicas Americanas deben surgir de elecciones libres; (3) La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio de la democracia; (4) Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana; (5) Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces; (6) El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano; (7) La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático; (...). Resolución XXVII de la Quinta Reunión Consultiva de los Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, pp. 4-6. Inspirados por una doctrina de la vida digna y produciendo una simbiosis con el diálogo entre la justicia constitucional transnacional y las nacionales, tuvieron lugar diversas reformas para avanzar hacia la protección y no solo la promoción de la democracia: Resolución 1080 (1991), Protocolo de Washington (1992), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Quebec (2000). Véase Morales Antoniazzi, Mariela. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, UNAM, México, 2015.

[4] Cooper, A. F. / Legler, T. *Intervention without intervening? The OAS. Defense and Promotion of Democracy in the Americas*, Basingstoke, 2006; Rudy, T. D. "*A Quick Look at the Inter-American Democratic Charter of the OAS*: *What is it and is it "Legal"*?", en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 33 (2005) 1, pp. 237-248.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha estimado la democracia representativa como *"un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano"*.[5]

Sobre estos cimientos, el Dr. Brewer-Carías ha aludido a los elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3). Asimismo, se inspira en los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (Art. 4), como son la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa[6].

Dichos elementos y componentes van acompañados de una condicionalidad dual entre democracia y derechos humanos según los Arts. 7 y 8 de la CDI. Efectivamente, el Art. 7 de la CDI regula que la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Art. 8 de la CDI establece en su párrafo segundo que los "Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio".

La llave se expresa en el denominado 'derecho humano a la democracia', estipulado en la Carta Democrática Interamericana, instrumento jurídico generado por el sistema interamericano para fortalecer la democracia y los derechos a ella vinculados. Esta concepción es consustancial a la defensa de la democracia y los derechos humanos, en función de las obligaciones convencionales asumidas por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía".[7] Como derecho político, el derecho a la democracia se entiende como un dere-

---

5 *Cfr*. "La Expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 34. La Corte Interamericana ha resaltado las referencias a la importancia de la democracia a través de su jurisprudencia. Paradigmática la decisión en el caso *Yatama* concerniente en sentido estricto a las elecciones.

6 A. R. Brewer-Carías, *Sobre…, op. cit.,* pp. 107 y ss.

7 Art. 1 de la CDI: Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. Esta postura la asume en el voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 6 y 7. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C N° 127.

cho ciudadano a la existencia de un régimen político en el cual se garanticen los elementos esenciales y los componentes fundamentales que enumera la CDI. Aunque es cierto que la mayoría de esos elementos esenciales de la democracia se configuran en las Constituciones como derechos políticos individualizados, como el derecho a ejercer funciones públicas, el derecho al sufragio, o el derecho de asociación en partidos políticos, pero considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos el principio de la separación de poderes, se pueden interpretar como integrando un derecho a la democracia.[8] Como pone de relieve Brewer-Carías, el "derecho a la democracia, por supuesto, solo puede configurarse en Estados democráticos de derecho, siendo inconcebible en los Estados con regímenes autoritarios donde precisamente los anteriormente mencionados elementos esenciales no pueden ser garantizados por la ausencia de controles respecto del ejercicio del poder, aun cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral"[9].

Si en el ámbito político se observan diferencias entra las élites políticas y el consenso popular sobre los significados y las prácticas de la democracia, que obviamente dificultan la protección de la democracia en base a la condicionalidad supranacional de la Carta Democrática, es posible superar estas dificultades acudiendo a los estándares interamericanos que explican el alcance de la democracia más allá de las elecciones. Comparto con Brewer-Carías que el caso de Venezuela ilustra claramente, casi como un caso "de laboratorio" y con un escrutinio focalizado en los indicadores determinados en los mencionados Art. 3 y 4 de la CDI, que tanto los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como las sentencias de la Corte IDH denotan el incumplimiento del test democrático.

La literatura reciente alusiva a las líneas rojas respecto a los valores democráticos europeos advierte que la legitimidad de una visión global evaluativa se ve reforzada si se basa en diferentes fuentes e instituciones indepen-

---

8 Brewer-Carías, A. R. "El derecho administrativo y el derecho a la democracia: una nueva perspectiva para el necesario equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos del administrado", Video Conferencia en las Jornadas Académicas inaugurales del departamento de Derecho Administrativo, 2008, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Nueva York-Bogotá, 13 de febrero de 2008; Nikken, P. "La Cooperación Internacional para la promoción y Defensa de la Democracia", en *Agenda para la consolidación de la Democracia en América Latina,* San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 493-526; *Cfr*. también P. Carazo, "El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica", en von Bogdandy, A. Landa, C. / Morales Antoniazzi, M. (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho?. Un análisis interdisciplinario y multifocal*, CEPC/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, y en *Cuadernos y debates* 197, Madrid, 2009, pp. 231 y ss.

9 Brewer-Carías, A. R. Sobre…, *op. cit*., p. 155.

dientes con autoridad que dejan en evidencia la violación de dichos valores democráticos, especialmente cuando se trata de un déficit sistémico: cuantas más instituciones vean un problema sustancial, mayor será la evidencia de un déficit sistémico.[10]

A título ilustrativo, siguiendo un orden cronológico y solo para enfatizar la tesis que sostiene Allan R. Brewer-Carías en torno al proceso de desconstitucionalización, me permito sistematizar algunos rasgos de la desinteramericanización progresiva ocurrida en Venezuela que reitera el perfil por él planteado en lo atinente a la deficiencia sistémica en cuanto a la democracia y el goce y disfrute de los derechos humanos. En este sentido, se observa que tanto los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión y Corte), como los propios órganos de la OEA, la voz de su Secretario General Luis Almagro y de otras instituciones dotadas de autoridad global como la Comisión de Venecia[11] o la Comisión Internacional de Juristas,[12] convergen en la evaluación de la falta de institucionalidad democrática. En Venezuela, como lo ha "denunciado" el Dr. Brewer-Carías junto con la academia y ONGs venezolanas entre otras voces con autoridad,[13] ha sido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la promotora de las "denuncias" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en 2012[14] y de la Carta de la OEA en 2017.[15] La denuncia de ambos instru-

---

10 von Bogdandy, Armin, Bogdanowicz, Piotr, Canor, Iris, Taborowski, Maciej, Schmidt, Matthias, "A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines", en: *Common Market Law Review* 55/4, 963-996 (2018).

11 Opinión núm. 894/2017, Opinión sobre las cuestiones jurídicas planteadas por el Decreto núm. 2878 del 23 de mayo de 2017 del Presidente de la República sobre la convocatoria de elecciones a una Asamblea Nacional Constituyente, aprobado por la Comisión de Venecia en su 112ª Sesión Plenaria (Venecia, 6-7 de octubre de 2017).

12 Venezuela: Comisionado de la CIJ, Carlos Ayala, cuestiona el efecto de la denuncia de Venezuela de la Carta de la OEA, 11 de diciembre de 2018.

13 Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en fecha 4 de diciembre de 2018, se presentó el documento titulado "La invalidez e ineficacia de la denuncia por Venezuela de la carta de la OEA (y la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y sus consecuencias en el derecho internacional".

14 La denuncia, formulada mediante comunicación Nº 125 de 6 de septiembre de 2012 obedeció a los exhortos al Ejecutivo por la Sala Constitucional del TSJ. Véase Brewer-Carías, Allan R. "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela", en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-70, y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 13, Madrid 2009, pp. 99-136; Ayala Corao, Carlos. "Inconstitucionalidad de la de-

mentos vulnera la Constitución en tanto son tratados relativos a derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional (Art. 23) y están amparados por las garantías de supremacía y rigidez constitucional, entre otras razones de la inconstitucionalidad.

Ahora bien, la desinteramericanización ha sido puesta de relieve por las órganos del SIDH. En el Informe de 2003 la CIDH destaca su preocupación con relación a la extrema polarización política y la violencia que caracteriza los enfrentamientos entre los manifestantes de distintos sectores, la falta de aplicación cabal de la Constitución, "especialmente para la designación de las máximas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano, la percepción de la falta de independencia de los poderes del Estado, la creciente concentración de poder en el Ejecutivo Nacional, la impune actuación de los grupos civiles armados y de los grupos de exterminio, la tortura como práctica en los centros de detención, la tendencia a la confrontación y descalificación de la oposición política tradicional por parte del Gobierno, los constantes ataques contra periodistas y medios de comunicación, la tendencia hacia una militarización de la administración pública mediante el rol cada vez más protagónico de las Fuerzas Armadas, la politización de los cuerpos policiales, la creciente radicalización de las posturas políticas en un contexto de gran descontento social ante la insatisfacción de las demandas sociales, las controversias con relación al ejercicio de los derechos sindicales y el clima de marcada intolerancia política".[16] En el Informe de 2004 la CIDH ratifica su preocupación por las "las continuas expresiones de desconocimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos emitidas por diversas autoridades del Estado" con base en el argumento de que se encuentran en contravención con "la soberanía nacional y responden a una concepción intervencionista de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos que carece de todo fundamento legal".[17]

---

nuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", en *Estudios constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 654 y ss.

15 TSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 155, caso *diputado Héctor Rodríguez Castro vs Acuerdo AN* sobre reactivación de la Carta Democrática Interamericana, de 28 de marzo del 2017. Posterior aclaratoria N° 157, ordenando al Presidente de la República que procediera a "tomar las medidas internacionales que estime pertinentes", en vista del "reiterado comportamiento contrario al orden jurídico internacional" del Secretario de la OEA. La denuncia de la Carta de la OEA se ejecutó por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela mediante comunicación de fecha 27 de abril de 2017, consignada en fecha 28 de abril de 2017 por la Embajadora Interina de Venezuela ante la Organización de Estados Americanos ("OEA") ante el Secretario General de la OEA.

16 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2003, punto 55.

17 CIDH, Informe anual de derechos humanos 2004, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1, 23 febrero 2005, punto 145.

En el año 2005, la Comisión continuó estudiando la situación de Venezuela manifestando preocupación por la existencia de un ambiente hostil al disenso político, entre otros a través del despido laboral y la obstrucción de beneficios sociales.[18] Junto a ello, la censura y autocensura de medios de comunicación no parecen cónsonos con el sistema democrático, pues la Comisión denota la regulación arbitraria y la concesión discriminatoria de dinero y publicidad a favor de medios pro-gubernamentales.[19] En el Informe anual de 2006, el capítulo sobre Venezuela pone de relieve que "los derechos políticos […] son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político".[20] En dicho Informe la CIDH hace énfasis en cuestiones como la administración de justicia, la problemática del sicariato en Venezuela, la impunidad que rodea las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales a manos de funcionarios estatales, la precaria situación de los privados de la libertad, y el ambiente de presión política que estarían recibiendo diversos sectores de la sociedad civil, especialmente de aquellos que no muestran un alineamiento expreso a las consignas y objetivos del actual gobierno.[21]

La CIDH decidió en su Informe de 2007 identificar a Venezuela, con fundamento en los criterios establecidos, como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial, valorando que la situación del país muestra la existencia de un ambiente hostil para el disenso político, la judicialización de la protesta social y el señalamiento u hostigamiento a organizaciones no gubernamentales o defensores de derechos humanos, lo que afecta gravemente el pleno goce y disfrute a los derechos protegidos por la Convención Americana.[22] En el informe de la CIDH sobre democracia y derechos humanos en Venezuela de 2009, este órgano deja constancia de la preocupación de que Venezuela aún no había cumplido a cabalidad la gran mayoría de las recomendaciones contenidas

---

18 CIDH, Informe anual 2005, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, del 27 febrero 2006, punto 331.

19 CIDH, Informe anual 2005, *ibidem*, punto 369.

20 CIDH, Informe anual 2006, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, punto 210. Sobre la necesidad del pluralismo político y la obligación de la jurisdicción constitucional de velar por su respeto y observancia, véase Casal, J. M. "Algunos cometidos de la Jurisdicción Constitucional en la Democracia", en *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Caracas: UCAB, Konrad Adenauer, UCCA y UCAT, 2005. Un análisis interesante sobre la relación entre Estado de Derecho, Democracia y Partidos Políticos, en: Navas Castillo, F. "Estado democrático y partidos políticos", en *Revista forense*, vol. 393, Rio de Janeiro, 2007, pp. 83-105.

21 CIDH, Informe anual 2006, *ibidem*, punto 140.

22 CIDH, Informe anual 2007, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, punto 222.

en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela emitido en el año 2003.[23] Asimismo deja sentada la actitud general de rechazo hacia las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos bajo el argumento de que contravienen la soberanía nacional.[24] Y agrega en dicho Informe que "la Comisión ha identificado que la intolerancia política, la falta de independencia de los poderes del Estado frente al ejecutivo, las restricciones a la libertad de expresión y a la protesta pacífica, la existencia de un ambiente hostil para el libre ejercicio de la participación política en disenso y para la actividad de monitoreo por parte de las organizaciones de derechos humanos, la inseguridad ciudadana, la violencia que afecta a las personas privadas de su libertad, a sindicalistas, a mujeres y a campesinos, y sobre todo la impunidad en la que se encuentran los casos de violaciones a los derechos humanos, son factores que limitan seriamente la vigencia de los derechos humanos en Venezuela. Con miras a consolidar el sistema democrático, el Estado debe aumentar sus esfuerzos para combatir estos desafíos y alcanzar una mejor y más efectiva protección de los derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos".[25]

La CIDH decidió en su Informe de 2010 continuar identificando a Venezuela como uno de los Estados miembros de la OEA cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial y reitera, una vez más, instar al Estado a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención Americana, insiste en su interés de realizar una visita al país, ofreciendo su colaboración y asesoría para apoyarle en esta tarea.[26] En 2017, en el Tercer Informe de País sobre Venezuela "Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela", la CIDH analiza el impacto que ha tenido el profundo debilitamiento de la institucionalidad democrática sobre la vigencia de los derechos humanos. El informe está organizado en torno a cuatro ejes principales: i) institucionalidad democrática; ii) protesta social y libertad de expresión; iii) violencia y seguridad ciudadana; y iv) derechos económicos sociales, culturales y ambientales. Allan R. Brewer-Carías ha destinado parte de sus investigaciones a la corrupción y la conceptualiza, en el marco general de la democracia constitucional, como uno de los tópicos más importantes del funcionamiento de los Estados en el mundo contemporáneo, "que los está corroyendo, como fenómeno que se origina entre muchos otros factores, por la falta de transparencia en su conducción, y que está afectando directamente la operatividad misma de los regímenes de-

---

23 CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 diciembre 2009, Conclusiones, punto 1160.

24 *Ibidem*, punto 1161.

25 *Ibidem*, punto 1163.

26 CIDH, Informe anual 2010, capítulo IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5, corr. 1, 7 marzo 2011, punto 837.

mocráticos, cuyas bases se ven afectadas por la misma"[27]. Sobre la corrupción en Venezuela, en el Informe de la CIDH 2017, se "nota con suma preocupación que la información a su alcance da cuenta de la existencia de altos niveles de corrupción en Venezuela, que permean aún más la débil institucionalidad" y recoge, diversos reportes/denuncias, por ejemplo, de las organizaciones de la sociedad civil.[28]

Paralelamente, en ese Informe 2017, en materia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se menciona la profunda preocupación por las denuncias relativas a hechos de corrupción que afectan gravemente el acceso y disfrute de los DESCA".

Allan R. Brewer-Carías reconstruye la conformación de la crisis de la democracia venezolana, en convergencia con otras "fuentes con autoridad". Simplemente para aludir a una de ellas, se puede dibujar un recorrido, en los últimos tres años, de resoluciones de la OEA. Basta citar la CP/RES. 1078 (2108/17), de 3 de abril de 2017, que declaró que había ocurrido una alteración inconstitucional del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, la CP/RES. 1095 (2145/18), de 23 de febrero de 2018, mediante la cual el Consejo Permanente solicitó al Gobierno de Venezuela reconsiderar la convocatoria a elecciones presidenciales e implementar las medidas necesarias para evitar el agravamiento de la situación humanitaria, la AG/RES. 2929 (XLVIII-O/18), de 5 junio 2018, que declaró que el proceso electoral desarrollado en Venezuela, que concluyó el 20 de mayo de 2018, carece de legitimidad por no cumplir con los estándares internacionales, por no haber contado con la participación de todos los actores políticos venezolanos y haberse desarrollado sin las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente y democrático. Ya en este 2019, entre otras, la CP/RES. 1117 (2200/19), de 10 enero 2019, no reconoce la legitimidad del período del régimen de Nicolás Maduro a partir del 10 de enero de 2019.

Las notas de prensa de la OEA también son elocuentes en cuanto a la descripción de la ruta hacia el autoritarismo en Venezuela, reflejada por el Dr. Brewer-Carías. En 2016, el Consejo Permanente emite un informe donde describe las diferentes razones por la cuales la Carta Democrática debería ser aplicada al Estado Venezolano. Entre ellas enuncia justamente el irrespeto a las instituciones democráticamente *elegidas*. A finales de diciembre de 2016, le exige al Ejecutivo respetar los parámetros de *elección* de la directiva de la Asamblea Nacional. En abril de 2017 se pronuncia el Consejo Permanente estableciendo que las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Vene-

---

27 A. R. Brewer-Carías, Sobre*..., op. cit*., p. 485.

28 El Informe de país cita a CEPAZ, [CEPAZ, Ruptura de la Institucionalidad Democrática en Venezuela 2017 - "Estocada a la Democracia", Aportes al Informe de país de la CIDH], p. 81 y provea el desmantelamiento del Ministerio Público, 31 de julio de 2017. *Ibidem*, notas al pie 248 y 249.

zuela de suspender los poderes de la Asamblea Nacional y de arrogárselos a sí mismo son incompatibles con la práctica democrática y constituyen una violación del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela. Insta igualmente al Gobierno de Venezuela para que asegure la plena restauración del orden democrático. Urge a actuar para garantizar la *separación e independencia de los poderes constitucionales* y restaurar la plena autoridad de la Asamblea Nacional. En el mismo orden de ideas el Secretario General de la OEA reveló la sistemática represión y criminalización de voces de la oposición y grupos de la sociedad civil, las detenciones arbitrarias y el uso excesivo de la fuerza contra protestas pacíficas por parte del régimen autoritario venezolano.

El Secretario General de la OEA, Luis Almagro, de manera elocuente e ininterrumpida, ha destinado sus esfuerzos a desplegar las medidas que permitan el retorno al *orden democrático*, el respeto a los derechos humanos y la plena vigencia del Estado de derecho en el marco de las disposiciones de la Constitución de Venezuela y en consonancia con sus obligaciones y compromisos internacionales. Se ha pronunciado continuamente sobre las continuas violaciones a los derechos humanos en Venezuela y ha denunciado lo que considera como una consolidación de un régimen dictatorial.[29] El Secretario General de la OEA ha sido reiterativo en las denuncias sobre las elecciones de gobernadores, calificándolos de ilegítimas, al igual que al proceso de elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Durante 2018 se pronunció sobre el proceso migratorio venezolano y sobre el resultado del Informe del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. Todas estas desviaciones han sido examinadas detalladamente por el Dr. Brewer-Carías en las constelaciones temáticas sobre elecciones, separación de poderes y la participación del juez constitucional en la desconstitucionalización del principio democrático.

Un aspecto subrayado por Brewer-Carías está vinculado a un pilar esencial de la democracia como es la independencia del poder judicial. En este milenio se han dictado decisiones paradigmáticas de la Corte IDH, junto con otras,[30] tres casos vinculados a violaciones a los derechos a las garantías judi-

---

[29] El Secretario General de la OEA recoge puntos clave como: a) Irrespeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; b) Fallas en el acceso al poder y su ejercicio como sujeción al estado de derecho; c) La no celebración de elecciones libre, justas y basadas en el sufragio como expresión de soberanía del pueblo; d) Inexistencia de un régimen plural de partidos; e) Falta de separación de poderes; f) Irresponsabilidad en el manejo de la gestión pública; g) Irrespeto por los derechos sociales y la libertad de prensa.

[30] Por citar algunos ejemplos desaparición forzada (Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C N° 138); ejecuciones extrajudiciales (Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150); violación por parte del Estado venezolano de la garantía contenida en el

ciales y a la protección judicial y al principio de independencia judicial, como son el *caso Apitz* y otros,[31] *caso Reverón Trujillo*,[32] y el *caso Chocrón Cho-*

---

Art. 13 de la CADH relativa a la libertad de expresión (Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C N° 194; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C N° 195); violación del derecho a la libertad personal y del derecho a no ser sometido a detención arbitraria (Corte IDH, *Caso Barreto Leiva v s. Venezuela*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C N° 206); violación del Artículo 23.2 de la CADH referido al derecho a ser elegido (Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C N° 233); violaciones cometidas por agentes policiales en relación con los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales, a la vida privada, a la propiedad privada, y de residencia y circulación (Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C N° 237). Dos últimos casos de 2018 pueden referirse, como son el *Caso San Miguel y otras vs. Venezuela* ("El Firmazo") relativo a las personas que fueron despedidas por haber promovido un referendo, entre otros, se constató la violación de sus derechos a la participación política y la libertad de pensamiento y expresión; y el caso *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*, que, entre otros derechos violados, se vulneró la integridad personal, prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y la Corte se pronunció sobre la prohibición de la esclavitud sexual.

31 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C N° 182. Este caso concierne a la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en adelante "la Corte Primera") el 30 de octubre de 2003. La Corte Interamericana, inspirándose en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, *Caso Campbell y Fell contra el Reino Unido*, Sentencia de 28 de junio de 1984, Series A N° 80, párr. 78; TEDH, *Caso Langborger contra Suecia*, Sentencia de 22 de enero de 1989, Series A N° 155, párr. 32) y en los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura (resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985) ha señalado que los Estados se encuentran obligados a garantizar su adecuado proceso de nombramiento, la garantía contra presiones externas y la inamovilidad en el cargo. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante la sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008, declaró inejecutable esta sentencia y solicitó al Ejecutivo denunciar la Convención Americana dada la evidente usurpación de funciones de la Corte IDH. Las críticas a esta denominada inejecutabilidad se han expresado en la doctrina. Ayala Corao, C. "La doctrina de la "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, T. II, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), México, 2010, pp. 85-157; *Cfr*. también respecto a las críticas a la justicia constitucional venezolana Casal H., J. M. "Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)", en *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), UNAM, Buenos Aires, 2009, pp. 503-527. Allan Brewer-Carías habla de la "in" justicia constitucional en el sentido del juez constitucio-

*crón*.[33] Eduardo Ferrer Mac Gregor y Carlos Pelayo analizan, entre las características particulares que se generan de la obligación contenida en el artículo 2º de la Convención Americana, el tema de la estabilidad e inamovilidad de los jueces. Basan su análisis en las decisiones de la Corte IDH en los tres casos relativos a la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela desde 2009, ya que su común denominador está dado por el hecho "de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial en ese país iniciado en 1999". Destacan el aporte de la Corte IDH al encontrar "*violaciones concretas al deber de adoptar medidas de derecho interno* por parte del Estado venezolano por distintos motivos, que van desde la *omisión legislativa* para expedir las normas que tienen la finalidad de regular el procedimiento de reestructuración del Poder Judicial, hasta *la ausencia de garantías de inamovilidad* que deben estar previstas y hechas efectivas en la práctica para que los jueces puedan ejercer su función jurisdiccional de forma independiente".[34]

En su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA correspondiente al año 2012, por primera vez incluyó una parte especial "IV. Aplicación del Artículo 65 de la Convención Americana", señalando: "La Corte Interamericana con fecha 23 de noviembre de 2012 emitió una resolución en donde estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a

---

nal sometido al poder político, *cfr*. Brewer-Carías, A. R. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, EJV, Caracas, 2007.

32 Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C N° 197, relativo a la destitución arbitraria de María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba en febrero de 2002, aun cuando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia había decretado en 2004 la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la restitución, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir.

33 Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C N° 227. Se trata de la destitución arbitraria de una jueza, en ausencia de garantías mínimas de debido proceso y sin una adecuada motivación, sin la posibilidad de ser oída y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo. El trasfondo se relaciona con la existencia de un proceso de transición del Poder Judicial.

34 Eduardo Ferrer MacGregor, Carlos Pelayo Möller, "Artículo 2. Deber a Adoptar Disposiciones de Derecho Intern", en Christian Steiner / Patricia Uribe (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, KAS, 2014, p. 92. Disponible en: https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_386821.pdf/37b795d0-94ed-a8e1-cbce-2f3c47ab05eb?version=1.0&t=1539653760475.

la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte."[35]

En el Informe de la Corte del año 2017 se refleja que de los 12 casos de incumplimiento abierto o desacato a los fallos de dicha Corte: 9 se refieren a Venezuela, 1 a Haití, 1 a Nicaragua, 1 a Ecuador y 2 a Trinidad y Tobago.[36] Sin duda alguna, se impone una lectura de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su catálogo de derechos a la luz del acervo jurídico común constituido también por la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pero a su vez con la Carta Democrática Interamericana, para poder dimensionar el requerido balance entre el principio de separación de poderes y el pleno ejercicio de los derechos. En lo referente a la independencia del poder judicial, tema central de estudio del Dr. Brewer-Carías, la Corte Interamericana a comienzos del milenio se ha pronunciado categóricamente, no solo en los casos contra Venezuela. La Corte IDH dictó su sentencia en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, relacionado con el juicio político y destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano[37].

Después de más de una década, la Corte Interamericana se pronunció en el caso Camba Campos y otros (Tribunal Constitucional) vs. Ecuador concerniente al cese arbitrario de ocho vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador mediante Resolución del Congreso Nacional de 25 de noviembre de 2004.[38] El Tribunal Interamericano reitera que i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el dere-

---

35 Artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

36 Corte IDH, Informe anual 2017. Disponible en: www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2017.pdf.

37 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Núm. 71.

38 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C Núm. 268.

cho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana[39]. Como lo pone de relieve este libro, "la separación de poderes guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos"[40].

Igualmente se reitera la jurisprudencia un par de años más tarde, en 2015, en el caso López Lone y otros vs. Honduras en cuanto a los procesos disciplinarios a los cuales fueron sometidos los jueces Adán Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado, así como la magistrada Tirza del Carmen Flores Lanza, con el objeto de sancionar los actos o expresiones que realizaron en el contexto del golpe de Estado ocurrido en Honduras en junio de 2009[41]. Hay que subrayar que la Corte IDH "hizo referencia a un "derecho de defender la democracia" e indicó que el mismo constituye una específica concretización del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión. Específicamente respecto a la libertad de expresión, la Corte además de reiterar su jurisprudencia, tomando en cuenta el contexto de este caso, invocó también los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana que resaltan la importancia de dicho derecho en una sociedad democrática."[42]

Hablar de la desinteramericanización que acompaña a la desconstitucionalización en Venezuela descrita por el Dr. Brewer-Carías, implica mencionar los dos casos de "rechazo sistemático" al sistema interamericano acontecidos en Suramérica. Como lo advierte Manuel Góngora, el rechazo sistemático ha tenido lugar cuando "el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (*v.gr.* durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera

---

39 *Ibidem*, párr. 199.

40 *Ibidem*, párr. 221.

41 Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de octubre de 2015, Serie C Núm. 302.

42 Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la CIDH a la Corte Interamericana de Derechos Humanos "*Democracia y derechos humanos en contextos de juicios políticos",* punto 52. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_13_10_17_esp.pdf.

y de violación de la soberanía (*v.gr.* durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)".[43]

Las palabras finales de este trabajo están destinadas a reconocer, una vez más, los aportes que el Profesor Allan R. Brewer-Carías, a quien se dedica esta obra, ha legado en cuanto al entendimiento y el alcance del principio democrático en América Latina. Seguir sus contribuciones y sus rutas democráticas no es solo un privilegio, sino que genera un fiel compromiso con los valores democráticos, tan necesarios en los tiempos actuales, contrarios a los derechos humanos en su relación consustancial con el régimen democrático.

[43] Góngora-Mera, Manuel Eduardo. "Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo", en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Estudos avançados de Direitos Humanos Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, pp. 312-337 y 324 y ss.

# II. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

## CÁDIZ Y WEIMAR: LAS TRANSACCIONES COMO MITOS

Antonio JIMÉNEZ-BLANCO*

### I. LA OBRA DEL HOMENAJEADO EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812

Estas líneas se escriben en otoño de 2019, cuando se acaba de celebrar en Alemania, en Europa (en el entero continente, sí, España inclusive) y en todas partes el centenario de la aprobación de un texto constitucional tan importante como el de Weimar de 1919. Y cuando aún resuenan los ecos de los fastos que tuvieron lugar al conmemorarse, en 2012, hace siete años, los dos siglos de Cádiz. Otra efeméride del máximo rango.

De la persona de nuestro homenajeado, venezolano de origen pero ciudadano del mundo (y desde luego no ajeno a España), no puede decirse que no se haya mostrado sensible a lo más profundo de lo que significa el constitucionalismo y, menos aún, el constitucionalismo gaditano. Porque lo cierto es que le ha dedicado nada menos que nueve trabajos, nueve.

El más importante es: "La Constitución de Cádiz de 1812 y los principios del constitucionalismo moderno". Allí se recoge, para decirlo con las palabras literales del autor, el siguiente hecho:

---

* Catedrático de Derecho Administrativo desde 1989 y Letrado de las Cortes Generales desde 1981 (actualmente en excedencia). Experto en Derecho Administrativo, Económico y de la Competencia. Consultor de Allen & Overy Madrid desde 2001. Tiene publicaciones en diversas materias de derecho público como autonomías territoriales, derechos fundamentales, urbanismo, integración europea y regulación económica. Ha actuado como árbitro nacional e internacional.

> "Como todos sabemos, la Constitución sólo tuvo un corto período de tiempo inicial de vigencia de dos años hasta su anulación el 4 de mayo de 1814, período en el cual, además, tuvo una dificultosa o casi nula aplicación, al menos en las Colonias Americanas. Sin embargo, su texto fue el vehículo para que todos esos principios adoptados en la misma influyeran en el constitucionalismo de muchos países hispanoamericanos y europeos, contribuyendo a la quiebra del Antiguo Régimen en Europa".

En ese trabajo, nuestro hombre pasa revista a cada uno de los puntos y se analiza la manera como se recogieron en el texto gaditano de 1812: La Constitución como ley suprema producto de la soberanía popular; La soberanía y representación popular; La declaración constitucional de derechos; La separación de poderes; El rol de la justicia; y, en fin, la organización territorial del Estado. Para concluir así:

> "Quedó (…) como el primer texto constitucional latino europeo que a comienzos del siglo XIX había recogido los principios el constitucionalismo moderno que habían llegado (de) las Revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, de lo que deriva su importancia singular, y la influencia directa que tuvo en los nuevos movimientos revolucionarios liberales europeos, como en la conformación de las Constituciones de muchas naciones latinoamericanas. Como tal, sin duda, sus principios tuvieron importante vigencia en España y en América, tanta que doscientos años después seguimos estudiándola".[1]

Hasta aquí, el planteamiento.

## II. CÁDIZ: A MODO DE RESUMEN DEL DEBATE DE 2012

Lo que se publicó en España con ocasión del bicentenario de Cádiz fue mucho, muchísimo. Casi inabarcable. Por ejemplo, la revista Anthropos, "Cuadernos de cultura crítica y conocimiento", la dedicó un número monográfico[2]. Y en la Universidad de Oviedo –Asturias, una vez más, no le falla a España cuando se la necesita– los profesores de Derecho Constitucional mostraron un particular interés en ella[3].

---

1 Los nueve trabajos están recogidos, con una Nota introductoria, en el libro *Sobre el constitucionalismo hispanoamericano pre-gaditano 1811-1812*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Charles Brewer Mancó, Sobre Historia del Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Nº 5. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013.

2 Aragón, Manuel y Solozábal, Juan José (Editores) *Constitución de 1812. El nacimiento de la libertad*, N° 236, 2012 (julio-septiembre).

3 Por todos y a modo de resumen, Fernández Sarasola, Ignacio. *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011. Debe destacarse por cierto que, dentro

Más aún, en 2018, al cumplirse el cuarenta aniversario de la Constitución de 1978, la actual, el propio Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicó una obra en cinco tomos –un verdadero monumento– en la que se incluyeron varios trabajos sobre Cádiz[4].

De más está recordar que el benemérito texto de 1812 recoge dos influencias muy diferentes. Una de ellas es, por supuesto, la de la Constitución Francesa de 1791, como expresión poco menos que perfecta (aunque en seguida arrumbada por la dinámica revolucionaria) de la proclamación de algo tan rebelde como la soberanía nacional pero –punto crucial– sin fulminar a la monarquía. Antes bien, integrándola en algo entonces novedoso como era la división de poderes. En esa estela, el texto Cádiz, por ejemplo, de la nación (con mayúscula) española empieza hablando el Art. 1, en efecto, para definirla: "la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios". Y proclamar de inmediato –Art. 2– que "es libre e independiente, y no de ninguna familia ni persona". Y así terminar llegando a lo sustancial (lo revolucionario, si se quiere) en el Art. 3:

> "La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales".

Derecho de legislar y también deber de hacerlo: por el Art. 4, "la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".

---

de su Colección "Cuadernos y debates" ese organismo dedicó toda una serie al "Bicentenario de las Cortes de Cádiz".

De Fernández Sarasola, constitucionalista de aquella Universidad, apenas habrá que recordar que es discípulo del inolvidado Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, que a este respecto constituye un verdadero referente intelectual desde que en 1983 publicó *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

En 2007, esa misma institución (ya Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) editó, como una suerte de lo que los alemanes llaman un *Sammelband*, su *Política y Constitución en España (1808-1878)*, en el que incluye el artículo "La Constitución de Cádiz como mito democrático", al que luego se hará referencia.

4 *España constitucional (1978-2018), Trayectorias y perspectivas*. Por ejemplo, José Antonio Escudero, "Martínez Marina y la teoría de las Cortes", p. 263 y ss.

Aunque no dedicados monográficamente a Cádiz, se contienen muchas referencias en los siguientes trabajos:

- Lorente Sariñena, Marta. "De la reforma de la Constitución. Breve historia de una ausencia", p. 275 y ss.

- Por supuesto, cómo no, Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, "El lugar de la Constitución de 1978 en la historia constitucional de España", p. 291 y ss.

El segundo de los puntos de inspiración francesa era, como todo el mundo sabe, lo que hoy llamaríamos el diseño institucional o sea, la parte orgánica, compuesta por el extenso Título III ("De las Cortes", Arts. 27 a 167, en buena medida reglas electorales y parlamentarias); el Título IV ("Del Rey", Arts. 168 a 241, donde al final se incluían preceptos sobre los Secretarios de Estado y del Despacho y también sobre el Consejo de Estado); el Título V ("De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal, Arts. 242 a 308); y, en fin, y como Constitución territorial por así decir –división de poderes vertical, si se quiere–, el Título VI ("Del Gobierno interior de las provincias y los pueblos", Arts. 309 a 337). Previamente, en el Título II se contiene un Capítulo III con el rubro de "El Gobierno", pero que más bien se refiere a la forma del sistema político y enumera los órganos y la función básica de cada quien, empezando en el Art. 13 por declarar que "el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen". Y en el bien entendido de que, al servicio de tan noble propósito está la organización toda: por el Art. 14, "el Gobierno de la Nación Española es una monarquía moderada hereditaria". Para pasar al desglose de lo que habría de desarrollarse más tarde, en los citados Capítulos, o sea:

- Art. 15: "La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey".

- Art. 16: "La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey".

- Y Art. 17: "La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley".

En eso consistió, más o menos, la influencia foránea y en particular francesa. Pero había una segunda fuente, la endógena o autóctona, llamaríamos hoy. Las conocidas palabras del discurso de Agustín Arguelles –asturiano, por cierto y de Ribadesella– en 1811 al presentar al Pleno el texto elaborado por la Comisión consistían precisamente en subrayarlo hasta el grado de poco menos que el monopolio: "Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española". Con ello no se aludía a lo inmediato –el absolutismo, por muy ilustrado que pretendiese aparentar– pero sí lo más remoto y noble, las "antiguas leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla". Con la afirmación final de que "creía haber demostrado hasta la evidencia que las bases de este proyecto han sido para nuestros mayores verdades prácticas, axiomas reconocidos y santificados por la costumbre de muchos siglos". En suma, que, para buscar lo mejor no hay que irse fuera porque lo que tenemos en casa son las "sólidas bases de una revolución liberal".

Todo eso representaba, ya en una fecha tan posterior como 1811, un pasado brumoso, cuando no del todo legendario. ¿Hemos de retrotraernos hasta el Fuero Juzgo de Fernando III el Santo en 1241? ¿Acaso alguien se olvida que no estamos sino ante la mera versión romance del *Liber iudiciorum o Lex*

*gothica* de Recesvinto (654) bien, que eso sí, completado por Ervigio en 681, o sea, ya casi a las puertas de la invasión musulmana? La respuesta no resulta sencilla.

En ese contexto patriótico y amigo de la tradición suele incardinarse, por supuesto, el Art. 12, *De la religión*: "La religión de la Nación Española es y será precisamente la católica, apostólica, romana, única verdadera", una afirmación teológica y dogmática ("única verdadera": de ahí la prohibición de los demás, que en aquel entonces no se consideraba una medida lesiva de las libertades individuales) y también un vaticinio que, más inri, se extiende *ad infinitum*: "será perpetuamente". A reserva, claro está, de lo que pudiere resultar de las reformas que pudiera experimentar el propio texto, una vez pasado el período de ocho años de enfriamiento del Art. 375.

En suma, un texto el de 1812 mixto o complejo. Y no sólo por la dicotomía (binaria, en cuanto tal) de lo extranjero (y nuevo) y lo nacional (y antiguo), porque el cuadro se complica. Tenemos también el dilema entre lo democrático y lo que no lo es y además entre lo liberal y lo que no, todo lo cual se encuentra entreverado o incluso ideologizado: buenos y malos, ya sabe. Una auténtica enredadera y además en un momento histórico en el que las luces del siglo anterior observaban que les salía, en Alemania, una fuerza de resistencia en el romanticismo, que iba surgiendo de manera indescindible, de la mano de un Fichte y, antes, un Herder[5]. Enredadera de la que no se encuentran ausentes, y es la clave de todo, los propósitos transaccionales. De hecho, entre los estudiosos actuales de *la Pepa* se han ido decantando dos escuelas, según que pongan más énfasis en lo francés o, por el contrario, le den credibilidad a las palabras de Argüelles ("El Divino") acerca del origen propio (bien que, eso sí, teniendo que remontarse para rebuscar en la historia) de las disposiciones.

Pero, así tuviera en el conjunto un mayor peso uno u otro elemento (definidos inicialmente de tal o cual manera, que eso también puede discutirse), en lo que todos estaremos de acuerdo es que Cádiz ha adquirido –desde poco

---

[5] Con la mención a Johann Gottieb (Teófilo, literalmente, como Gautier) Fichte se alude, como es obvio, a los *Discursos a la nación alemana*, catorce arengas pronunciadas en Berlín, en plena ocupación napoleónica, entre el 15 de diciembre de 1807 y el 20 de marzo de 1808, es decir, poco antes de nuestro 2 de mayo aunque la publicación fuese posterior. De hecho, el autor dedicó el libro a los españoles que se habían levantado en armas contra el invasor. Lo que se llama solidaridad.

Para entonces, Herder (fallecido en 1803, precisamente en Weimar) y a quien con buenas razones Isaiah Berlin consideró uno de los críticos con la ilustración, ya no estaba, pero era lo mismo que Miranda para Venezuela: "el precursor", muerto en 2016 en La Carraca, junto a Cádiz, donde llevaba preso varios años "por la perfidia de uno y la infamia de otros". Otra figura, por cierto, tan cara a nuestro homenajeado.

después de aprobarse– la categoría de mito y, más en concreto, de mito democrático, para decirlo con el título del trabajo (de uno de los trabajos) de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna que se ha citado en la nota 3. Manuel Aragón lo ha recogido con precisión:

> "(…) ese gran atractivo que el mito doceañista ejerció sobre los demócratas españoles del siglo XIX obedecía a una serie de razones".

Hasta cuatro:

> "En primer lugar, al carácter radical o si se quiere revolucionario de las decisiones que en la Constitución de 1812 se adoptaron. Nación de ciudadanos, soberanía nacional como soberanía popular, igualdad de los españoles. Carácter que no se difuminaba, sino que se acrecentaba por el hecho de que, además de basarse en las ideas del insnaturalismo ilustrado, se presentase, por los propios constituyentes, como una recuperación de antiguas libertades españolas que en los últimos siglos habían sido sojuzgadas".

Pero no sólo:

> "En segundo lugar, (el mito obedece) al fenómeno del levantamiento popular al que estuvo asociado: una Nación en armas luchando, frente a los franceses, por su independencia.
>
> En tercer lugar, a la connotación idealista y romántica de aquellas ideas y aquellos acontecimientos: triunfo de los liberales frente a los *serviles*, del David español frente al Goliat napoleónico".

Y para terminar, cuarto:

> "En fin, (el mito se explica) por el significado heroico de aquella gesta: una Nación que, en circunstancias dramáticas, se adueña, por primera vez, de su propio destino y decide, por sí sola, a través de sus Cortes y sin intervención alguna del Monarca, la forma en que quiere ser gobernada; y que lo hace desde el último y muy reducido baluarte libre que queda en su territorio, como es la ciudad de Cádiz, cercada y constantemente bombardeada. Ese componente épico del nacimiento de la Constitución de Cádiz no puede ser ignorado para comprender mejor el carácter mítico que aquella Constitución adquirió"[6].

Sobre Cádiz hay, se insiste, bibliotecas enteras, sobre todo con ocasión de 2012, que el lector curioso tiene disponibles. De momento, baste con sintetizar lo dicho: una transacción (o un conjunto de transacciones que se entreveran y atraviesan: la famosa enredadera) y también, y quizá pese a ello, un mito.

---

[6] *Significado e influencia de la Constitución de 1812*, en la obra colectiva, editada por él mismo y por Juan José Solozábal, mencionada en la nota 2.

Dicho lo mismo pero con otras palabras: lo mítico no requiere de lo que hoy, en este lamentable 2019, en la desdichada terminología de los rebeldes catalanes, se ha venido a llamar unilateralismo.

En resumidas cuentas: mito gaditano, sí, pese a lo que luego fue su triste fortuna en el tiempo o quizá precisamente por ello. Pero sin ignorar –es la clave de todo– que lo que estamos celebrando es, en el fondo, una transacción un compromiso o un arreglo. Y aun así, digámoslo ahora y con todo cariño, apenas si funcionó: para la España de 1812, o incluso la de 1820, todo aquello resultaba demasiado sutil.

Llega la hora de recapitular. De Cádiz, vistas las cosas con luces cortas, puede decirse que no representó precisamente un éxito: de ahí la triste fortuna a la que se ha aludido. Desde un punto de vista jurídico-formal, su vigencia fue corta (1812-14 y 1820-1823) y, si vamos al plano de lo efectivo –su aplicación real–, el balance resulta aún más pobre. Los padres de la Iglesia de San Felipe Neri eran portadores de un programa de modernización, pero la sociedad, pese a los empeños del reinado de Carlos III, eran apenas un conjunto de campesinos malnutridos y, lo que es peor, con una mentalidad oscura: "¡Vivan las caenas!": no estaba por la labor de dejarse modernizar. La nobleza del empeño de los constituyentes, sin embargo, ha terminado estando más presente en el inconsciente colectivo español, y no sólo en el progresismo, que su fracaso inmediato. En eso consiste precisamente un mito y ese concreto mito: sin ese fracaso (un gatillazo, dicho en lenguaje coloquial), Brewer-Carías, por volver a nuestro homenajeado, no le habría dedicado tanta atención. La vida tiene esas cosas tan paradójicas.

## III. WEIMAR: ÍDEM 2019

Del texto alemán de hace un siglo (bien que con plena conciencia de que, puestos a hacer un parangón germánico con nuestro Cádiz, habría que fijarse en lo aprobado en 1848 en la Iglesia de San Pablo en Frankfurt, pero esa es otra historia) puede constatarse también, por supuesto, que su conmemoración no ha pasado en vano. Sólo en España hay que destacar, entre otras muchas cosas, el número monográfico de otra Revista, la Electrónica de Historia constitucional, en el bien entendido de que parte de su contenido proviene de pensadores teutones, con Michael Stolleis y Peter Häberle en lugar destacado[7].

---

[7] Son respectivamente:

- "El proyecto social de la Constitución de Weimar".

- "La Constitución de Weimar en su texto y en su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva".

Entre las contribuciones españolas merece destacarse, "Tres artículos de la Constitución de Weimar" de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

Y siempre partiendo de la base de que con la mención a la Alemania de Weimar (1919-1933) no nos referimos sólo al texto normativo que rigió sus destinos políticos, sino también y más aún a una cultura o, si se prefiere, a un ambiente, incluso en sentido físico: los locales en los que se reunían los artistas e intelectuales[8].

Y, por supuesto, lo que se ha publicado en la propia Alemania, en el planeta de lo jurídico y en lo que no forma parte de ello, daría para llenar bibliotecas enteras[9].

Lo que ahora nos interesa subrayar es que lo aprobado en la ciudad de Weimar en agosto de 1919, dos meses después de Versalles, y que estuvo en vigor hasta comienzos de 1933 (poco menos de catorce años: recuérdese que la Ley de habilitación de plenos poderes se aprobó el 24 de marzo), no constituyó, vistas las cosas con calma, una revolución, sino un compromiso, ya incluso desde lo puramente semántico. El Art. 1 se componía de dos incisos y el primero de ellos encerraba una contradicción en los términos: "El Reich alemán es una república". Habida cuenta de que Reich significa Imperio, en seguida se cae en la cuenta del oxímoron: o bien Imperio (lo anterior, desde 1871 y hasta la renuncia del Kaiser Guillermo en noviembre de 1918, que por cierto, y aun en un contexto nada democrático y poco liberal, había generado una dogmática jurídica de primerísimo orden, de la que todos seguimos siendo tributarios) o bien república, por mucha soberanía popular que destilase el segundo inciso –la tal república– y mucho programa social que el texto con-

---

Y eso sin mencionar el soberbio trabajo de García Amado, Juan Antonio. "Lecciones de Weimar", en el libro *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919)*, Tecnos, Madrid, 1919. Obra que además reproduce, en versión de la lengua de Cervantes, tres trabajos fundamentales: de Walter Jellinek (1930), "El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar"; de Ottmar Bühler (1922), con 3ª edición en 1929), "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos"; y, en fin, de Constantino Mortati (1946), "Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar".

8 Uzcanga Meinecke, Federico. *El café sobre el volcán, Una crónica del Berlín de entreguerras (1922-1933).*

Se trata, en concreto, del *Romanisches Café,* destruido por los bombarderos de la Segunda Guerra Mundial pero entre cuya clientela estaban un Albert Einstein, un Bertold Brecht, y un Billy Wilder y un Joseph Roth, por citar sólo a un puñado.

9 Una sola referencia en lo que hace a lo primero: di Fabio, Udo. *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern. Eine Verfassungshistorische Analyse*, C.H. Beck, 2018.

Ni que decir tiene que el putsch de Hitler el 8 de noviembre de 1923 en Munich ha merecido una atención singularizada. Se ha traducido al español el libro (en inglés en la redacción original) King, David. *El juicio de Adolf Hitler. El putsch de la cervecería y el nacimiento de la Alemania nazi*. Seix Barral, Barcelona, 2019.

tuviera. El mismo, por cierto, que doce años más tarde copiamos nosotros. No hay nada entre medio de 1919 y 1931, salvo, eso sí, la marcha sobre Roma de 1922. Pero ahora no es el momento de detenerse ahí.

Y, como toda transacción, era algo inestable y de hecho en 1933 terminó de ser enterrada. El sueño había durado poco.

Transacción, así pues, con lo que ello significa –volvemos a lo dicho para Cádiz– de fragilidad estructural, pero también (y sobre todo a partir de 1945) mito, aunque sólo fuese como tributo a la triste suerte de un modelo que había despertado tantas expectativas y tanta ilusión.

Debe notarse que, Art. 48 aparte (los poderes de excepción del Presidente, de los que para más escarnio se hizo un uso no ya habitual sino incluso rutinario: un auténtico sumidero para el Estado liberal), los juicios que en 2019 se han emitido sobre el triste sino de Weimar imputan la culpa más al gremio de los juristas profesionales que a las deficiencias del propio texto. García Amado, por ejemplo, pone el foco, en el trabajo mencionado en nota 8, sobre lo impropio de su marco intelectual de origen. A saber:

> "(La) decimonónica jurisprudencia de conceptos alemanes sigue pegada al derecho romano porque el genio de los grandes juristas de Roma había consistido en descubrir de una vez para siempre que el sistema jurídico es un sistema de conceptos, de categorías abstractas, de ideas cuasipletóricas que no mutan con el paso del tiempo ni el sucederse de las sociedades".

Y eso explica lo que sucedió en la mente de nuestros colegas constitucionalistas y administrativistas del Reich: "Seguramente deslumbrados por aquella potencia sistemática y por el brillo metafísico del conceptualismo de los insprivatistas, los autores pertenecientes a la llamada Escuela de Derecho Público, la de Gerber, Laband y al fin Jellinek, intentan construir también un esquema conceptual omniabarcados y completo, que permita hablar del Estado y sus relaciones con lenguaje plenamente jurídico, pero sin negarle su esencia supreindividual, su condición de organismo vivo o poco menos y su poder soberano, que lo define por encima de cualquier atadura formal". Y, en esa atmósfera viciada y narcotizada por una historia llena de problemas, sucede que al paso dado en 1919, aunque hoy lo idealicemos, le faltaba por así decir el sustento:

> "La república de Weimar fue un paréntesis en ese estatismo, la tentativa de reemplazar el Derecho del Estado por el Estado de Derecho, el propósito de reunificar una nación rota y derrotada bajo las luces de la modernidad, de granjear la adhesión política de los ciudadanos con base en los derechos y el protagonismo de los propios ciudadanos, y no en sueños colectivos de gloria y poderío".

La Constitución de 1919, tan democrática y también, al tiempo, tan liberal, representó en ese contexto (en realidad, puntualizo yo, en el de la entera sociedad alemana, carcomida por el odio y el miedo: una pareja letal) un ver-

dadero cuerpo extraño. "Y no funcionó, porque los enemigos acechaban en los pliegues mismos del Estado, en sus instituciones básicas, y porque cuantos se encontraban en situación de defender la constitución o de hacer la pedagogía de sus ventajas conspiraban contra ella y se colocaban en posición de salida para disfrutar de los mejores puestos y las mejores prebendas cuando la Constitución hubiera sido finalmente derrotada".

No hace falta explicar más: transacción primero, fracaso luego y mito en fin. Sin Weimar no se comprende el texto de Bonn de 1949, ahora sí, exitoso donde los haya. Hasta el punto, y vuelvo a España, de habernos servido de inspiración treinta años más tarde, en 1978. Se conoce que hay que tropezar una vez para que a la segunda salgan las cosas (más o menos) bien.

También aquí hay que terminar sintetizando. En el casi medio siglo transcurrido entre 1871 y 1918 Alemania se había tecnificado mucho, con la acería y la industria del automóvil en la vanguardia. Pero todo estirón crea, ay, tensiones, sobre todo en lo que tiene que ver con lo más importante, las mentalidades, y el resultado de la primera guerra mundial las puso sobre la mesa con toda crudeza. Weimar consistió también, como Cádiz, en un programa de modernización, en singular desde el punto de vista del liberalismo. Pero ya sabemos que a veces las sociedades, cuando se sienten objeto de proyectos de ingeniería social, reaccionan a la defensiva. De ahí el desastre de 1933 pero de ahí igualmente que Weimar haya acabado deviniendo el mito que hoy es.

## V. RECAPITULACIÓN

1978 en España y 1949 (o sea, antes: esta vez ellos han ido antes que nosotros) en Alemania, sí. Ahora, en 2019, vemos todo eso (y más aún lo sucedido en 1812 y 1919) con los ojos del historiador, aunque no lo seamos a título profesional. "La historia es un conocer en función del presente, un saber para la práctica (…). De ahí que (…) el juicio histórico evolucione y cambie con el paso de las generaciones, y ello sin necesidad de rectificaciones eruditas que alteren el perfil de la verdad comprobada y aceptada de los hechos, sino por la simple modificación que lleva a su conjunto, desde el presente, al acontecer de cada día y de cada hora, y la consiguiente renovación del cuadro de selecciones valorativas: la historia se configura desde el presente con vistas al futuro. Pese al núcleo irreductible de la verdad histórica, del acontecimiento singular, decisivo e irrevocable que le sirve de anclaje, la historia es una función de la vida viviente, igual que la sociología"[10].

En ese sentido, la Cádiz de 1812 sobre la que ha escrito nuestro homenajeado y la Weimar de 1919 han devenido, por poco amable que fuese su

[10] Ayala, Francisco. *Tratado de sociología*, 3ª edición, Ed. Aguilar, Madrid, 1961, p. 168 y 169.

desempeño real, auténticos mitos. Y en cuanto tales (y no sólo por lo que significaron como inspiración en Bonn en 1949 y en Madrid en 1978, dos experimentos, se reitera, con mejor fortuna) forman parte de nuestra vida, queramos o no.

Al hilo de su libro "Los juegos del Sacromonte", del remoto 1975, Ignacio Gómez de Liaño ha dejado escritas recientemente estas palabras sobre "la capacidad que poseen ciertos mitos y ficciones para impregnar la historia, para abrir cauces a su curso, y conferirle significaciones y sentido":

> "La invención de los libros de plomo en la Granada de Felipe II, que dieron al lugar del hallazgo el nombre de Sacromonte, determinaron (a despecho de su carácter apócrifo) muchas cosas importantes –por ejemplo, la génesis del *Quijote*–, e influyeron significativamente en la vida española durante medio siglo. Suscitaron milagros, originaron sínodos, partieron lanzas por el señor Santiago, que, desde su prestigiosa leyenda, había reunido tantos y tan históricos servicios a la España cristiana, y pusieron en evidencia hasta qué punto la fantasía –incluso la superchería– puede transformarse en realidad histórica. Aquella ocasión fue materia de un experimento filosófico-literario, al que di el nombre de juegos, pero en el curso de la investigación documental el suceso fue recreándose ante mis ojos como un paradigma de la interacción entre mitos, imágenes y realidad histórica"[11].

Sí, los mitos (aquí, los de 1812, 1919 y también los de 1949 y 1978) interactúan con nosotros. Y, en esos cuatro casos, para bien.

De toda transacción, aunque se la tenga por fruto débil y poco menos que gallináceo, puede decirse lo mismo de lo pequeño: que es bella, aunque fracase a la primera, más aún cuando se la contemple con la distancia del tiempo.

Concluyo. Los constituyentes de Cádiz y de Weimar tuvieron mucho de visionarios, porque, pese a sus titubeos y sus tributos a un *statu quo* que detestaban y querían cambiar, eran conscientes de lo imperfecto de las sociedades a las que se dirigían y también porque sobrevaloraron sus propias capacidades de alterar las cosas: quizá hubieran leído demasiado al abate Sieyés y habían acabado convenciéndose de que su poder era poco menos que ilimitado. El "principio de realidad" del que hablaba Freud suele mostrarse implacable para quienes se dedican a ese tipo de fabulaciones: lo de 1814 y 1933 fueron verdaderos jarros de agua no ya fría, sino gélida. Pero, como de la naturaleza forma parte la contradicción (la tercera Ley de Isaac Newton), fue en ese fracaso donde estuvo su grandeza. También Don Quijote y Fausto pincharon en sus empeños y es precisamente por eso por lo que las culturas de España y Alemania no se entienden sin ellos. Han devenido casi más reales que quienes se los inventaron como personajes.

---

[11] Es el Prólogo de su libro *La Mentira social. Imágenes, mitos y conducta*, Tecnos, Madrid, 2019.

# AUGE, CAÍDA Y RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO EN LOS OCHENTA AÑOS DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

## I. 1939: UN AÑO SINGULAR EN LA HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO

En la historia del Derecho Público venezolano el año 1939 es singular desde varios puntos de vista. Apenas cuatro años después de la muerte de Juan Vicente Gómez, el tirano que gobernó a Venezuela desde 1908, el país se enrumbaba en una incierta transición democrática. El sucesor de Gómez –Eleazar López Contreras– impulsó esa transición a través de distintas reformas centradas en las instituciones del Estado que la dictadura de Gómez había logrado edificar. Fue así como en 1939 se adoptan una serie de medidas que al cambiar la relación entre Estado, sociedad y economía, evidenciaron un grado importante de consolidación de las instituciones administrativas.

También 1939 es importante pues el 13 de noviembre de ese año nace en Caracas Allan R. Brewer-Carías, el más destacado intelectual del Derecho Público venezolano y uno de los grandes autores del Derecho Público comparado. Esto permitió que Brewer-Carías formase parte –no solo como testigo, sino de manera destacada, como actor– en los cambios institucionales del Derecho Público venezolano que comenzaron a gestarse tras la muerte de Gómez, y que tuvieron un decisivo impulso en 1958, con el retorno de la democracia a Venezuela. El propio Allan R. Brewer-Carías se ha considerado como integrante de la "generación del 58", esto es, del grupo de venezolanos a cargo del inédito reto de construir la *República liberal democrática*, sobre las bases de la *República liberal autocrática* que comenzó a formarse desde nuestra Independencia.

---

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello Fellow, Growth Law-Harvard Kennedy School Profesor Invitado de la Universidad Castilla-La Mancha.

Lo ochenta años del profesor Allan R. Brewer-Carías, por ello, son una oportunidad propicia para repasar el proceso de auge, caída y reconstrucción del Derecho Público venezolano, desde 1939 cuando Venezuela iniciaba sus pasos como Estado moderno en transición a la democracia, hasta 2019, cuando sobre las ruinas del fallido Estado venezolano se intenta la reconstrucción del Derecho Público.

## II. LA FORMACIÓN DE LA REPÚBLICA LIBERAL AUTOCRÁTICA Y EL *GAP* POLÍTICO EN LA CREACIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

La historia del Derecho Constitucional venezolano es paradójica. En 1811 Venezuela aprobó su primera Constitución, una de las primeras Constituciones escritas del mundo, tomando el modelo constitucional de Estados Unidos de América, inspirado a su vez en el constitucionalismo británico.[1] Pero faltaban entonces las bases sociales sin las cuales las raíces de la Constitución no pueden crecer sólidamente. Alexis de Tocqueville[2] ya lo había advertido al explicar cómo el constitucionalismo en Estados Unidos era un reflejo de su composición social antes que de su Constitución escrita. Pues en realidad, ésta no fue más que el "gran invento" de una sociedad que defendió sus valores y principios culturales frente a los actos arbitrarios del Rey[3].

La situación de Venezuela era distinta. Sin todos los beneficios de la organización centralizada impuesta por los Borbones, la entonces Capitanía General de Venezuela surgió tardíamente y de manera fragmentada. La nueva mentalidad, según explica Elías Pino Iturrieta, fue recibida por una sociedad que, antes que todo, era colonial.[4] Por ello, y siguiendo a Germán Carrera Damas, la independencia en Venezuela puede ser entendida a través de signos

---

1 Sobre los fundamentos constitucionales de la independencia venezolana, *vid*. Yanez, Francisco Javier, *Manual Político del Venezolano,* Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1939. Véase en general la obra colectiva *La independencia y el Estado Constitucional en Venezuela: como obra de civiles (19 de abril de 1811, 5 de julio de 1811, 2 de diciembre de 1811)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales Nº 2, Ediciones EJV International, Miami 2018.

2 Toqueville, Alexis de, *La democracia en América,* Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 106 y ss.

3 La Constitución escrita en Estados Unidos fue el documento que resumió el nuevo pensamiento que dio forma al gobierno representativo y federal. Se trata, a no dudarlo, del gran aporte de la revolución americana al constitucionalismo. *Cfr*.: Berkin, Carol, *A brilliant solution. Inventing the American Constitution,* Mariner Books, Boston, 2003, pp. 11 y ss.

4 Pino Iturrieta, Elías, *La mentalidad venezolana de la emancipación,* bid. & co. Editor, Caracas, 2007, especialmente, pp. 246 y ss.

de continuidad del régimen monárquico y *ruptura selectiva* con tal régimen, ante el intento de edificar los fundamentos constitucionales de la República liberal. Empero, debido a las bases coloniales de nuestra sociedad, este intento se desvió a la llamada *República liberal autocrática,* esto es, el régimen político autoritario enmarcado en los moldes formales de la Constitución liberal.[5]

No solo durante el siglo XIX el modelo constitucional formal era distinto al modelo político imperante. Es que, en realidad, el Estado no tuvo existencia efectiva, no al menos bajo el concepto tradicional de Max Weber[6]. En realidad, el Estado no ejercía el monopolio legítimo sobre la violencia: el uso de la fuerza estaba desperdigado en las montoneras de los distintos caudillos, en lo que Elías Pino Iturrieta llamó el *país archipiélago*.[7]

Venezuela finalizó el siglo XIX como un *Estado natural,* de acuerdo con la terminología de Douglas North, o sea, una entidad política que no está basada en instituciones centrales y objetivas, sino en los pactos de los caudillos de turno, todo lo cual se traducía en una permanente inestabilidad política.[8] En 1899 esta realidad comenzaría a cambiar con lo que Inés Quintero llamo *el ocaso de una estirpe:* la sustitución de los mecanismos de dominación fragmentados de los caudillos por la dominación centralizada del Estado.[9] Este proceso lo inicia Cipriano Castro pero lo continúa tenazmente Juan Vicente Gómez. Para cuando Gómez muere, en 1935, las bases institucionales del Estado ya estaban fundadas, a través de la Hacienda Pública, la Administración Pública y, sobre todo, el Ejército Nacional.[10]

---

5 Carrera Damas, Germán, *De la abolición de la monarquía hacia la instauración de la República,* Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2009, pp. 9 y ss. Véase lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, "La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo", en Casal, Jesús María y Cuevas, María Gabriela, (ed) *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy,* T. II, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013.

6 Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva,* T. I, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss.

7 Pino Iturrieta, Elías, *País archipiélago, Venezuela, 1830-1858,* Fundación Bigott, Caracas, 2004, pp. 210-211.

8 North, Douglass, Wallis, John J., Weingast, Barry R., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history,* Cambridge University Press, Nueva York, 2012, pp. 1 y ss.

9 Quintero, Inés, *El ocaso de una estirpe,* Editorial Alfa, Caracas, 2006, pp. 11 y ss.

10 Véase, entre otros, a Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal,* Alfadil ediciones, Caracas, 2007, pp. 73 y ss. y Pino Iturrieta, Elías, *Venezuela metida en cintura. 1900-1945,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 89 y ss. Desde una perspectiva jurídica, *vid*. Brewer-Carías, Allan R. *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas,* Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1988, pp. 17 y ss.

El proceso de centralización del Estado llevó a dictar numerosas Leyes administrativas que fueron organizando al Estado y regulando áreas en las que, hasta entonces, el Estado no tenía presencia alguna. No es casualidad, por ello, que la clase de Derecho Administrativo haya sido creada en 1919, como resultado de este proceso de centralización.[11]

El rasgo distintivo de las reformas promovidas por Gómez, retomando los estudios de Heller, fue el monopolio del uso legítimo de la violencia, que pasó de las montoneras fragmentadas al naciente Ejército Nacional[12]. Cabe así recordar, con Tilly, que la formación del Estado es consecuencia de la evolución social que lleva a organizaciones criminales basadas en reglas subjetivas de dominación a evolucionar hacia reglas objetivas y estables, en las cuales –por beneficio común– se acuerda el monopolio legítimo del uso de la fuerza en el Estado.[13] Se trata de un proceso de modernización política –Huntington– que favorece la legitimidad del sistema político, o si se quiere, la gobernanza pública, entendido como el proceso de deliberación y adopción de políticas públicas.[14]

## III. EL PETRÓLEO Y LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA BAJO LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

Pero siguiendo a Huntington, es preciso apreciar que el proceso de formación del Estado central bajo el régimen de Juan Vicente Gómez estuvo afectado por un *gap* político, causado por la rapidez del cambio social en comparación con el fortalecimiento más lento de las instituciones recién creadas. Este gap, sin duda, fue incentivado por el cambio producido por la industria petrolera, que surge en 1914 y que en pocos años transformó la estructura

---

11 *Cfr.*: Textos Fundamentales del Derecho Administrativo (Cien años de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Caracas, 2010, en el cual nos correspondió escribir el estudio introductorio. Un completo análisis comparativo de los programas de Urbano y Álvarez puede ser visto en Brewer-Carías, Allan R. "Una pincelada histórica sobre el sistema de enseñanza del Derecho administrativo", en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo*, T. I, Paredes, Caracas, 2009, pp. 23 y ss.

12 *Cfr.*: Ziems, Ángel, *El gomecismo y la formación del Ejército Nacional,* Ateneo de Caracas, 1979, pp. 201 y ss. En cuanto al marco teórico, *vid*. Heller, Herman, *Teoría del Estado,* Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, pp. 169 y ss.

13 Tilly, Charles, "War Making and State Making as Organized Crime", en Evans, Peter, et al (ed.), *Bringing the State Back In,* Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 167 y ss.

14 Huntington, Samuel, *Political order in changing democracies,* Yale University Press, New Haven, 1968, pp. 8 y ss.

fiscal del Estado.[15] Así, los tributos dejaron de ser el ingreso fiscal predominante, posición que fue ocupada por el ingreso petróleo que el Estado captó en su condición de propietario de los yacimientos. Incluso el propio régimen de Gómez acusó estos cambios cuando, hacia el final, decidió crear las primeras empresas del Estado.[16]

A la muerte de Gómez iniciaría la transición hacia la República Liberal democrática. En primer término este proceso fue conducido por Eleazar López Contreras, quien basado en las reformas institucionales del régimen de Gómez, avanzó en el proceso de institucionalización del Estado. En 1939 se alcanza un hito importante, con la creación del Banco Central de Venezuela[17], y posteriormente, con la adopción de medidas de excepción para la regulación de la economía a través de la Presidencia de la República.[18]

Allan R. Brewer-Carías nace, por ello, en una época de transición, de una sociedad que había logrado organizarse al margen del Estado a una sociedad que comenzó a organizarse al amparo del Estado, administrador del ingreso petróleo. Esta relación avanzó todavía más durante la presidencia de Isaías Medina Angarita, quien al igual que López Contreras, contribuyó al asentamiento del Estado central y, en especial, al cambio de relación entre el Estado y el petróleo, como quedó reflejado en la *Ley de Hidrocarburos* de 1943.[19]

Para este momento, la impronta del petróleo en el Estado era ya notable. La máxima de sembrar el petróleo, planteada desde perspectivas distintas por Rómulo Betancourt y Arturo Uslar Pietri, se tradujo en la necesidad de am-

---

15 En general, *vid*. Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico del Derecho de los hidrocarburos en Venezuela,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

16 Un completo estudio de la política petrolera de Gómez en McBeth, B.S., *Juan Vicente Gómez and the oil companies in Venezuela, 1908-1935,* Cambridge University Press, 1983, pp. 5 y ss. Sobre los orígenes del Estado empresario en Venezuela, *vid*. Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 31 y ss.

17 Sobre la génesis y evolución del BCV, con referencias a la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolana, véanse nuestros anteriores trabajos, en colaboración con Carlos Hernández Delfino: "El Banco Central de Venezuela", en *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XX. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez,* Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 287 y ss., y "Reflexiones sobre el régimen de la autonomía del Banco Central de Venezuela", en *Temas actuales de Derecho Bancario. Libro homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré,* FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 333 y ss.

18 Brewer-Carías, Allan R. *Evolución del régimen legal de la economía 1939-1979*, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia, 1980, pp. 15 y ss.

19 Machado de Acedo, Clemy, *La reforma de la Ley de Hidrocarburos de 1943: un impulso hacia la modernización*, Caracas, 1990, pp. 8 y ss.

pliar los cometidos públicos a la promoción del desarrollo económico y social. Para ello, el Estado avanzó aceleradamente en la formación de la Administración Pública Nacional, a través de la cual no solo se distribuyó el ingreso petrolero –en el cual el Estado cada vez participaba más– sino que además, se asumió la función de regulación de actividades económicas privadas.[20]

El 18 de octubre de 1945 Medina es depuesto por un golpe cívico-militar, lo cual cierra un ciclo que, con cierta simpleza, ha sido calificado de hegemonía andina, simplemente por la coincidencia geográfica del lugar de nacimiento de quienes gobernaron a Venezuela entre 1899 y 1945. En realidad, el ciclo que se cierra es el de formación inicial del Estado central en Venezuela bajo las formas de la República Liberal autocrática. Con lo cual, a partir de 1945 comenzarán a introducirse las reformas orientadas a implementar la República Liberal democrática a la sombra del Petro-Estado.[21]

## IV. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ORÍGENES DE LA DEMOCRACIA

Para 1945 Venezuela había completado la evolución de un *Estado natural* hacia el *Estado moderno*. Las reglas subjetivas de dominación impuestas por los caudillos evolucionaron hacia reglas objetivas de conducta, o sea, las *instituciones.* Tal fue, a no dudarlo, el principal aporte de la dictadura de Gómez, completado bajo las presidencias de López Contreras y Medina Angarita. Ahora el reto era convertir esa *República liberal autocrática* en una *República liberal democrática*.[22]

El *Estatuto electoral,* aprobado en 1946 ha sido considerado por Carrera Damas como el documento más importante tras la declaración de independencia. No es una afirmación exagerada: tal *Estatuto* abolió el talente censitario que el gobierno representativo tenía y, por vez primera, permitió a todo venezolano votar –al margen de su nivel de educación o estrato social–[23].

Un año después, en 1947, es aprobada una nueva Constitución, en la cual se formaliza la nueva relación entre Estado, sociedad y economía bajo el

---

20 Hernández G., José Ignacio, El pensamiento jurídico del Derecho de los hidrocarburos en Venezuela, cit.

21 Brewer-Carías, Allan R. *Historia constitucional de Venezuela. Colección Tratado de Derecho Constitucional*. T. I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 415 y ss.

22 Para estas categorías, *vid*. North, Douglass, Wallis, John J., Weingast, Barry R., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, *cit*.

23 Carrera Damas, Germán, "El año 1° de la democracia venezolana", en *Rómulo Betancourt. Antología Política,* Volumen Cuarto, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2006, pp. 7 y ss.

principio de justicia social. El Estado venezolano asume como cometido la promoción de condiciones de igualdad, lo que en realidad no fue más que la transformación jurídica de la función estatal de distribución del ingreso petrolero. Este cambio demostró que el proceso de centralización había avanzado a un punto en el cual la Administración Pública podía asumir cometidos propios del Estado social[24].

Sin embargo, y arrastrando una deficiencia que, según explicamos, estuvo presente durante la primera mitad del siglo XX, esta evolución social avanzó a un ritmo más rápido que el grado de desarrollo de las propias instituciones, muy sobrecargadas por el crecimiento de cometidos estatales a la sombra del ingreso petrolero. Esto puede explicar lo breve del experimento democrático, pues a los pocos meses de la elección de Rómulo Gallegos, en 1948, se produjo un nuevo golpe militar que extendió la dictadura hasta 1958.

El decenio 1948-1958 impidió avanzar en las instituciones democráticas, pero no detuvo el avance institucional del Estado venezolano, cuya dependencia del petróleo pasó a ser más predominante. Esto llevo a que las relaciones entre el ciudadano y el Estado formado entre 1908 y 1945 comenzasen a ser, cada vez con mayor frecuencia, relaciones jurídico-administrativas, esto es, relaciones con la Administración Pública. No se trató de un caso aislado. Antes por el contrario, para la segunda mitad del siglo XX el Estado evolucionó hasta el llamado *Estado administrativo,* esto es, aquel en el cual predomina el rol de la Administración Pública en la consecución de los cometidos públicos. De esa manera, en Venezuela, la formación del Estado administrativo es resultado del proceso de centralización alcanzado con la dictadura gomecista y el incremento de las demandas de la sociedad derivadas de la impronta de la industria petrolera[25].

Cuando en 1958 es derrocada la dictadura, Venezuela estaba ya organizada como un Estado administrativo centralizado en torno al ingreso petrolero. Sin embargo, las instituciones del Estado no solo eran jóvenes, sino que además, se habían formado bajo la distorsión del ingreso petrolero, que convirtió al Estado –como propietario de los yacimientos– en el principal actor de la economía. Luego, la incipiente democracia se edificó bajo un Estado administrativo centralizado y petrolero, que muy pronto degeneraría en Petro-Estado en desmedro de las bases democráticas del Estado, pues la sociedad

---

[24] Brewer-Carías, Allan R. *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela,* Editorial Tecnos Madrid, 1975, pp. 123 y ss.

[25] El Estado administrativo es aquel cuyo centro de poder, preponderantemente, descansa en la Administración Pública, esto es, en la organización jerárquica a través de la cual el Poder Ejecutivo gestiona en concreto los cometidos públicos. El Estado administrativo, resultado de la expansión de los cometidos públicos, es una figura propia de mediados del siglo XX. *Cfr*.: Dwight, Waldo, *The administrative state*. *A study of the political theory of american public Administration,* Transaction Publishers, New Brunswick, 2007, pp. 65 y ss.

civil, lejos de organizarse libre y dependiente, se organizó cada vez con mayor dependencia al Estado[26].

Ahora bien, la formación del Estado administrativo derivó en el incremento de las disputas entre el ciudadano y la Administración Pública, las cuales fueron resueltas por el Poder Judicial a través de la incipiente jurisdicción contencioso-administrativa. Ello permitió a Allan R. Brewer-Carías descubrir, a inicios de la década de los sesenta, la existencia de un sistema de Derecho Administrativo oculto en la jurisprudencia y orientado a prevenir el abuso de poder de la Administración Pública. Se trató de un Derecho Administrativo formado a las sombras de regímenes autoritarios, sin los cuales difícilmente hubiese podido continuarse y consolidarse el proceso de centralización. Derecho Administrativo, en fin, resultado del incremento de disputas jurídico-administrativas como consecuencia de la paulatina formación del Estado administrativo[27].

Además, este Derecho Administrativo fue analizado por Brewer-Carías y el resto de la doctrina que asumió su estudio luego de 1958, bajo el molde del *régimen administrativo francés,* esto es, un Derecho Administrativo basado en reglas exorbitantes del Derecho Común en las cuales la Administración Pública cuenta con privilegios para la definición unilateral del interés general. Así lo había asumido la jurisprudencia desde la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 5 de diciembre de 1944, caso *Astilleros La Guaira*, la cual creó la tesis del contrato administrativo, y con ello, la idea central del Derecho Administrativo en Venezuela, según la cual la Administración Pública puede quedar sustraída del Derecho Común –o sea, el Derecho Civil– para quedar sometida a un régimen jurídico especial y exorbitante. A partir de ese momento el Derecho Civil dejó de aplicar de manera general a la Administración Pública, y las Leyes administrativas pasaron de ser Leyes especiales a Leyes que crearon un régimen exorbitante del Derecho Civil[28].

No se trató, sin embargo, de un Derecho arbitrario. Recordando a Rivero[29], el Derecho Administrativo en Venezuela también tenía prerrogativas en menos, ante las limitaciones impuestas a la Administración Pública en el

---

26 Bautista Urbaneja, Diego. *La renta y el reclamo,* Editorial Alfa, Caracas, 2013, pp. 38 y ss.

27 Para el contexto de esta obra, *vid*.: Hernández G., José Ignacio (coordinador), *Libro homenaje a las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

28 Hernández G., José Ignacio, "Hacia los orígenes históricos del Derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho público y el Derecho privado", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 147,* Caracas, 2009, pp. 39 y ss.

29 Rivero, Jean, ¿Existe un criterio de Derecho administrativo?, en *Páginas de Derecho administrativo,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, pp. 33 y ss.

marco del principio de legalidad y la universalidad de control de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en relación con la potestad discrecional[30]. Esta construcción se vio reforzada en la década de los setenta e inicios de la década de los ochenta, en especial, con la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* que estableció las bases de la jurisdicción contencioso-administrativa[31] y la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* que culminó el proceso de conquista de la Administración Pública por la Ley, incluso en el plano formal de la actividad administrativa.[32]

## V. EL PETRO ESTADO, EL SESGO ESTATISTA DEL DERECHO PÚBLICO Y LA CRISIS TERMINAL DEL SISTEMA POLÍTICO A LA SOMBRA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AUTORITARIO POPULISTA

Tal y como hemos expuesto, la evolución del Derecho Administrativo estuvo marcada por la configuración de Venezuela como Petro-Estado. Siguiendo los trabajos de Terry Lyn Karl y Ross, entre otros, puede observarse cómo el paulatino incremento del control del Estado sobre la industria petrolera –fuente casi exclusiva de divisas por medio del ingreso petrolero– llevó a consolidar a Venezuela como un Petro-Estado, lo que agudizó los efectos del centralismo y del presidencialismo[33]. Especialmente luego de la nacionalización petrolera de 1975, la Presidencia de la República pasó a ser el operador, administrador y distribuidor del ingreso petrolero, todo lo cual trastocó el principio de separación de poderes. La primacía del Poder Ejecutivo quedó en evidencia por el régimen de excepción que, desde 1939, permitió a la Presi-

---

30 Brewer-Carías, Allan R. "Algunas bases fundamentales del derecho público en la jurisprudencia venezolana (Compilación)", en *Revista de la Facultad de Derecho, N° 27*, Universidad Central de Venezuela Caracas diciembre, 1963, pp. 143 y ss.

31 Véase la obra colectiva *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 15 y ss.

32 Ruan Santos, Gabriel, "La Administración y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *Revista de Derecho Público* N° 18*,* Caracas, 1984, pp. 57 y ss. En general, *vid*. Brewer-Carías, Allan R. *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

33 Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997, pp. 44 y ss., y Ross, Michael *The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations*, Princenton University Press, Princenton, 2012, pp. 47-58.

dencia de la República regular e intervenir en la economía, incluso, por medio de Leyes habilitantes otorgadas por el Poder Legislativo[34].

Con lo cual, el Derecho Administrativo venezolano del siglo XX se vio impactado por dos fuerzas: *(i)* su configuración sobre las bases del régimen administrativo que reconoce privilegios al Poder Ejecutivo y *(ii)* el fortalecimiento del Poder Ejecutivo bajo el Petro-Estado sobre las bases del Estado centralizado formado bajo regímenes autocráticos. Inevitablemente ello llevó al Estado a convertirse en el principal actor de la economía, tanto en su rol de Estado empresario como en su rol de Estado regulador.

Para la década de los ochenta, este modelo estatista llevó al colapso de la economía, manifestado en 1983 cuando el Gobierno se vio forzado a devaluar la moneda en un intento de responder a la crisis en la balanza de pagos. Desde entonces, el desarrollo estuvo signado en Venezuela por un deficiente crecimiento económico, inflación e inequidad social[35]. Justo un año después de la crisis económica de 1983 se creó la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), lo que implicó el reconocimiento de que el Estado venezolano debía ser profundamente reformado[36]. Las propuestas, empero, no fueron implementadas: tan solo durante la segunda presidencia de Carlos Andrés Pérez (1989-1993) se avanzó en el proceso de descentralización, no solo dotando a Estados y Municipios autonomía sino además, permitiendo la elección democrática de sus autoridades[37].

Ahora bien, durante la década de los noventa el Derecho Público venezolano logró avances importantes de la mano del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo[38]. Lamentablemente los logros alcanzados por este cambio jurídico se vieron opacados por el avance de la crisis política.

---

34 Brewer-Carías, Allan R. "El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela", en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera,* T. II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, *cit*. pp. 1.154 y ss.

35 Hausmann, Ricardo y Rodríguez, Francisco, *Venezuela before Chávez*, The Pennsylvania State University Press-University Park, Pennsylvania, 2014.

36 Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), *Antecedentes de la reforma del Estado,* Caracas, 1990, pp. 11 y ss.

37 Véase la obra editada por Brewer-Carías, Allan R. *Leyes y Reglamentos para la descentralización política de la federación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

38 Brewer-Carías, Allan R. "Bases constitucionales del Derecho administrativo en Venezuela" en *Revista de Derecho Público* N° 16, Caracas, 1983, pp. 5 y ss., así como "Consideraciones sobre el contencioso administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración", en *Revista de Derecho Público* Nº 49, Caracas, 1992, pp. 5 y ss.

El *gap político,* al cual antes nos referimos, lejos de cerrarse, se agravó, no solo como consecuencia de lo que Fukuyama llama el declive político[39] sino además, por la crisis económica que agravó las secuelas de la desigualdad.

Por ello, al final de esa década, el consenso apuntaba a que el modelo político pactado en 1958 y formalizado en la Constitución de 1961 había entrado en *crisis terminal*, como le denominó Brewer-Carías[40]. Esto lo supo aprovechar muy bien Hugo Chávez, quien luego de ser sobreseído en 1995, comenzó a elaborar un programa político autoritario-populista. Este discurso encontró eco en ciertos sectores de la sociedad venezolana pero en especial, en cierta dirigencia política y económica que quiso aprovecharse del discurso anti-sistema de Chávez para intentar un reacomodo de las fuerzas políticas.

La propaganda autoritaria-populista de Chávez se condensó en la idea de la *asamblea nacional constituyente originaria.* Solo el pueblo podía asumir directamente la soberanía para demoler las ruinas del Estado y edificar un nuevo pacto social. Luego de su elección en diciembre de 1998, Chávez logró avanzar en este proyecto, en parte, pues la Corte Suprema de Justicia, en enero de 1999, rehusó cumplir su rol de guardián de la Constitución y de manera ambigua, avaló la convocatoria de una asamblea nacional constituyente al margen de lo previsto en la Constitución de 1961[41].

Se trató, como advirtió Allan R. Brewer-Carías, de un golpe de Estado. Luego de la elección de la asamblea nacional constituyente –con una sobrerrepresentación de Chávez debido a la manipulación de las condiciones electorales– ésta asumió poderes originarios, o sea, absolutos, a los fines de intervenir los Poderes Públicos previstos en la Constitución de 1961 e incluso, interferir en la conformación de los nuevos Poderes Públicos previstos en la Constitución sancionada en diciembre de 1999, que fue violada por el propio régimen de Chávez desde ese momento[42].

Esto permitió a Chávez concentrar poderes en torno a la Presidencia de la República, proceso que alcanzó un hito importante cuando en 2004 se dictó

---

39 Fukuyama, Francis, *Political order and political decay,* Farrar, Strauss and Giroux, New York*,* 2014, pp. 26 y ss.

40 Se trató (escribió Brewer-Carías) de "la crisis terminal del sistema político que fue instaurado a partir de los años cuarenta, y que montado sobre un esquema de Estado Centralizado de Partidos, tuvo como proyecto político la implantación de la democracia…" *Cfr.*: "Cinco Siglos de Historia y un País en Crisis", Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comisión Presidencial del V Centenario de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 95 y ss.

41 Véase en general, para todo lo expuesto, a Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015.

42 *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela,* Universidad Autónoma de México, México, 2001, pp. 32 y ss.

la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,* con el deliberado propósito de controlar políticamente a la Sala Constitucional, órgano al cual le corresponde ejercer, con amplitud indebida, la jurisdicción constitucional[43].

Desde entonces, se fue adoptado lo que hemos denominado el Derecho Constitucional autoritario-populista[44]. Así, la doctrina ha analizado cómo los llamados regímenes híbridos o autoritarismos competitivos[45] usan y manipulan las instituciones constitucionales para avanzar en medidas autoritarias[46]. En el caso venezolano, ese autoritarismo fue agravado por el populismo de Chávez[47], basado en la permanente contraposición entre el "pueblo" y las "élites corruptas", que progresivamente comenzaron a estar formadas por toda la disidencia en contra de Chávez.[48].

El signo distintivo de este Derecho Constitucional autoritario-populista fue la propuesta de reforma constitucional de 2007, por la cual Chávez intentó transformar a Venezuela en un *Estado comunal,* o sea, un Estado basado en organizaciones populares que supuestamente ejercen de manera directa la soberanía popular pero que, en realidad, dependen políticamente de Chávez y de su partido político, el Partido Unido Socialista de Venezuela (PSUV). Esta reforma fue rechazada en diciembre de ese año. Pero Chávez, valiéndose del control político de la Asamblea Nacional y, especialmente, de la Sala Constitucional, introdujo esa reforma por medio de Leyes y sentencias, en un claro fraude constitucional que desmontó las instituciones del Estado de Derecho[49].

---

43 La imprecisión de las atribuciones de la Sala Constitucional junto a su pérdida de autonomía, permitieron a esa Sala coinvertirse en el brazo judicial de implementación de las políticas autoritarias del socialismo del Siglo XXI. *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan R. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007.

44 Hernández G., José Ignacio. "Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience", en http://www.iconnectblog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/.

45 Levitsky, Steven y Way, Lucan. "The Rise of Competitive Authoritarianism", en *Journal of Democracy*, 13(2), 2002, pp. 51-65.

46 Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto. "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", así como Tushnet, Mark, "Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues", en *Constitutions in Authoritarian Regimes.* Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y ss., y 36 y ss.

47 Para el marco conceptual del autoritarismo populista, *vid*. Norris, Pippa e Inglehart, Ronald. *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and the rise of authoritarian populism.* Oxford University Press, 2019, pp. 12 y ss.

48 Hernández G., José Ignacio. *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socioeconómico en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 323 y ss.

49 Véase la obra colectiva *Leyes orgánicas sobre el poder popular y el estado comunal,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

Este proceso de desmantelamiento gradual del Estado de Derecho se aceleró a partir de 2015, cuando tras el triunfo de la oposición democrática en la elección de la Asamblea Nacional, el régimen de Maduro adoptó una serie de decisiones autoritarias orientadas a impedir el ejercicio de las competencias de la Asamblea Nacional[50], proceso consolidado luego de la elección de la fraudulenta e ilegítima asamblea nacional constituyente en 2017[51]. Al año siguiente el régimen de Maduro organizó una fraudulenta elección presidencial[52] que fue desconocida no solo por la Asamblea Nacional sino por la comunidad internacional. Esto permitió que, a partir del 10 de enero de 2019, la Presidencia de la República fuese ejercida por el Presidente de la Asamblea Nacional en su condición de Presidente encargado, de conformidad con el artículo 233 de la Constitución[53].

## VI. LA (RE)CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO

El lento proceso de desmantelamiento del Estado de Derecho comprueba la tesis de Acemoglu y Robinson[54], en el sentido que las instituciones extractivas (las reglas que violentan la propiedad privada fomentan el abuso de poder y la corrupción, y diezman a la sociedad civil) socavaron la capacidad estatal de Venezuela, lo que se agravó la emergencia humanitaria compleja. En cierto modo, Venezuela ha vuelto al siglo XIX, en una especie de país archipiélago en el que se ha perdido el monopolio del ejercicio de la violencia legítima.

Por ello, la transición que inició el 10 de enero de 2019 tiene, en realidad, envuelve tres procesos de transición: *(i)* de un Estado fallido y criminal a un Estado funcional y efectivo; *(ii)* de un régimen autocrático a un régimen basado en la democracia constitucional y *(iii)* de una economía centralizada y devastada a una economía social de mercado.

---

50 Por todos, *vid*. Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

51 Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos. *Estudios sobre la asamblea nacional constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017.

52 Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio. *Informe preliminar sobre la violación de las condiciones de integridad electoral en las "elecciones presidenciales" de Venezuela del 20 de mayo de 2018*, Caracas, 2018.

53 Véase el trabajo editado por Brewer-Carías, Allan R. *Transición hacia la democracia en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.

54 Acemoglu, Daron y Robinson, James. *Why Nations Fail,* Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

Restituir la capacidad del Estado venezolano para cumplir sus cometidos estatales requerirá construir un nuevo Derecho Público basado en la libertad general del ciudadano. Dos rasgos distintivos deberá tener ese Derecho Público:

En *primer* lugar, el nuevo Derecho Público en Venezuela debe replantear la relación entre Estado, petróleo y sociedad. Mientras Venezuela siga siendo un Petro-Estado los riesgos de la centralización y del presidencialismo estarán presentes. Desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado, por ello, es la primera condición necesaria para construir un nuevo Derecho Público en Venezuela centro en la libertad general del ciudadano y su autonomía para satisfacer sus propias necesidades.

En *segundo* lugar, el nuevo Derecho Público no puede limitarse a organizar y limitar el ejercicio del Poder Público por medio de la separación horizontal y vertical de poderes y el establecimiento de un efectivo sistema de pesos y contrapesos. Además, el nuevo Derecho Público en Venezuela debe diseñarse para crear soluciones efectivas a la desigualdad económica, pero sin repetir los errores del estatismo y paternalismo propios del Petro-Estado, y por supuesto, obviando las arbitrariedades del populismo autoritario del Chávez y Maduro. Cerrar el gap político en Venezuela implica, por ello, construir un nuevo Derecho Público que partiendo de la centralidad del ciudadano y la primacía de su libertad general, diseñe el marco institucional necesario para atender las causas efectivas de la desigualdad, y permita atender las causas que llevaron a Venezuela a una emergencia humanitaria compleja sin precedentes.

Boston, noviembre de 2019

# LOS DERECHOS HUMANOS INTANGIBLES (SEGÚN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999)

Claudia NIKKEN*

Ochenta años del *maestro* Brewer-Carías… de los cuales catorce viviendo en el exilio. Catorce años durante los cuales, además de ejercer su defensa ante los atropellos del régimen venezolano[1], no solo ha multiplicado su obra escrita[2], sino que con ella ha cumplido la doble misión de denunciar y explicar alrededor del mundo, usando los métodos del derecho, lo que viene ocurriendo en su país –nuestro país– desde 1999, es decir, el proceso de desmantelamiento de lo que alguna vez tuvo la forma y en buena parte el fondo de un Estado de derecho[3]. Catorce años que, lejos de hacer mella en su talante aca-

* Abogado (Universidad Central de Venezuela). DEA (Máster) de Derecho Público Interno (Universidad de París II). Doctora en Derecho (Universidad de París II). Profesora de Derecho Administrativo (Universidad Central DE Venezuela). Profesora en el Máster DE Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello). Socia en Baumeister & Brewer.

1 Fuera de la defensa institucional, ha publicado varias obras producto de la misma. Por ejemplo, Brewer-Carías, A.R. *En mi propia defensa,* Col. Opinión y Alegatos Jurídicos Nº 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, disponible en http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.109%20EN%20MI%20PROPIA%20DEFENSA.%202006.pdf; Brewer-Carías, A.R. *Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho.* Ponencia presentada al XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, sobre "El Diseño institucional del Estado Democrático", Bogotá, septiembre de 2015; disponible en http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2015/09/1160.-1107-Brewer.-Denegación-de-justicia-internacional-y-desprecio-por-el-derecho.-XII-Congreso-Dcho-Const.-Bogotá.pdf.

2 El vasto catálogo de su obra puede revisarse, en vivo, aquí: http://allanbrewercarias.com.

3 Entre muchas otras obras, puede consultarse A. R. Brewer-Carías, *El desmantelamiento de la democracia y el estado totalitario*, Col. Tratado de Derecho Constitucional, T. XV, Fundación de Derecho Público - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017. Para Venezuela, está en libre acceso desde http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/TRATADO-DC.-TOMO-XV-9789803653026-txt.pdf.

démico de investigador, conferencista y maestro, han reforzado sus cualidades, permitiéndole desarrollarlas a un nivel que quizás no habría alcanzado de haber seguido llevando su vida "normal" en Caracas. Por ello, las líneas que siguen pretenden rendir homenaje al *Profesor*, al investigador incansable, al autor.

Originalmente, mi trabajo era otro. La vida *–que es lo que sucede mientras uno la va planificando–* me condujo a cambiar tema: las dificultades no me iban a impedir participar en este más que merecido homenaje.

Entonces, de un trabajo sobre *las bases constitucionales del derecho administrativo*, tema en el cual el *maestro Brewer* fue pionero en Venezuela[4], paso a uno que versa sobre derechos humanos, que es otra de las áreas a las cuales ha dedicado parte de sus estudios[5].

Dicho esto, para aprovechar el tiempo y el espacio, que son breves, comienzo.

Conceptualmente, si bien una constitución es el marco general del ejercicio de toda actividad estatal, *adicionalmente*, contiene lo que se conoce como "carta de derechos", con lo cual, además de limitar el ejercicio del poder frente a los ciudadanos, guía la actuación estatal. En un Estado social de derecho, esto significa que los derechos de las personas no son únicamente límites que se imponen a la autoridad, sino que, estando el Estado obligado a garantizar su ejercicio, *se traducen en lineamientos esenciales de su actuación.*

Desde du promulgación[6], la *Constitución* venezolana ha sido *alabada* por su contenido en materia de derechos humanos. Se ha declarado que se

---

4 Ver, por ejemplo, Brewer-Carías, A.R. *Bases constitucionales del derecho administrativo,* Curso de Postgrado –Derecho Administrativo Profundizado– UCV, 1982. Dactilografiado. Disponible en http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/I.2.61%20BASES%20CONSTITUCIONALES%20DEL%20DA%201982.pdf; A.R. Brewer-Carías. *Las bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela,* Revista de Derecho Público Nº 16 (oct-dic 1983), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 5-20; disponible en http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/205.%20Bases%20constitucionales%20del%20Derecho%20Administrativo%20en%20Venezuela%20rdpub_1983_16_5-19.pdf; Brewer-Carías, A.R. *Tratado de Derecho Administrativo – Derecho Público en Iberoamérica*, V. I – El derecho administrativo y sus principios fundamentales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 42-236; disponible para Venezuela en http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/07/BREWER-TRATADO-DE-DA-TOMO-I-9789803652067-txt-1.pdf.

5 Ver catálogo en http://allanbrewercarias.com/?s=derechos+humanos&taxonomy_year= .

6 Debo decir que, como he expresado ya en varias partes, en mi opinión el Estado venezolano carece en la actualidad de una constitución escrita y rígida [Ver, entre otras publicaciones, Nikken, C. "Sobre la invalidez de una constitución", en

trata de un *modelo* en lo que se ha venido llamando *nuevo constitucionalismo latinoamericano*[7].

Entre las características de esa regulación, encontramos la calificación de algunos derechos, por el constituyente, como *intangibles*. Esa calificación aparece en el artículo 337 del texto fundamental en los términos siguientes: "[en el caso de que se haya decretado un estado de excepción], podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y *los demás derechos humanos intangibles*" (énfasis añadido).

Así, desde una primera –y simple– aproximación, es posible concluir que *los derechos intangibles son aquellos cuya garantía no puede ser restringida en el marco de un estado de excepción*[8].

---

*El Derecho Público a Comienzo del Siglo XXI – Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, T. I, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, pp. 206-218. Nikken, C. *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la constitución,* Col. Estudios Monográficos Nº 10, Editorial Jurídica Venezolana – CIDEP, Caracas, 2018, pp. 44-45]. En primer lugar, porque desde el momento mismo de su sanción esa *Constitución* era jurídicamente inaplicable, sin contar las diversas modificaciones irregulares de las que ha sido objeto, siendo la última de ellas la enmienda constitucional del 15 de febrero de 2009; sino porque el Tribunal Supremo de Justicia ha invalidado la norma fundamental de esa *Constitución* y su positivación. Hoy en día, me atrevo a afirmar que Venezuela ni siquiera cuenta con una *constitución formal*, no solo como consecuencia del proceso de desmantelamiento que ha sufrido, sino en particular, luego de la convocatoria y posterior instalación de una asamblea nacional constituyente entre julio y agosto de 2017, que no tiene ningún sustento en la realidad jurídica o política y que, además, sistemáticamente interviene el ordenamiento jurídico sin base en la supuesta Constitución formal [Sobre esto, ver Brewer-Carías, A. R. y García Soto, C. (coord.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente,* Temis – Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá - Caracas, 2017].

7 Sobre este nuevo constitucionalismo latinoamericano, es interesante el trabajo de Salazar Ugarte, P. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en "El constitucionalismo contemporáneo – Homenaje a Jorge Carpizo", Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2013, pp. 345-387; disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf). Ver también, y por supuesto, Brewer-Carías, A.R. *El "nuevo constitucionalismo latinoamericano" y la destrucción del estado democrático por el juez constitucional. El Caso de Venezuela,* Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid - Buenos Aires, 2018.

8 Ver Nikken, C. "Los derechos constitucionales que enmarcan el ejercicio de la actividad administrativa", en "20 años de FUNEDA y el derecho público en Venezuela", V. 1, Caracas, 2015, pp. 88-92.

Según la enumeración contenida en la norma citada, se trataría del derecho a la vida (artículo 43), de la prohibición de incomunicación o tortura (artículos 44.2 y 46.1), del derecho al debido proceso (artículo 49) y del derecho a la información (artículos 58, 28, 66 y 143). Habría, además, *otros* derechos *intangibles,* según expresa la norma.

En ese sentido, del texto de la *Constitución* aparecen otros derechos cuya garantía no es susceptible de restricción ni siquiera en estado de excepción, por lo que también son *intangibles*[9]: el derecho de amparo (artículo 27) y el derecho a no ser sometido a desaparición forzada (artículo 45).

Ahora bien, ¿son esos los únicos derechos humanos intangibles según la *Constitución* venezolana de 1999?

Para responder a esa pregunta, es decir, para establecer el *catálogo* de derechos intangibles en Venezuela (2), es necesario aproximarse al régimen constitucional de los derechos humanos (1).

## I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

La esencia del régimen constitucional de los derechos humanos en Venezuela se encuentra en su artículo 19[10], de cuyo texto derivan los siguientes principios: *1)* El régimen de los derechos humanos está definido en la *Constitución*, en los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, y en las leyes dictadas para desarrollarlos; *2)* Los derechos humanos son *progresivos; 3)* El goce y ejercicio de los derechos humanos es universal, irrenunciable, indivisible e interdependiente.

Esa disposición debe leerse con los artículos 22 y 23 de la misma *Constitución*[11]. El primero consiste en una *cláusula abierta*[12] que recoge el princi-

---

9 El artículo 89.1 de la *Constitución* establece que ninguna ley puede alterar la *intangibilidad* de los derechos y beneficios laborales. ¿Quiere esto decir que en caso de estado de excepción los derechos y beneficios laborales no pueden ser objeto de medidas excepcionales? No parece razonable afirmar eso, aunque no se descarta que ese sea el sentido. Pospongamos la discusión.

10 **Artículo 19.** El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

11 **Artículo 22.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no

pio según el cual los derechos humanos no se agotan en instrumentos escritos o no, ratificados o no[13], que los definan como tales, pues garantiza y protege, en general, *todos los derechos inherentes a la persona*[14]. El artículo 23, por su parte, recoge dos principios relativos ambos a los tratados sobre derechos

---

figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

**Artículo 23.** Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

12 Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1858 existe en Venezuela una cláusula general de protección de los derechos *inherentes a la persona humana*, seguramente a partir de la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, de acuerdo con la cual "*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".*

Esa primera cláusula estableció que "[l]a precedente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otro derechos que puedan corresponder a los individuos, y que no estén comprendidos en este título" (artículo 28 de la Constitución de 1858). El antecedente inmediato de la norma vigente el artículo 50 de la Constitución del 23 de enero de 1961 que se refirió a los "derechos inherentes a la persona humana", y no ya a los derechos de los "individuos", los "ciudadanos", los "venezolanos" o los "habitantes de la República", como las anteriores.

En ese marco se adoptó el actual artículo 22 constitucional, el cual da un paso más adelante y se refiere genéricamente de los "derechos inherentes a la persona", colocando en un plano de igualdad, en lo que se refiere a "derechos fundamentales", a las personas físicas y morales (*Vid.* Nikken, C. "Constitución y "'bloque de la constitucionalidad'", en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas, 2006, pp. 83-84)

13 Brewer-Carías, A.R. *La Constitución de 1999,* 4ª ed., T. I, EJV, Caracas, 2004, pp. 552. Nikken, P. *Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999,* en "La Constitución de 1999", Serie Eventos N° 14, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, pp. 346.

14 Esto está recogido en mi tesis doctoral, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961,* Tesis de doctorado, Universidad Panthéon-Assas (París II), 2001, pp. 330-334. Ver CSJ-CP, 5/12/1996, *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas,* Revista de Derecho Administrativo Nº 1, 1997, pp. 208; CSJ-CP, 6/10/1998, *Ordenanza sobre la delimitación de ejidos del Municipio Maturín del Estado Monagas,* Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* T. 10, pp. 169-188; CSJ-SPA, 19/1/1999, *Interpretación del artículo 181 de la LOSPP (Fundahumanos),* que puede leerse en http://constitutionnet.org/sites/default/files/1fal1.pdf.

humanos ratificados por la República: su supraconstitucionalidad[15] y su aplicabilidad y consecuente efecto directo en el ámbito interno.

En la práctica eso se traduce –o debe traducirse– en que, si un tratado internacional ratificado por la República contiene un régimen sobre el goce y ejercicio de algún derecho más favorable que el que ella contiene, debe aplicarse el régimen contenido en el tratado internacional[16]; y un régimen será *más favorable* que otro cuando sea más beneficioso para el para la persona, para el individuo[17].

---

15 A partir del postulado que acuerda *aplicación preferente* (por sobre la Constitución) de los tratados sobre derechos humanos que contengan una regulación más favorable a su goce y ejercicio, se ha hablado en Venezuela de la *supraconstitucionalidad* de los referidos tratados. Esa es, por otra parte, una conclusión que deriva del régimen general de los tratados, el cual supone que todo Estado parte debe adecuar su derecho interno, en el caso, a los tratados sobre derechos humanos que ratifique. En ese sentido, so pena de incurrir en responsabilidad internacional debe legislar a favor de los tratados (adoptar disposiciones de derecho interno), abrogar las normas domésticas incompatibles y, abstenerse de legislar contra los tratados. *Vid*. Nikken, C. "Los derechos constitucionales que enmarcan el ejercicio de la actividad administrativa"*,* en *20 años de FUNEDA y el derecho público en Venezuela*, *cit.,* pp. 69-71.

16 Sin embargo, en una sentencia de cuyo contenido discrepamos en más de un aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró que "[e]n materia de derechos humanos, *adquieren rango constitucional*, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela *que resulten más favorables* a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales" (TSJ-SC, 15/7/2003, *Rafael Chavero* Gazdik, en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM; énfasis añadido). De tal manera -aunque en forma confusa- la Sala parece obviar el rango constitucional e, incluso, *supraconstitucional* de los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, asignándoles rango constitucional, solo a "los más favorables". Esto, además, para seguir diciendo que, "[a]l incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales" (*idem*). Esa última apreciación es parcialmente correcta: la Sala Constitucional debe ajustar sus interpretaciones a lo establecido por los órganos que, según el tratado en cuestión, están llamados a interpretarlo, por ejemplo, a las interpretaciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Penal Internacional. Esto, por la misma razón que las interpretaciones de la *Constitución* emanadas del Tribunal Supremo de Justicia alcanzan el rango de la *Constitución*.

17 Nikken, P. *Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999*, *cit*., pp. 344.

Además, los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República son de aplicación inmediata por los órganos del poder público, en particular por los tribunales, lo que se traduce en su *efecto directo* en el ámbito interno; es decir, no se requieren actos internos como condición para ejecutar las obligaciones asumidas a través de ellos[18].

Ese régimen constitucional, en lo sustantivo, atiende a la *progresividad*, que es "una característica propia de los derechos humanos en toda su dimensión jurídica, constitucional e internacional"[19], que subyace en la idea de *liberación del ser humano*, o cuando menos en *su lucha contra la opresión por el Estado*[20].

La progresividad como *concepto* se vincula de manera indisociable con la "inherencia" de los derechos humanos a la persona humana, cuyas consecuencias están recogidas en el artículo 19 de la *Constitución*: la universalidad de los derechos; su indivisibilidad e interdependencia; su inalienabilidad e imprescriptibilidad; y también su irreversibilidad.

---

18 Para hacer énfasis en el contenido de la obligación del Estado de garantizar y respetar el goce y ejercicio de los derechos humanos, el constituyente agregó cuatro artículos (25, 29, 30 y 31), de cuyo contenido resulta lo siguiente: *1)* Es absolutamente nulo cualquier acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución, lo que incluye los derechos garantizados por los tratados ratificados por la República y, en general, todos los derechos inherentes a la persona humana; *2)* El funcionario que ordene o ejecute un acto que viole o menoscabe los derechos humanos es personalmente responsable, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores. Esa responsabilidad puede ser, según la transgresión de que se trate, penal, civil o patrimonial, administrativa general y, por supuesto disciplinaria; *3)* Si el funcionario ha incurrido en responsabilidad penal por haber cometido hechos tipificados como delitos de lesa humanidad, violaciones graves de derechos humanos y crímenes de guerra, debe saber que: *a)* el Estado está obligado a investigar; *b)* la acción penal es imprescriptible; *c)* será juzgado por tribunales ordinarios; *d)* esos delitos están excluidos de cualquier beneficio que apareje impunidad, incluidos el indulto y la amnistía; *4)* Independientemente de la responsabilidad patrimonial del funcionario, que en el caso hará valer el Estado, este último está obligado a indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios; *5)* En caso de que la responsabilidad del Estado sea determinada por un organismo internacional de protección de los derechos humanos, está obligado a tomar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a la decisión correspondiente.

19 Nikken, P. "El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela", en *Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Libro Homenaje a Alirio Abreu Burelli*, Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Monteávila – Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2011, pp. 210.

20 *Ídem*.

Lo último, que es el núcleo de la progresividad, implica que "*[u]na vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental*"[21].

Cuando el derecho inherente a la persona humana deriva de un tratado internacional, de ser de denunciado dicho tratado, "la denuncia no tendría efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El Estado denunciante solo se libraría (…) de las obligaciones internacionales contraídas por el tratado y, desde luego, de los mecanismos internacionales para reclamar su cumplimiento (…), pero no del reconocimiento de los derechos humanos que la convención denunciada postuló como *'inherentes a la persona humana'*"[22].

Como se dijo, son también consecuencias de la inherencia a la persona humana de los derechos humanos, su universalidad, su indivisibilidad e interdependencia, su inalienabilidad e imprescriptibilidad.

La *universalidad* implica que los derechos corresponden a toda persona, sin discriminación alguna; en principio a la persona humana, pero sabemos que la Constitución fue más allá, reconociendo los derechos incluso a las personas morales.

La *indivisibilidad* e *interdependencia* de los derechos se traducen, primero, en que "[n]o se admiten divisiones ni jerarquías entre los derechos humanos (…). Tampoco es admisible (…) que se respeten unos derechos, mientras se vulneran otros". Además, "la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros"[23].

La *inalienabilidad* e *imprescriptibilidad* de los derechos se traduce, por último, en que "[n]adie puede ser despojado de sus derechos humanos, bajo ninguna circunstancia, lo que no impide que estén sujetos a limitaciones legítimas y compatibles con ellos, tanto ordinariamente, como bajo circunstancias de excepción"[24].

Adicionalmente, y con relación a la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos, el artículo 19 constitucional señala que su goce y ejercicio es "irrenunciable", es decir, que a ellos no se debe o no se puede renunciar; no se puede o no se debe prescindir voluntariamente del goce y ejercicio de los

---

21 *Ibidem*, p. 260.

22 *Ibidem*, p. 264.

23 *Ibídem*, pp. 259.

24 *Ibídem*, pp. 259-260.

derechos. Esto se traduce en no tiene efecto ningún acto de abandono voluntario de los derechos, menos aún uno forzado[25].

Establecido lo anterior, se procederá a determinar el *catálogo* de derechos humanos intangibles en Venezuela.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS QUE, EN VENEZUELA, SON "INTANGIBLES"

Cuando uno lee la carta de derechos contenida en la *Constitución* y algunas de sus garantías también de rango constitucional, nota enseguida que unos son calificados como *intangibles,* otros como *inviolables* y otros como *irrenunciables.*

En un marco general, de acuerdo con el cual el Estado está obligado a garantizar a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos en los términos que fueron ya expuestos, resulta más que pertinente determinar –o al menos intentarlo– a qué se refirió el constituyente al emplear tales calificativos[26]. Este espacio, sin embargo, se limita a los *derechos humanos intangibles*.

Intangible es algo que no debe o no puede tocarse. Como se ha dicho, a *Constitución* se refiere a los derechos humanos *intangibles* en su artículo 337[27], a partir de cuyo texto es posible sostener que los derechos humanos *intangibles* son aquellos cuya garantía no puede restringirse temporalmente de ninguna manera, ni siquiera en estado de excepción. Eso quiere decir, por una parte, que, como para todos los derechos humanos, los mecanismos que garantizan su goce y ejercicio definidos expresamente en la *Constitución* deben mantenerse incólumes; y que también deben mantenerse incó-

---

25 Esto es compatible con la previsión constitucional contenida en el artículo 25, de acuerdo con el cual son absolutamente nulos los actos que violen o menoscaben los derechos constitucionalmente garantizados, y personalmente responsables los funcionarios que los ordenen o ejecuten.

26 Nikken, C. *Los derechos constitucionales que enmarcan el ejercicio de la actividad administrativa, cit*., pp. 87-94.

27 **Artículo 337.** El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso*, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles*. (Énfasis añadido)

lumes los mecanismos desarrollados en la legislación *ordinaria* con la misma finalidad[28].

Ahora bien, la forma en la cual son calificados algunos derechos humanos como *intangibles* representa un *problema*, en tanto que se trata de una enumeración abierta.

En efecto, como se vio antes, de acuerdo con la *Constitución*, los derechos humanos cuya garantía no puede restringirse temporalmente de ninguna manera, ni siquiera en estado de excepción, serían el derecho a la vida (artículo 43), la prohibición de incomunicación o tortura (artículos 44.2 y 46.1), el derecho al debido proceso (artículo 49[29]), el derecho a la información (artículos 58, 28, 66 y 143), el derecho de amparo (artículo 27) y el derecho a no ser sometido a desaparición forzada (artículo 45).

Ahora bien, ¿dónde están?, ¿cuáles son "los demás derechos humanos intangibles"?

Para completar el *catálogo* de derechos humanos intangibles, es necesario tomar en consideración que, por aplicación de los artículos 22 y 23 constitucionales, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, entre otros instrumentos, pueden definir derechos *intangibles*.

En ese sentido, se hace necesario hacer referencia, al menos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ambos instrumentos se refieren a la regula-

---

[28] El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en ese sentido, al afirmar que "ha expresado su preocupación porque algunos derechos que no pueden ser suspendidos conforme al párrafo 2 del artículo 4 están siendo suspendidos o están expuestos a suspensión debido a las insuficiencias del ordenamiento jurídico de un determinado Estado Parte". Observación general Nº 29, *Artículo 4 – suspensión de obligaciones durante un estado de excepción,* 72º período de sesiones (2001), párr. 7. Allí se refiere el Comité a diversas observaciones finales: observaciones finales: República Dominicana (1993), CCPR/C/79/Add.18, párr. 4; Jordania (1994), CCPR/C/79/Add.35, párr. 6; Nepal (1994), CCPR/C/79/ Add. 42, párr. 9; Federación de Rusia (1995), CCPR/C/79/Add.54, párr. 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; Gabón (1996), CCPR/C/79/Add.71, párr. 10; Colombia (1997), CCPR/C/79/Add.76, párr. 25; Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, párr. 11; Iraq (1997), CCPR/C/79/Add.84, párr. 9; Uruguay (1998), CCPR/C/79/Add.90, párr. 8; Armenia (1998), CCPR/C/79/Add.100, párr. 7; Mongolia (2000), CCPR/C/79/Add.120, párr. 14; Kirguistán (2000), CCPR/CO/69/KGZ, párr. 12.

[29] El derecho al debido proceso, que se refiere tanto al proceso judicial como al procedimiento administrativo, comprende, entre otros igualmente esenciales, el derecho a la presunción de inocencia, el principio de la legalidad de las sanciones penales y administrativas, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Comprende, claro está, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por el juez natural, etc.

ción del estado de excepción, régimen en cuyo marco se determina la intangibilidad de los derechos humanos en Venezuela.

Antes de hacerlo, un brevísimo recordatorio: al menos en el ámbito interno, sobre la base del principio de progresividad recogido en el artículo 19 y en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la *Constitución*, a pesar de la denuncia en 2012 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los eventuales derechos humanos designados como tales en ella son *derechos intangibles*[30].

Retomando, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que las medidas que limitadamente adopten los Estados en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, *no autoriza* suspensión alguna de los siguientes derechos: vida, prohibición de torturas y tratos crueles e inhumanos, *prohibición de esclavitud y servidumbre, prohibición de encarcelamiento por deudas*, principio de la legalidad de las penas, *reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad de pensamiento, conciencia y religión.* El Comité de Derechos Humanos ha determinado que hay otros derechos que no podrían ser objeto de suspensión en los términos del artículo 4[31], con especial referencia a los siguientes: el derecho a la no discriminación; el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas con dignidad (artículos 7 y 10); las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida; la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías; el derecho (colectivo) a no ser deportado o trasladado forzosamente sin motivos autorizados por el derecho internacional, de zonas en que determinadas poblaciones estén legítimamente presentes; la prohibición de propaganda de guerra y de discursos de odio (artículo 20); las garantías del debido proceso (artículo 14 y 15).

Esto así, se suman a la enumeración constitucional de *derechos intangibles* la prohibición de esclavitud y servidumbre (artículo 54), la expresa prohibición de encarcelamiento por deudas (artículos 23, 49.6), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 23), la libertad de pensamiento (artículo 57), la libertad de conciencia (61) y la libertad de culto o religión (artículo 59). Además, se suman el derecho a la no discriminación y los demás aludidos por el Comité de Derechos Humanos en su Opinión General Nº 29, que no aparecen en la enumeración constitucional.

Por su parte, el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicable en virtud del principio de progresividad, señala como intangibles los siguientes derechos: *el reconocimiento de la persona-*

---

30 Nikken, P. *El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela, cit*., p. 260.

31 Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 29, *Artículo 4 – suspensión de obligaciones durante un estado de excepción,* 72º período de sesiones (2001), párr. 8, 13 y 16.

*lidad jurídica,* la vida, la integridad personal, *la prohibición de esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, el derecho del niño a medidas de protección, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos,* y las garantías judiciales indispensables para garantizar estos derechos.

De esa enumeración, pasarían a engrosar la lista de derechos humanos intangibles la garantía de la irretroactividad de la ley (artículos 22 y 24); el derecho a la protección de la familia (artículo 75); el derecho al nombre (artículo 56); el derecho del niño a medidas de protección (artículo 78); el derecho a la nacionalidad (artículos 32 a 36); y los derechos políticos (artículos 42, 62 y 63).

En adición, hay que tomar en consideración que ese catálogo está incluido en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, que lo recoge en su artículo 7 e incluso lo amplía, añadiendo el derecho a la *igualdad ante la ley*; ampliando la prohibición de incomunicación a *la libertad personal* concebida por el constituyente; y ampliando también el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles e inhumanos al *derecho a la integridad física, psíquica y moral* en general; aunque omite el derecho del niño a medidas de protección[32].

Si tomamos en consideración el *esquema* de la *Constitución,* puede establecerse como catálogo de derechos humanos intangibles, el siguiente:

***Principios fundamentales*** *("disposiciones generales")*: el derecho a la igualdad (C 21, 22 - LOEE 7); las garantías de la irretroactividad de la ley en general y de la retroactividad de la ley penal más favorable (C 22, 24 – CADH 27.2); el derecho de amparo (C 27).

***Nacionalidad y ciudadanía:*** el derecho a la nacionalidad (C 22, 32-38 – CADH 27.2); el derecho a la ciudadanía (C 22, 42 – CADH 27.2).

---

[32] El profesor Brewer-Carías analiza el catálogo desde el punto de vista de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, señalando que se dejó fuera "la 'prohibición de incomunicación o tortura' que establece el artículo 337 de la Constitución; la garantía a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; y los derechos del niño que enumeran las Convenciones Internacionales mencionadas, que tienen rango constitucional (art. 23)". Esto puede leerse en Brewer-Carías, A.R. *Comentarios al régimen constitucional y legal de los decretos de estados de excepción, in* "Defensa de la Constitución – Libro en reconocimiento al Profesor Germán Bidart Campos", Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149. Puede verse en http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20441.%20COMENTARIOS%20AL%20REGIMEN%20CONSTITUCIONAL%20Y%20LEGAL%20DE%20LOS%20DECRETOS%20DE%20EXCEPCION.pdf. Sin embargo, de las omisiones señaladas, solo es cierta la referida a los derechos del niño. La primera está contenida en los derechos a la libertad personal y a la integridad personal y la segunda en el derecho al debido proceso.

***Derechos civiles:*** el *derecho a la vida* (C 43); el *derecho a la libertad personal*, que incluye el derecho a no ser incomunicado (C 22, 44 – LOEE 7); el *derecho a no ser objeto de desaparición forzosa* (C 45); el derecho a la integridad física, psíquica y moral, que incluye el derecho a no ser objeto de tortura y tratos crueles e inhumanos (C 22, 46 -LOEE 7); el *derecho al debido proceso* (C 49), (que comporta el derecho a la defensa; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a ser oído con las debidas garantías, por un juez competente, independiente e imparcial; el derecho a ser juzgado por el juez natural; el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos; el derecho a no ser sancionado sino por hechos previamente tipificados como delitos, faltas o infracciones –incluye prohibición de encarcelación por deuda, C 23 – PIDCP 4–; el derecho a ser resarcido por los daños derivados de la denegación de justicia o el retardo judicial); el *derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre* (C 23, 54 – PIDCP 4); *libertad de expresión* (C 23, 57 – PIDCP 4); *derecho a la información* (C 58, 28, 66 y 143); *libertad de culto* (C 22, 23, 59 – PIDCP 4 – CADH – 27.2); libertad de conciencia (C 22, 23, 61 – PIDCP 4 – CADH 27.2); *derecho a la personalidad jurídica* (C 22, 23 – PIDCP 4 – CADH 27.2); *derecho al nombre* (C 22, 56 – 27.2 CADH). Habría que sumar las adiciones del Comité de Derechos Humanos, que no se encuentren incluidas en las disposiciones citadas.

**Derechos políticos** (25 CADH): derecho a la participación (C 22, 62 – CADH 27.2); derecho al sufragio (C 22, 63 – CADH 27.2); derecho a no ser privado de los derechos políticos, sino en virtud de condena firme emanada de un juez penal (C 22, 42 – CADH 27.2)

**Derechos sociales y de las familias:** derecho a la protección de la familia (C 22, 75 – CADH 27.2); derecho del niño a medidas de protección (C 22, 78 – CADH 27.2)

El análisis en profundidad de este catálogo amerita más tiempo y espacio del que aquí disponemos. Es una tarea pendiente.

Sin embargo, podemos afirmar que el catálogo está incluido en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, recoge esa enumeración en su artículo 7 e incluso la amplía, añadiendo el derecho a la igualdad ante la ley y, por ejemplo, la libertad personal y el derecho a la integridad física, psíquica y moral en general, pero omite el derecho del niño a medidas de protección.

Como se ha dicho, es un tema que amerita un estudio más profundo, que queda como tarea pendiente.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN:

## LA INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LINEAMIENTO DE ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO

Es claro, para quien suscribe, que la calificación de ciertos derechos humanos como *intangibles* por el constituyente es uno de los lineamientos de actuación –uno muy importante– de los órganos del poder público.

En el marco de un Estado social de derecho, así reconocido en el artículo 2 de la *Constitución*, esa calificación se traduce, por una parte, en una prohibición u obligación de no hacer; pero también en obligaciones positivas, de hacer o de dar.

La prohibición u obligación de no hacer está "claramente" enunciada en et artículo 337 tantas veces mencionado: la garantía de los derechos intangibles no puede ser objeto de restricción en el marco de un estado de excepción. Esto quiere decir que, en el marco de ninguna forma de estado de excepción, puede sustituirse la regulación constitucional y legal atinente al goce y ejercicio de tales derechos.

Las obligaciones positivas, en cambio, no son tan fáciles de discernir, mucho menos en este limitado espacio de tiempo y espacio. Sin embargo, algunas pueden al menos enunciarse y así se hará.

La primera obligación positiva está dirigida a la Asamblea Nacional, y consiste en la regulación, mediante la Ley Orgánica de Estados de Excepción[33], del goce y ejercicio de los derechos intangibles en el marco de un estado de excepción. Esto supondría establecer diversas posibilidades, graduales si se quiere, que tomen en consideración, primero, las distintas formas del estado de excepción y, luego, las eventuales necesidades que pueden derivar de las circunstancias en cada caso[34].

Luego, existe la obligación positiva de todos los órganos del Estado, en particular de las administraciones y del poder judicial, de garantizar, en el ámbito de sus respectivas competencias, y conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos intangibles en caso de que haya sido decretado un estado de excepción.

---

33 Prevista en el artículo 338 *in fine* de la *Constitución.*

34 Nikken, C. *Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela,* Ius et Praxis – Derecho en la Región, Año 8 - Nº 1, Talca, 2002, pp. 190-195.

En la práctica, el cabal cumplimiento de esa obligación general puede ser muy complejo en el marco de un estado de excepción. Por ello, era y es indispensable el cumplimiento de la primera de las obligaciones positivas, que consiste en regular la garantía de los derechos humanos intangibles en la ley orgánica especialmente designada al efecto por el constituyente, que es una tarea pendiente.[35]

El problema ha de ser objeto de un trabajo adicional.

[35] *Ídem*.

# LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA GARANTÍA DEL REPUBLICANISMO

Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ*

## I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN UN MUNDO GLOBAL

La exigencia de la observancia de los derechos humanos por parte de los órganos del Poder Público, es un tópico esencial que puede y debe abordarse desde distintas aristas, a partir de una interrogante: ¿cuál es el sentido y razón de la tutela judicial efectiva como garantía de vigencia de los principios constitucionales que informan el Estado de Derecho, en general como condición existencial del mismo, y específicamente, de aquellos que informan, con carácter máximo-derivantes, el sistema tributario tiene progenie constitucional?[1]

Esos principios deben tenerse presentes en su dualidad ontológica. Por una parte, ser límites al ejercicio del Poder Público normativo en materia tributaria, y exigencias derivadas de su consagratoria a todos los órganos con facultades de creación de las especies tributarias exigibles para colaborar con el gasto público[2], de aquellos a los que se ha atribuido la función, la gestión administrativa, el control de la legalidad o la exigencia de la observancia de los derechos del contribuyente y, por la otra, derechos fundamentales propiamente dichos que sustentan el establecimiento de garantías.

La conjunción de los elementos existenciales del Estado, reflejan una concepción política inevitable al momento de su definición constitucional como en su ejecución legislativa, máxime en un régimen político como el existente en Venezuela, amparado en una "activismo judicial", que desnaturaliza y vacía de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[3] con interpretaciones que convierten en cortapisas sus corolarios y, por tanto,

---

* Profesor de la UCAB y la UMA. Ex presidente y Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

1 Artículo 316 de la Constitución.

2 Artículo 133 de la Constitución.

3 Artículo 26 constitucional.

desdibujan la materialidad de "los ámbitos de protección con contenido sustancial" del "derecho de acceso a la justicia, independiente e imparcial, a la obtención de una fallo y a la ejecución del mismo"[4].

Por consiguiente, es deseable partir de la premisa insoslayable de la instrumentación mediante el ordenamiento jurídico a los efectos de la consolidación del Estado de Derecho, el desarrollo económico y social al cual debe hacerse frente para debilitar la dicotomía real o inducida en el ciudadano en cuanto a la escogencia entre democracia y régimen autoritario.

La razón de la escogencia tiene su origen en el deslave que experimenta la democracia, venida a menos ante las crisis financieras derivadas de déficit fiscales estructurales dimanantes de políticas fiscales erráticas o la omisión de medidas adecuadas y pertinentes que conducen a deficiencias en la recaudación impositiva para el financiamiento de la actividad financiera, entre otras causas, por la ausencia de reformas tributarias eficientes; debilidad de la institucionalidad del Estado y, en general, la insuficiencia de las políticas redistributivas, distorsionadas por las desviaciones y las consecuencias del populismo rampante.

Tal consideración transforma el sistema democrático, por antonomasia proclive a las libertades, en un sistema en apariencia incapaz de satisfacer las necesidades públicas colectivas e individuales por la debilidad consustancial al consenso que la caracteriza, que entorpecen la resolución adecuada y pertinente de los problemas, llevando de la mano a la ciudadanía a un régimen autoritario proclive a la modernidad, al desarrollo y bastidor de inmediata articulación de los servicios para la satisfacción de las demandas sociales.

El Derecho tributario, debe dar respuestas idóneas y rápidas a la cambiante realidad, sin sacrificar los derechos fundamentales, específicamente, en la protección y garantía para su goce y disfrute.

Así las cosas, la evaluación de los sistemas políticos, en un mundo cada vez globalizado, rebasan las barreras de lo meramente económico en virtud de la necesidad de preservar los derechos humanos, especialmente los seminales, como son la libertad y la propiedad, que favorecen el intercambio global de bienes y servicios de cuales se vale.

Una mundialización y su institucionalidad política formal propia a la red de organismos multinacionales, generales o regionales, conformados por cada Estado como las organizaciones legítimas paraestatales o gubernamentales pero con reconocimiento, erigidas como grupos de interés y presión, ahondan cada día más su evaluación de los sistemas políticos.

---

[4] Definición del vocablo derecho y la base conceptual de la tutela judicial efectiva contenido en la propuesta de derecho N° 25 empleado por "La Carta de los derechos del contribuyente de los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario" del 9 de noviembre de 2018.

La evaluación acusada, viene a complementar y a continuar el trazado del intercambio de bienes y prestaciones de servicios en y desde múltiples jurisdicciones; la evolución de la tecnología y, por consiguiente, la influencia condicionante en las economías internas; la intervención y desempeño de ciudadanos de diferentes nacionalidades en las actividades económicas en el sector privado e incluso en el público; la desmaterialización y evolución de los medios de pagos sin la intervención financiera de las instituciones establecidas y sometidas a regulación legislativa, las más de las veces de manera estricta, de acuerdo a las legislaciones internas, mediante el desarrollo del *«block chain»* y de una institucionalidad supranacional generadora de normas, denominado *«soft law»* o *«derecho blando»*, limitantes y determinantes de las diferentes formas de inserción en la económica internacional de los agentes económicos, y lo más significativo de influencia y afluencia en los ordenamientos internos.

El Derecho tributario no escapa de esta cobertura vertiginosa de la globalización, la cual reta la preservación de sus principios más caros, su extensión y la esencia de la soberanía como núcleo del poder de imposición.

La evolución de la economía ha ampliado el ámbito de defensa, protección y garantía de los derechos fundamentales y, por consiguiente, la necesidad de evaluación de la institucionalidad de cada Estado y su funcionalidad, no solo por el reconocimiento e instrumentación normativa a nivel supranacional y protección con carácter supraconstitucional que se le atribuye al catálogo nominal de aquellos existentes al momento constituyente o reformador de cado país, de la reforma del estatuto constitutivo de cada nación o de su proceso de reforma sino de aquellos derechos fundamentales que puedan ser reconocidos en instrumentos internacionales posteriores.

Ese escenario las más de las veces, dependiendo como desee verse, implica un recorrido introductorio de condicionamientos y exigencias en la regulación jurídica de lo político (Derecho Constitucional) atado a la intimidad de principios que informan a la democracia, como derecho fundamental ciudadano, y a los valores existenciales de la institucionalidad del Estado de derecho que le sirve de base.

La consagratoria de los principios constitucionales que informan el Estado democrático de derecho constituyen un baremo que permite efectuar la valoración del carácter democrático o no de un país y la eficacia de la funcionalidad del sistema que le sirve de base, marco necesario y de ineluctable exigencia para el ejercicio de todos los derechos fundamentales, que encuentra enraizamiento en la libertad y la propiedad.

En mérito de lo cual, a partir de la custodia y vigilancia de la evolución y observancia de los derechos humano por parte de la comunidad internacional de cada uno de los países que la integran, control cruzado entre ellos, deriva la persistencia de construir una mundo global democráticamente perfectible, sin barreras limítrofes y con una institucionalidad supranacional, cada día más exigente, en procura de la plenitud funcional del Estado democrático de derecho con todos sus corolarios y centrado en la defensa del régimen de libertades.

Se ejerce una veeduría externa con inherencia y conectividad con actores que fungen como contraloría política interna a través de los órganos legislativos constituidos y legítimamente conformados mediante "votaciones libres, universales directas y secretas"[5], los cuales en cada nivel político territorial detentan la soberanía popular[6] y, en lo que concierne a la tributación, ejercen la representación de los contribuyentes, dando eficacia al «principio de autoimposición» o aceptación de soportar la incidencia y el pago de impuestos, tasas y contribuciones especiales y parafiscales, inherente al deber de coadyuvar con las cargas públicas[7]; observancia que se materializa a través del control parlamentario sobre la acción de gobierno en materia de gestión administrativa, financiera y política.

La mundialización acusada propugna, en una visión política que impone nuevas formas de expresión y propuestas de reformas del Estado que van desde aquellas que pretenden reducir su tamaño y con él su inherencia asfixiante en los ámbitos de actuación de los agentes privados, o las que pretende aumentar su intervención mediante formas, instrumentos y procedimientos diversos, incluidas la tributación, o de aquellas que buscan vías intermedias de actualizarlos y adaptarlos sin caer en los extremos mencionados.

Este proceso sin fronteras signo de nuestros días impone una dinámica que conduce inevitablemente, para algunos en una visión particular, a la conformación de «sistemas transnacionales de gobierno» y a valores de «democratización de la democracia» la cual no puede ser local o nacional sino que requiere de un «*Estado cosmopolita*»[8]; aunque tal visión de peculiar calificación se traduce en una realidad concreta que acepta cualquier epíteto.

Son procesos vertiginosos con importantes implicaciones en el orden interno, de lo cual no escapa las fuentes de financiamiento presupuestal, tributarias y no tributarias, imponiendo políticas fiscales que buscan abarcar nuevas funciones, diferentes a las tradicionales, de un Estado que ya no tiene la plena soberanía sino que se inserta en una dinámica internacional que lo condiciona, sin manifestaciones concretas o explicitas de allanamiento o aceptación de tales condicionamientos.

La institucionalidad que le sirve de base cede a las presiones demandantes de recursos de fuente tributarias y la articulación de la política fiscal, y como parte de ésta, las políticas tributaria y de administración tributaria que buscan gravar y, por consiguiente, convertirlas en centros de la gestión impositiva, en muchas casos sin éxito, a las intensas y novedosas expresiones de estructuración y configuración de los negocios jurídicos de los agentes eco-

---

5 Artículo 63 de la Constitución.

6 Artículo 5 de la Constitución.

7 Artículo 133 de la Constitución.

8 Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999, *passim*.

nómicos privados de actuación internacional, que pretenden la expansión de sus rentas en la misma proporción del incremento del consumo en otras latitudes. Vale decir, el reto de la política tributaria y las políticas de administración tributaria propugnan por la capacidad de innovación y liberalización de rentabilidades excedentarias, mediante la conversión en base de imposición del producto de la inversión que derivan de la expansión propia del capitalismo.

## II. EL TIPO DE ESTADO COMO FACTOR INTERNO QUE AMENAZA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La dinámica de un mundo global ha forzado a ir abandonando la noción clásica del Estado nacional, con basamento de eficacia territorial de su institucionalidad y ordenamiento para mutar a una Estado global, de múltiples relaciones que se manifiestan en diferentes contextos y materias, incluida las finanzas públicas, y dentro de ésta, la tributación[9]. Hechos originados y desarrollos en otras latitudes, inciden en los procesos internos enmarcados o condicionados por las políticas públicas que deben diseñarse para orientar la acción de gobierno. En el plano de la tributación se requerirán nuevas fuentes de financiamiento o la reforman de las existentes pero siempre limitadas a la observancia estricta de los derechos fundamentales del contribuyente.

Así por ejemplo, la situación política que atraviesa Venezuela, iniciada en las postrimerías de la década de los ochenta y acentuada en el último lustro, que ha degenerado en una crisis humanitaria cuyo efectos se han expandido a nivel mundial, resultado de una inédita y lastimosa diáspora, ha comprometido seriamente las finanzas de los países vecinos de la región y otros europeos que en virtud de estrechos lazos históricos, han aceptado a nuestros conciudadanos arriesgando la estabilidad de sus economías al verse trastocadas las reglas fiscales elaboradas y exigidas para tal fin, incrementándose o con el riesgo de verificarse la presión fiscal sobre sus nacionales para hacer frente a las nuevas realidades y externalidades que de ella derivan, lo cual de suyo exige replantear la relaciones económicas internas de variada índole para hacer frente a los consecuencias de aquellas, incluyendo, la reformulación del Estado y su intervención en la economía o la estructuración de sus sistemas tributarios.

En los ejemplos mencionados, la exigencia a la observancia de los principios que informan al Estado democrático de derecho, esencial y exclusivamente democrático, y la sujeción de la atipicidad de la acción de gobierno acusada a los valores que los inspiran, debe ser cada día más efectivo.

Huelga decir, que la tutela administrativa y judicial efectiva debe ser continuamente garantizada y perfeccionada por los órganos administrativos y judiciales correspondientes, cada uno en su ámbito legalmente delimitado de

---

9 *Vid*., Abache Carvajal, Serviliano y Atencio Valladares, Gilberto, *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional*, AVDT/AMDF, México, 2018.

actuación para garantizar los derechos fundamentales del contribuyente frente a las distorsiones y desviaciones dimanantes de la transformación del Estado ante las fuerzas centrífugas que lo alejan de su concepción nacional tradicional, asumiendo la cobertura de nuevas necesidades, experimentando exigencias exógenas difíciles de controlar por su institucionalidad, o por las mecanismos tradicionales de gobernar, que ponen en juego el concepto clásico de soberanía, la forma de expresarla y ejercerla.

En ese escenario, la ocupación preferente del Poder Legislativo en los controles políticos administrativo, financiero y político van tomando importancia, desplazando la atención prioritaria de la función legislativa, favoreciendo un grave proceso de deslegalización de recta orientación a la implosión del principio de legalidad tributaria y, por consiguiente, del Estado democrático de Derecho.

En el caso de Venezuela, responde además, a una orientación ideológica de centralización del poder y desbaratamiento de la estructura del Estado de Derecho y su funcionalidad democrática, que tiende a la fuga del control de la Asamblea Nacional y a la sumisión de todos de los órganos del Poder Público al Ejecutivo Nacional, pilotaje de la construcción del "Estado Socialista, Centralizado, Militarista y Policial"[10].

Los experimentos de planificación centralizada, recuerda *Casanova*

> "han simplificado a la fuerza el proceso económico, violando la libertad de las personas y obligándoles, por vía de los hechos, a consumir solo lo que un desastroso aparato productivo estatal puede producir. Un sistema de planificación centralizada es, en realidad. "... una dictadura económica completa, que es inconcebible sin una dictadura política simultánea, acompañada de todos sus recursos coactivos". Allí están como ejemplos actuales, el caduco régimen cubano y, progresivamente, la revolución socialista venezolana"[11].

La planificación centralizada, adoptada como herramienta y política matriz de gobierno en Venezuela, abarca todo el proceso productivo desde la importación hasta la exportación, (actividad muy deprimida, que incide dramáticamente sobre la escasez de divisas y la balanza comercial o la cuenta de transacciones internacionales que indica, como consecuencia de tal forma

---

[10] *Vid*. Brewer-Carías, Allan R. *Introducción general al régimen del Poder Popular y del Estado Comunal en Leyes Orgánicas del Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Colección Textos Legislativos, Nº 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 12 y *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y el alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos Nº 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

[11] Casanova, Roberto, *Libertad, emprendimiento y solidaridad. 10 lecciones sobre económica social de mercado*, Editorial, Alfa, Caracas, 2017, p. 107.

centralizada de manejo de la economía, que afecta la libertad económica y lesiona la propiedad, una drástica caída de la actividad económica, sustrato material y subyacente de todos los tributos).

Se propugna, como lo expresa nuestro homenajeado,

> "Un sistema económico socialista que se pretende implantar mediante ley, violentando completamente el sistema de economía mista que garantiza la Constitución, donde se establece, al contrario, como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, por una parte la libertad económica (art.112), es decir el derecho de todas las personas de poder dedicarse libremente a la actividad de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (…) y por la otra el derecho de propiedad privada (art. 115)…"[12].

La tributación en la planificación centralizada se aleja de la concepción propia de la tributación democrática, que se orienta hacia los fines genésicos de su existencia como es la cobertura hasta la controvertida utilización como herramienta de ordenamiento de las políticas públicas. Es decir, que los tributos y particularmente los impuestos, por su propia naturaleza, forman parte de la complejidad del diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas, entendidas como aquellas que estudian, cómo, por qué y para que los gobiernos adoptan determinadas medidas o actúan o no actúan[13].

La planificación centralizada le atribuye a la tributación un nuevo contenido medial: ya no es la cobertura como objetivo terminal, ya no es el ordenamiento extrafiscal para el logro de los cometidos y fines del Estado Constitucional democrático sino el de herramienta de demolición del régimen económico y social definido en nuestra Ley Fundamental de 1999[14].

Un régimen de centralización económica y conducción autoritaria institucional conlleva *ab initio* a una absorción irremisible del contenido existencial del Estado democrático de derecho y, con ello, la mutación hacia una tutela judicial absolutamente acomodaticia, desnaturalizada y parcial de sus atribuciones a los fines de preservar la legalidad formal y huera justificación de la arbitrariedad en la forma de conducción antijurídica e instrumentos de gobierno para dar una tamiz artificial de apariencia de democracia y sumisión institucional a una legalidad evidentemente ficticia, que en cierra de suyo una

---

12 Brewer-Carías, Allan R. "Introducción general al régimen del Poder Popular…", *op. cit.,* p. 154.

13 Heidenheimer, A. y otros, *Comparative Public Policy. The politics of social choice in America, Europe and Japan*, St Martin s Press, New York, 3ra edición, citado por, Parsons, Wayne, *Políticas Públicas. Una introducción a la teoría y práctica del análisis de la políticas públicas*, Flacso, México, 2007, p. 31.

14 Artículo 299 de la Constitución.

barrera de protección judicial del Poder Ejecutivo, prevalido en la ausencia de autonomía e independencia de los órganos jurisdicción contenciosa administrativa[15].

En otras palabras, a los regímenes de planificación centralizada, de orientación autoritaria las formalidades y materialidad de la democracia no es más que una ropaje y una máscara veneciana para aparentar la existencia de un Estado democrático de derecho, de una legalidad que solo sirve para la coacción y coerción a los agentes económicos para ceder o aceptar el apoderamiento progresivo de los factores de producción mediante condicionamientos (controles de costos, cambiarios o restricciones de acceso y libre convertibilidad de la moneda, precios, rentabilidad, apoderamiento de flujos de caja operativos y de inversión, restricciones en la distribución y prestación de servicios, entre otras medidas restrictivas de la libertad económica y la propiedad).

Por tanto, la legitimación democrática de origen y desempeño de los órganos del Poder Público involucrados con la tributación, tanto en la vertiente de su creación, su gestión y del control de juridicidad de la normativa que materializan el ejercicio del poder tributario actúan en función de la legalidad del gobierno y sus objetivos y no de la legalidad democrática en búsqueda de la justicia de la exigencia dineraria bajo forma de contribuciones.

A tal fin es menester buscar atajos en la producción normativa para evitar la actuación del Poder Legislativo o la sequía de la fuente legislativa propia, anulando por vías distintas la tutela judicial efectiva contra actos de gestión o vías de hecho de la Administración tributaria, que puedan anular, suspender o dejar sin efecto las pretensiones indebidas de derechos creditorios exacerbados, confiscatorios e irracionales, o la imposición de sanciones a ilícitos tributarios desproporcionadas por presunto desacato a los objetivos de la planificación centralizada.

La anulación o evitación de la tutela judicial efectiva atropella no solo el control de legalidad de los actos y actuaciones de la Administración tributaria sino que hace nugatorio el control de la constitucionalidad, sea difuso o concentrado de leyes u ordenanzas tributarias, validando la antijuridicidad bajo el manto de la complicidad jurisdiccional orientada, o pretendiendo hacerlo, por valores ajenos al Estado Constitucional democrático[16].

---

15 *Vid*., Brewer-Carías, Allan*, La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas/ New York, 2017.

16 *Vid*., Brewer-Carías, Allan R. *El Estado democrático de derecho y los nuevos autoritarismos constitucionales en América Latina: El caso de Venezuela, en Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Nº 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 61-78.

La tutela judicial en Estados de autoritarismo político[17] y planificación centralizada se convierte en quimera; esta garantía de la democracia y de la estructura «*juridificada*» de Estado se busca desvanecer "porque solo en un Estado de derecho puede ser eficaz la defensa de los derechos pisoteados por la fuerza de lo arbitrario"[18].

En efecto, en estos últimos 20 años en Venezuela se ha empleado el expediente de la ley habilitante y de la declaratoria del estado de excepción, evitando el ejercicio del poder de tributación radicado constitucionalmente en la Asamblea Nacional, la cual en el periodo comprendido entre 1998 (último año de la existencia del Congreso de la Republica, integrado por el Senado y la Cámara de Diputados) y el 2015 "cede" antidemocráticamente al Poder Ejecutivo Nacional el Poder Público normativo en materia tributaria el cual lo ejerció mediante "Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley", sin consulta a los sectores productivos o de contribuyentes tal como lo ordena la Constitución y en abierta lesión de los derechos fundamentales del contribuyente.

Más recientemente, nos encontramos con la mayor expresión orgánica antidemocrática experimentada en el país como fue la convocatoria y "selección" de una Asamblea Nacional Constituyente, en franca violación de la normativa constitucional, que viene asumiendo el rol de legislador tributario. Esta tergiversación y fraude a la preeminencia constitucional conduce a la reedición de una tesis abiertamente contradictoria con los corolarios del Estado de Derecho, específicamente, el de la tutela judicial efectiva, como es la de los actos excluidos del control, amparada en un antidemocrático "activismo judicial" del Tribunal Supremo de Justicia, concretamente de la Sala Constitucional, que ha dado garrotazos jurisprudenciales, tendentes, entre otras cosas, a dar muerte súbita a la separación y equilibrio de los poderes públicos, favoreciendo por complicidad política, radiografía de una indeseable e inconveniente sumisión a los antojos y designios del Poder Ejecutivo, a la usurpación competencial de la Asamblea Nacional[19].

---

17 *Vid*., Brewer-Carías, Allan R. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*. Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

18 Touraine, Alain, *América Latina. Política y sociedad*. Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 410.

19 En efecto, una interpretación aislada de la normativa constitucional, específicamente, de los artículos 347 y 349 de la Constitución venezolana, a los cuales hemos referencia, se podría llegar al abuso que la antijurídica Ley Constitucional del Impuesto a los Grandes Patrimonios, cuyo titulación o denominación de la exacción en nada se corresponde con su desarrollo normativo y esencia que tiene en la técnica impositiva como expresión de gravamen a la renta en su inversión, complemento del gravamen a la renta en su percepción y forma asistencial de la función redistributiva de la imposición directa, que por mucho tiempo la ha justificado, puede llevar al absurdo a pesar de su inconstitucionalidad abierta, que es-

## III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Sin duda, uno de los conceptos usualmente manidos, manipulados y tergiversado ha sido el del Estado democrático de derecho. Se le ha pretendido vaciar su contenido y esencia axiológica para aparentar a la idea de que cualquier ordenamiento jurídico que justifique o aplique una norma, así el resultado de la violación de la Constitución e incluso de leyes orgánicas dictadas en su ejecución, deben acatarse pues se trata de la observancia y exigencia del principio de la legalidad.

El gran exponente del Derecho Público venezolano e iberoamericano, hoy centro de nuestra atención, el profesor Brewer-Carías expresa:

> Para que exista un Estado democrático de derecho no bastan las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de "democracia participativa y protagónica" o descentralización del Estado; así como tampoco basta con establecer un sistema eleccionario que permita elegir mediante sufragio a los representantes populares.

---

cape del control y niegue la tutela judicial efectiva de los contribuyentes lesionados en sus derechos en virtud de su aplicación al establecer el artículo 349 que "los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente", extendiendo tal forma de inhibición al ejercicio del Presidente de la republica del denominado "veto presidencial", previsto en el artículo 214 constitucional que se verifica en la posibilidad que en Consejo de Ministros, solicite a la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) *–rectius–* a la Asamblea Nacional Constituyente, "mediante exposición razonada, que modifique algunas de las disposiciones de la ley o levantar la sanción a toda la ley o a parte de ella (en el supuesto negado de procedencia de la existencia de leyes constitucionales)". El "veto presidencial", expresión de las competencias e involucramiento condicionado del Presidente de la Republica, conlleve a la posibilidad "que considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional" quedando facultado para solicitar pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme lo establecido en la citada disposición.

Esa interpretación aislada, violatoria de la propia Constitución pues pueden existir disposiciones constitucionales inconstitucionales, dejan en la orfandad de tutela judicial efectiva a los contribuyentes en la protección de los derechos cimientes y máximo derivantes de todos los demás derechos fundamentales como son la libertad y la propiedad.

La convocatoria y funcionamiento de una Asamblea Nacional Constituyente no puede implicar menoscabo de los derechos fundamentales del contribuyente los cuales tiene una protección y garantía de goce supraconstitucional ni el desconocimiento de las competencias de los poderes constituidos, máxime cuando la propia Constitución venezolana establece en el artículo 333 que "no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella" y al establecer el derecho fundamental de desconocimiento a "cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos" (artículo 350).

> Aparte de que el mismo, por supuesto, debe asegurar efectivamente la representatividad, el pluralismo político y el acceso al poder conforme a los postulados del Estado de Derecho. Pero además, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho es necesario e indispensable que el marco constitucional en el cual se pretenda que funciones el régimen democrático, permita el control efectivo del poder por el poder mismo, incluso por el poder soberano del pueblo, pues ésta es la única forma de garantizar la vigencia del Estado de derecho, la democracia y el ejercicio real de los derechos humanos.[20]

Resulta obvio que el Estado de derecho para exista en los términos indicados, debe tener como ámbito de levantamiento y expansión la democracia.

La democracia se erige como un derecho fundamental, y como tal, comporta una obligación para el Estado de garantizar a toda persona natural o jurídica, "conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Su respeto y garantía son obligatorios por los órganos del Poder Publico" de conformidad con lo establecido en la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

De esta forma, se establece una anclaje necesario e inevitable del Estado de derecho en la democracia como sistema político, lo cual equivale a decir que su consagratoria normativa constitucional debe tener legitimación de origen, en la conformación del ente constitucionalmente previsto para ello y de una ejecución normativa que lo enmarque y desarrolle, conforme y regula el engranaje de la institucionalidad, así como el establecimiento del escenario de derechos y deberes que definen los roles propios e implícitos al concepto de ciudadanía en sus diversos contenidos, entre éstos, el de contribuyente; ámbito en que los agentes económicos privados interactúan entre sí y con el Estado en sus distintas manifestaciones.

No puede existir democracia sin Estado de derecho. No puede existir ni es eficaz un Estado de Derecho, o la consagratoria de una forma estatal que se quiera identificar con él, sin democracia.

En palabras de Brewer-Carías

> para que pueda existir y funcionar efectivamente la democracia, la misma requiere de un marco constitucional que establezca y permita el control del poder, que es su límite esencial, y donde el poder, mediante su división y distribución, pueda frenar al poder, de manera que los diversos poderes del

---

[20] Brewer-Carías, Allan, *Concentración y centralización del poder y régimen autoritario*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, T. IX, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídico Venezolana, Caracas, 2015, p. 111.

> Estado puedan limitarse mutuamente, como garantía esencial de todos los valores de la propia democracia, que además del respeto a la voluntad popular, es la exigencia de los derechos humanos, el pluralismo político, la alterabilidad republicana y el sometimiento del Estado al derecho.[21]

La esencia de la democracia en relación sinalagmática con el Estado de derecho requiere de garantías para el funcionamiento de ambos, y la tutela judicial efectiva es sin duda una de ellas.

El derecho fundamental a la democracia comporta una visión totalizadora en la conformación y la definición constitucional del Estado. Se traduce en la práctica en una exigencia mínima existencial y funcional plena de los derechos fundamentales, siendo la democracia en sí misma un derecho fundamental, que se traduce en la necesidad que todo establecimiento y condicionamiento de tales derechos sea el producto de un régimen verdadero representativo, que recoja todas las visiones, incluida de las minorías, cuando la realización plena de su goce y ejercicio dependan de políticas públicas, que en algunos casos son más exigencias y obligaciones del Estado que deberes de creación de condiciones y respeto a la actuación de los particulares en su multidireccionales relaciones entre ellos y el Estado en cualquiera de sus manifestaciones.

La democracia, además de ser un derecho fundamental, es en sí misma una garantía del Estado de derecho y se convierte en un elemento esencial y existencial indivisible del mismo. Simplemente, no puede existir Estado de derecho, en el sentido que hemos expresado, sin institucionalidad democrática.

## IV. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Un reto de nuestros regímenes democráticos es lograr orientaciones viables para su perfeccionamiento activo, es decir, para la racionalización del sistema tributario a partir de un cambio de paradigmas: ir inculcando la esencia democrática de la tributación, tanto en su origen, la participación y debates abiertos en los procesos normativos de constitución de la leyes que materializan el ejercicio del Poder Público tributario, como en la definición de sus fines de cobertura o de ordenamiento en función a la Estado democrático y la sujeción plena al derecho, bajo la premisa esencial del respeto a la libertad y a la propiedad.

El acento democrático del sistema tributario lo da la participación de la ciudadanía en los procesos constitutivos presupuestarios y de leyes creadoras o de reforma de los tributos existentes; así como la toma de conciencia que "el deudor del impuesto, en el ámbito de la hacienda liberal, tiene el deber de con-

---

[21] Brewer-Carías, Allan R., *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005- 2006)*, Cuadernos de la cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, N° 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 62.

tribuir más que la carga de tributar, como participe que es de la sociedad y de los deberes y derechos que entraña esa condición. Y ha de hacerlo en condiciones de justicia, para que lo que se recaude uno por el ente público se sustente en la capacidad económica del contribuyente y lo que se gaste hoy invierta con el medio financiero impositivo sea en beneficio de los que menos tienen[22].

Es la esencia de los principios caros a la democracia: la representación y la participación; principios que instrumentalizan la democracia como derecho fundamental y máximo derivado de todo el ordenamiento jurídico, que en el caso de las contribuciones dinerarias de las económicas públicas a las privada, involucran el principio de auto imposición, digamos la aceptación expresado mediante la delegación o mandato, como quiera verse, derivada del sufragio universal, directo y secreto.

No es tema éste fácil de materializar pues los procesos presupuestarios son complejos, de múltiples fases que involucran diferentes órganos del Poder Público, especialmente, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo que al vincularse al ejercicio del Poder Público normativo en materia tributaria puede llevar a la exigencia de delimitación ciudadana de los gastos para autorizar y justificar la creación de nuevas contribuciones.

Es un reto esencial tal exigencia, que más que una observancia de formalidad es un elemento de validez de la legislación la consulta previa en toda la amplia gama de materias constitutivas de derecho o de sus limitaciones[23].

Los sistemas tributarios responden no solamente a la orientación propia de cada especie tributaria, a los principios de imposición como formulaciones técnicas elaboradas bajo la óptica de economistas y hacendistas, así como de aquellos principios que informan la Constitución en sus distintos contenidos (Constitución Política, Constitución Económica y Constitución Financiera) sino a una concepción particular que se tenga del Estado, la cual incide y condiciona la política fiscal, y dentro de ésta la tributaria, de la mayor o menor participación en la económica sin llegar a los extremos de la planificación centralizada, que a diferencia de la planificación indicativa que afecta la neutralidad de los impuestos y se allana a la función extrafiscal del impuesto, procura aquella "un ámbito de apropiación popular de la función pública, de protagonismo activo y corresponsable, pero también esfera del autogobierno comunitario"[24].

---

22 Plazas Vega, Mauricio, *El sistema tributario en el siglo XXI*, Temis, Bogotá, 2018, p. 30.

23 Artículo 211 de la Constitución.

24 El Troudi, Haiman, *La Política Económica Bolivariana (PEB) y los dilemas de la transición socialista en Venezuela*, CEPES/Monte Ávila Editores, Caracas, 2010, p. 261.

En una forma general, que luego amerita particularización, puede afirmarse a modo de premisa general y derivativa de la existencia del Estado de Derecho que la importancia de la tutela judicial efectiva radica en la defensa del republicanismo y la preservación de la democracia, el asentamiento de criterios de orientación o decisiones correctivas para la racionalización democrática del sistema tributario.

Es esta la justificación de concebir el Poder Judicial, de manera sistémica, como expresión de la separación de poderes, como un pilar de la estructura sobre la cual se erige el Estado de Derecho, dentro del patrón del constitucionalismo democrático, y atribuirle velar que la actuación de los órganos del Poder Público estén sometidos al ordenamiento jurídico y franca orientación hacia "la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución"[25].

A tal fin, y con el objeto de su eficacia funcional, la estructuración normativa y la conducción institucional del Poder Judicial en la administración de justicia que "emana de los ciudadanos y la ciudadanas y se imparte en nombre de la Republica por autoridad de la ley" debe estar signada por la independencia en su conformación[26]; la autonomía funcional, financiera y administrativa (autonomía e independencia de gestión) la especialidad en la materia objeto de la revisión de la legalidad y de las pretensiones de los administrados; el acceso de éstos al tutelaje de sus derechos sin ningún tipo de cortapisas o escollos que afectan el ejercicio de ese derecho; la facultad del juez contencioso administrativo para mayor garantía del acceso a la justicia tengan la posibilidad de ejercer la *tutela jurisdiccional cautelar,* y dentro de ésta, la «*tutela de urgencia satisfactiva»,* "para aquellos casos en que la pretensión procesal tiene una probabilidad intensa, o elevada posibilidad de ser acogida en la sentencia definitiva, y además, infungible, es decir, irremplazable sin posibilidad de que pueda ser sustituida por otra"[27]; en la pertinencia la decisión restitutoria en el disfrute y goce de los derechos fundamentales cuando los actos o actuaciones de la Administración, cualquiera su nivel o figura subjetiva organizativa escogida para el ejercicio de la función administrativa, le sean lesivas, lo cual impone la sustanciación sin dilaciones del proceso iniciado con las acciones y recursos; la efectividad en su ejecución; la exigencia de la lealtad y respeto del Estado de someterse a la jurisdicción y

---

25 Artículo 3.

26 Artículo 254 de la Constitución.:

27 Duque Corredor, Román José, "La tutela cautelar de urgencia en la jurisdicción contencioso administrativa y los proyectos de Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Venezuela" en Hernández-Mendible, Víctor (Coordinador) "Derecho Administrativo Contemporáneo….", *op.cit*., p. 648.

acatar la decisión o sentencia correspondiente, amén del acatamiento y respeto a las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional correspondiente y la sentencias que reflejen el paso por "el tamiz de la legalidad" los actos o actuaciones objeto del control judicial[28]-[29].

En definitiva, la tutela judicial efectiva, particularizada en la tributación como expresión del poder originario e inherente al Estado, como derecho y garantía solo puede existir en un Estado democrático de derecho pues, como lo asienta Hernández-Mendible, solo se puede hablar de verdadera justicia en un sistema de gobierno republicano y democrático que tiene como valores superiores el respeto de la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad y el pluralismo político", en consecuencia, solo en esta forma de Estado, "tiene justificación la existencia del orden jurisdiccional administrativo, pues en tal modelo de Estado este puede constituirse en una auténtica garantía para la protección de los derechos fundamentales de los exorbitantes privilegios y prerrogativas de los órganos del Estado"[30].

---

28 Artículo 26 constitucional.

29 Artículo 259 de la Constitución.

30 Hernández-Mendible, Víctor, El proceso administrativo en la Constitución de Republica Dominicana en Brewer-Carías, Allan, Parejo Alfonso, Luciano y Rodríguez Rodríguez, Libardo (Coordinadores) *La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 604.

# CORTES CONSTITUCIONALES Y AUTORITARISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

Daniela UROSA MAGGI*

Es para mí un placer y un honor participar en este homenaje que se rinde al profesor Allan R. Brewer-Carías. Para tan merecido homenaje y siguiendo las directrices de la coordinación académica de esta obra colectiva, he escogido analizar un tema fundamental y al que el profesor Brewer ha dedicado incansable atención en los últimos 20 años: la decadencia de la justicia constitucional y su patología como factor determinante del desmantelamiento del Estado de Derecho[1].

---

* Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de Boston College Law School. El presente trabajo es la versión traducida y sintetizada del estudio "The role of constitutional courts in illiberal democracies: from guardians of constitutional supremacy to main support of authoritarianism", conducido por la autora como Visiting Scholar de Boston College Law School, 2017-2019.

Por citar solo algunos de los muchos libros publicados por el autor en esta materia: Brewer-Carias, A.R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; *La patología de la justicia constitucional*, tercera edición, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007; *La Sala Constitucional vs. el Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política)*, El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004. Pueden consultarse también más de 50 artículos y conferencias escritos por Brewer-Carias en esta materia en https://allanbrewer carias.com/

1 Por citar solo algunos de los muchos libros publicados por el autor en esta materia: Brewer-Carías, A. R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; *La patología de la justicia constitucional*, tercera edición, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; *Crónica sobre la "in" justicia constitucional.*

Así, el creciente autoritarismo del Poder Ejecutivo en Venezuela y el deplorable desenvolvimiento de la Sala Constitucional venezolana durante estas dos décadas, han llevado al profesor Brewer a dar especial atención al estudio de la dictadura judicial y el infeliz rol de esa Sala en la consolidación de un estado socialista, centralizado, militarista y totalitarista.

Y es que exponer al mundo el caso de la dictadura judicial venezolana es una necesidad y una advertencia de lo que puede llegar a suceder si un gobierno autoritario y populista toma el poder en un Estado que teniendo una grave debilidad institucional y una frágil separación de poderes, tiene, además, una Corte Constitucional: lejos de que ese Tribunal, Sala o Corte Constitucional sea el garante de la supremacía constitucional, será probablemente el detonante de la ruptura del Estado de derecho, pues su condición de más alto tribunal, sus amplias competencias y la improcedente revisión de sus decisiones así lo conseguirán.

Venezuela no es el único país que ha sufrido de autoritarismo judicial constitucional. También lo viven actualmente otros países y precisamente de ello queremos dar cuenta en el presente estudio, desde una perspectiva de Derecho Comparado, como también lo ha hecho en más de una ocasión el profesor Brewer[2]. En todos los casos analizados, el avance autoritario tiene como brazo derecho un tribunal o corte constitucional que ha renunciado a su función de proteger la vigencia constitucional para avalar los actos autoritarios del gobierno. Se trata de países muy diferentes y distantes entre sí, pero en todos curiosamente el patrón de autoritarismo judicial y la efectividad de sus actuaciones es muy similar, al punto que nos han llevado a reflexionar acerca de la conveniencia o no del mantenimiento del modelo de cortes constitucionales y a proponer algunas medidas que pudiesen servir para evitar que vuelva a suceder en otras latitudes.

---

*La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007; *La Sala Constitucional vs. el Estado democrático de derecho (El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y* la *confiscación del derecho a la participación política),* El Nacional, Colección Ares, Caracas, 2004. Pueden consultarse también más de 50 artículos y conferencias escritos por Brewer-Carías en esta materia en https://allanbrewercarias.com/

2 *Brewer-Carías, A. R. Los jueces constitucionales. controlando el poder o controlados por el poder. Algunos casos notorios y recientes (Estados Unidos, Nicaragua, Bolivia, Paraguay, Reino Unido, Suráfrica, Venezuela, Honduras, República Dominicana, El Salvador, Colombia, Perú, Costa Rica, Chile, Brasil)*, Segunda edición corregida y aumentada, Ediciones Olejnik, Buenos Aires 2018.

## I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: DE IURE, UNA GARANTÍA GLOBAL DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A pesar de la espectacular expansión del constitucionalismo desde mediados del siglo XX, puede afirmarse que la democracia constitucional y el Estado de derecho están en crisis. Son muchos los países en los que el índice de Estado de derecho, de libertades democráticas y de garantía de los derechos humanos es bajo o muy bajo[3]. Incluso en países con una fuerte tradición democrática y republicana, la democracia ha sido recientemente considerada en peligro o en riesgo[4] y en muchos otros casos está sufriendo un notable giro regresivo de la democracia al autoritarismo[5]. Ello parece significar que las instituciones se están debilitando, y en particular parece estar fallando la más poderosa de todas las instituciones de garantía de la supremacía constitucional: la justicia constitucional[6].

Durante la segunda mitad de siglo XX, la nefasta experiencia de regímenes autoritarios reforzó la relevancia de la justicia constitucional como un instrumento de control del abuso de poder y de garantía del carácter normativo y supremo de la Constitución. En consecuencia, las nuevas democracias han tenido como común denominador la inclusión de sistemas de justicia constitucional en sus marcos constitucionales, muy en especial mediante la adopción de cortes constitucionales inspiradas en el modelo centralizado o de control concentrado de Hans Kelsen[7].

Puede así afirmarse que la globalización de la justicia constitucional es una característica fundamental del constitucionalismo democrático surgido en el siglo XX.

Ahora bien, en la actualidad la relación entre la justicia constitucional y la democracia constitucional requiere ser analizada desde un ángulo particular: la influencia de la justicia constitucional y en concreto de las cortes constitucionales en el desmantelamiento del Estado de derecho y de la democracia

---

3 De acuerdo a la data de *Rule of Law Index* 2019 (https://worldjusticeproject.org/our-work/publications/rule-law-index-reports/wjp-rule-law-index-2019), *Freedom in the World Index* 2019 (https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019) y *Human Rights Watch World Report* 2019 (https://www.hrw.org/es/world-report/2019).

4 Levitsky, S. y Ziblatt, D. *How Democracies Die,* New York, Crown, 2018, *in totum*; Mounk, Y. *The people vs. Democracy,* Cambridge, MA, Harvard University Press., 2018, *in totum*.

5 Tomini, L. *When Democracies Collapse,* London, Routledge, 2018, pp. 26 y ss.

6 Seguimos el concepto amplio de justicia constitucional de Cappelletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World,* Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1971, p. 1.

7 Ginsburg, T., J*udicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases,* New York, Cambridge University Press., 2003, pp. 9 y ss.

desde sus propias instituciones, de modo que democracias que formalmente podían ser consideradas como constitucionales devienen en democracias iliberales al estar bajo el control de regímenes autoritarios.

## II. AUTORITARISMOS DERIVADOS DE LAS DESVIACIONES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

### EL AUTORITARISMO JUDICIAL

El autoritarismo judicial ocurre cuando *el poder judicial es usado como arma política de manera de asegurar que los tribunales no controlarán los actos del poder ejecutivo ni sus actuaciones contrarias a derecho y, además, le brindarán el soporte jurídico necesario para su proyecto político*.

El autoritarismo judicial es especialmente peligroso en el caso de tribunales cuyas decisiones son políticamente sensibles, y por ende su incidencia en la democracia constitucional es particularmente peligrosa, como lo son los tribunales penales, contencioso-administrativos, electorales y constitucionales. Analicemos en particular este último caso –cortes constitucionales– que puede considerarse el autoritarismo judicial más peligroso tal y como lo ha demostrado la reciente experiencia forense en el Derecho comparado.

#### 1. *El autoritarismo judicial constitucional*

Siguiendo el criterio anteriormente expuesto, el autoritarismo *judicial constitucional ocurre cuando las Cortes Constitucionales son utilizadas como arma política del gobierno autoritario.* Dichas Cortes son, probablemente, los tribunales más poderosos dentro del sistema jurisdiccional, pues pueden controlar y anular cualquier acto de gobierno *–lato sensu–* como última instancia judicial, sin ningún control posterior. Debido a ese poder extraordinario, cuando las cortes constitucionales pierden su independencia y están bajo control de gobiernos autoritarios, se convierten en arma política letal para la democracia constitucional, con el agravante de que esa letalidad estará justificada por sus propias decisiones e interpretaciones constitucionales que, como se dijo, son inobjetables e irrevisables. Por ende, el abuso de los tribunales o cortes constitucionales arruina la supremacía de la Constitución mediante interpretaciones de la Constitución que son, en realidad, verdaderas mutaciones constitucionales[8].

---

[8] Sobre el concepto de "mutaciones constitucionales", Brewer-Carías, A. R. "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)", *Revista de Administración Pública* Nº 180, Madrid, CEPC, 2009, pp. 387 y ss.

Los gobiernos autoritarios suelen tomar control de las cortes constitucionales siguiendo el mismo patrón: el Presidente y el partido de gobierno adquieren ventaja de la mayoría parlamentaria obtenida en determinada elección legislativa –usualmente en tiempos de incertidumbre política, en el que es de fácil manipulación la voluntad de los electores–, lo que les permite controlar el proceso de selección de los jueces, a veces mediante reformas legislativas, otras mediante la destitución o remoción de los mismos –manipulando la estabilidad y carrera judicial mediante viciadas declaratorias de emergencia judicial– sustituyéndolos por jueces leales al Poder Ejecutivo. Evidentemente, la sustitución de todos los jueces que integran el poder judicial es difícil, por no decir imposible.

Pero la sustitución de los jueces o Magistrados de la corte constitucional es relativamente fácil, a la vez que efectiva para el propósito perseguido: se trata del cambio de unos pocos jueces, para lo cual se tiene la mayoría parlamentaria necesaria. Una vez sustituidos todos o la mayoría calificada de los jueces de la corte constitucional, el resto de la crónica del avance autoritario es fácilmente predecible.

## III. RECIENTES EXPERIENCIAS DE AUTORITARISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL. EL ROL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN VARIAS DEMOCRACIAS ILIBERALES CONTEMPORÁNEAS

### 1. *Recientes casos de cortes constitucionales en ejercicio del autoritarismo judicial*

El análisis de la justicia constitucional comparada revela múltiples casos de democracias iliberales en algunas de las cuales ocurre el autoritarismo judicial constitucional.

Así, en ciertos casos como son los de Tailandia, Ucrania, Rusia, Moldavia, Macedonia y Egipto, así como Indonesia, Burundi, Singapur y Malasia, se han instaurado gobiernos de tendencia autoritaria o antidemocrática caracterizados por una importante debilidad del principio de separación de poderes y de la independencia judicial que ha degenerado en politización de la justicia[9].

En otros ejemplos actuales también de tendencia autoritaria, se observa cómo hay un claro intento de avance en el control de los tribunales, particularmente de las cortes constitucionales y en ocasiones también los tribunales

[9] Para un conocimiento general de la situación política y constitucional de tales países: Albert, Richard, y otros, I·CONnect-Clough Center 2017 *Global Review of Constitutional Law*, 2018 y 2019, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn. 3215613 y http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3471638

contencioso-administrativos, a fin de debilitar su independencia y poder utilizarlas con fines políticos. Nos referimos a los casos de Polonia, Turquía[10] y Hungría.

Pero en otros casos, el Presidente autoritario ya logró mermar la independencia judicial, designar jueces adeptos a su gobierno en las respectivas cortes constitucionales y en consecuencia la democracia iliberal o bien el autoritarismo se ha impuesto aun cuando pretende mantenerse dentro de falaces formas democráticas. En la actualidad, pueden conseguirse ejemplos en África, como es ese el caso de la República Democrática del Congo, Zambia, Gabón, Camerún, Uganda; de Asia como Camboya y de América Latina, como son Nicaragua, Bolivia y Venezuela. La situación de hecho en cada caso es variable, pero pueden extraerse características y consecuencias comunes a todos ellos como analizaremos de seguidas.

### 2. *Características comunes de los casos de autoritarismo judicial estudiados*

Los casos de autoritarismo judicial previamente aludidos tienen, sin duda, muchas similitudes. En todos ellos existe una democracia iliberal que devino, en mayor o menor medida, en autoritarismo. Asimismo, todos poseen instituciones sumamente débiles, un bajo o muy bajo índice de Estado de derecho, y un poder ejecutivo autoritario que restringe derechos fundamentales, abusa de las instituciones democráticas y manipula las categorías constitucionales para perpetrarse en el poder.

Es además un elemento común a todos ellos que las principales armas políticas para el avance autoritario han sido el control del órgano o árbitro electoral y del poder judicial, muy particularmente la corte constitucional. En todos estos casos, la "corte constitucional autoritaria" no solo se ha abstenido de controlar los actos del poder público, sino además ha sido sumamente activa al facilitar el avance autoritario mediante sus propias sentencias, a veces incluso dictadas de oficio.

En consecuencia, en estos casos las cortes constitucionales han manipulado la justicia constitucional y han aplicado interpretaciones constitucionales manipulativas que devienen en *mutaciones constitucionales*. Entre otros, algunos ejemplos del uso y abuso de las instituciones avalados por las cortes constitucionales y ejemplo de interpretaciones constitucionales tergiversadas en los casos estudiados son los siguientes:

#### A. *Asamblea Constituyente*

Los gobiernos autoritarios suelen promover o convocar asambleas constituyentes a fin de redactar nuevos textos constitucionales, no con fundamento

---

[10] Albert, Richard, y otros, I·CONnect-Clough Center 2017 *Global Review of Constitutional Law*, *cit*., pp. 238 y 314 y ss.

en genuinas razones políticas y sociales que ameriten un nuevo marco constitucional, sino a fin de aprobar un "traje constitucional a la medida" del poder ejecutivo autoritario, reforzando así las funciones presidenciales en detrimento de las competencias de los demás poderes públicos, del principio de separación de poderes e independencia judicial, y en detrimento también de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Tal fue la situación que ocurrió en Venezuela en 1999 cuando el recién electo presidente Chávez convocó a una asamblea constituyente que le permitió aprobar una nueva Constitución acorde a un proyecto político y la designación de nuevos jueces y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en su mayoría leales a él. Casi veinte años después, en 2017, fue convocada otra asamblea constituyente con propósitos políticos, esta vez no para dictar una nueva Constitución sino con la finalidad de instalar un órgano que asumiera *de facto* poderes totalitarios, anulando al poder legislativo. En ambos casos (1999 y 2017) el rol de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido crucial, interpretando tergiversadamente el texto constitucional para permitir los cambios constitucionales abusivos en favor del autoritarismo.

Siguiendo el mismo patrón, en Bolivia el Presidente Evo Morales convocó a una asamblea constituyente inmediatamente después de ganar las elecciones en 2006, lo que le permitió el control paulatino del Poder judicial y el nombramiento de jueces constitucionales leales a él, carente de independencia.

### B. *Reformas constitucionales*

La figura constitucional manipulada con mayor frecuencia por los gobiernos autoritarios contemporáneos ha sido la reforma constitucional, con el fin de eliminar los límites y prohibiciones a la reelección presidencial y facilitar así al gobernante ser reelecto indefinidamente y perpetuarse en el poder. Así ha sucedido en Zambia, Gabón, Camerún, Uganda, Nicaragua, Venezuela y Bolivia[11].

En tales casos, las cortes constitucionales han dictado decisiones que expresamente avalan tales reformas constitucionales, con fundamento en argumentos falaces e interpretaciones contrarias a la letra de la Constitución. Por ejemplo, en Bolivia en el año 2017 la Corte Constitucional declaró que el "derecho constitucional" del presidente al ejercicio de cargos públicos justificaba su reelección indefinida aun cuando mediante referéndum vinculante la

[11] En Bolivia, como antes se señaló, se optó por la reforma constitucional para incluir la reelección indefinida, aunque luego de las elecciones de octubre de 2019, Evo Morales dejó el poder ante las denuncias y protestas por fraude electoral.

mayoría de los electores bolivianos votó en contra de la propuesta de reforma constitucional para la eliminación de los límites de la reelección[12].

### C. *Fraudes electorales*

Las democracias iliberales estudiadas están apoyadas fundamentalmente en elecciones fraudulentas y carentes de garantías de integridad electoral suficientes. La ausencia de garantías electorales suele ser indispensable para que los gobernantes autoritarios logren ser "electos" o "reelectos" en sus cargos. Las cortes constitucionales han jugado un rol fundamental en tales casos, pues en muchos ordenamientos ostentan funciones de juez electoral, lo que les permite validar elecciones fraudulentas o, por el contrario, anular procesos electorales que fielmente refleja la voluntad de los electores, pero son contrarias a los intereses del gobernante autoritario.

En los casos concretos de la República Democrática del Congo, Gabón, Uganda, Camboya, Nicaragua y Venezuela, las respectivas cortes constitucionales han desestimado todas las demandas o reclamos basadas en fraudes electorales e incluso han ilegalizado partidos políticos en claro detrimento del pluralismo político.

### D. *Estado de emergencia*

Los gobiernos autoritarios suelen abusar declarando injustificadas situaciones de estado de emergencia política, social y/o económica, lo que es una vía fácil para la activación o aplicación de poderes presidenciales autoritarios y la ilegítima limitación de derechos y garantías constitucionales. Pero esa declaratoria suele requerir del control previo o posterior de la corte constitucional, a fin de ratificar o desestimar su procedencia.

Tanto en la República Democrática del Congo como en Zambia y Venezuela, las respectivas cortes constitucionales han aprobado no solo una sino múltiples declaratorias de estado de emergencia aun cuando no en todos los casos había razón constitucional suficiente para la aplicación de tales poderes extraordinarios.

### E. *Violación de derechos fundamentales*

En casos dramáticos como Venezuela, Nicaragua y Bolivia, las decisiones de las cortes constitucionales han facilitado el control autoritario sobre los

---

[12] Brewer-Carías, A. R. Las Nuevas "Monarquías Hereditarias" Latinoamericanas. La democracia como disfraz y La reelección indefinida de los gobernantes. El caso de la sentencia 084 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia de 28 de Noviembre de 2017, en https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/12/180.-Brewer.doc-Sentencia-No.-84-Bolivia-y-las-nuevas-monarquias.pdf

ciudadanos, limitando el derecho al voto, el derecho a la protesta, el derecho a la participación política, el derecho a la libertad de expresión, el derecho de asociación, el derecho de propiedad, entre otros, o bien reprimiendo o limitando las protestas pacíficas de los ciudadanos en contra del gobierno.

### 3. *Recapitulación*

Es significativo ver cómo en la mayoría de los casos estudiados las cortes constitucionales han pasado de ser tribunales imparciales e independientes a armas políticas del autoritarismo: la violación de la independencia judicial en general y en particular de las cortes constitucionales se ha producido justo luego de que un presidente de tendencia autoritaria y en ocasiones populista gana las elecciones o bien luego de un drástico cambio constitucional. Cuando el mismo partido político controla al Poder Ejecutivo y al Legislativo, es fácilmente manipulable la independencia judicial mediante la selección de jueces sin autonomía y la reforma de las leyes necesarias para ello, de ser necesario.

En la mayoría de las Constituciones analizadas, las cortes constitucionales cuentan con muchas competencias jurisdiccionales y tienen la última palabra en el control de la constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos. Asimismo, estas cortes suelen ser tribunales de única instancia sin ningún control jurisdiccional posterior a sus decisiones. Pero paradójicamente las cortes constitucionales son, al tiempo, instituciones sumamente vulnerables, capaces de perder su independencia con facilidad, en especial en democracias débiles. Los gobiernos autoritarios han entendido ello con suma agudeza, logrando eficazmente diezmar el principio de separación de poderes y el Estado de derecho. Al tomar control sobre los jueces constitucionales, el régimen autoritario consigue un perfecto "bypass" del control de la constitucionalidad y se asegura que ninguno de sus actos arbitrarios será objeto de control o nulidad.

## IV. REPENSANDO LAS CORTES CONSTITUCIONALES. PROPUESTAS PARA EVITAR EL AUTORITARISMO JUDICIAL

### 1. *Reforzamiento de la capacidad estatal y mayor garantía de independencia de las cortes constitucionales*

Tal como señalamos en páginas anteriores, las cortes constitucionales son de iure la máxima garantía de la supremacía constitucional. Sin embargo, las mismas solo pueden cumplir cabalmente tal función si existe un robusto sistema institucional de separación de poderes dentro del Estado de derecho. Dada la naturaleza única de las cortes constitucionales, su control por parte del Poder Ejecutivo aumenta la probabilidad de consolidación de un régimen autoritario o dictatorial.

Por ende, el correcto ejercicio de la jurisdicción constitucional tiene como condición indispensable la previa institucionalización del poder judicial a fin de afianzar su independencia, imparcialidad y profesionalización[13].

En definitiva, el aspecto fundamental del problema –o de la solución, según como se mire– no es la medida del poder de la corte constitucional sino la medida de su independencia, la cual es una variable que depende de la fortaleza de la institucionalidad. Por ello, podemos afirmar que Estados débiles y cortes constitucionales son una peligrosa combinación para el Estado de derecho.

La ecuación mayor independencia judicial es igual a mejor efectividad de la corte constitucional y por ende mayor garantía de la supremacía constitucional es más fácil de alcanzar en democracias con una fuerte capacidad estatal e institucional. Sin embargo, las democracias débiles o democracias que surgen luego de transiciones políticas tienden a establecer cortes constitucionales como si fuese una fórmula mágica para el restablecimiento del Estado de derecho sin previamente reforzar su independencia. En esos casos, lejos de ser una solución, las cortes constitucionales son realmente un problema o, al menos, una espada de doble filo a riesgo de ser utilizadas por gobiernos autoritarios en su propio interés.

En consecuencia, una primera condición para evitar el autoritarismo judicial es reforzar las instituciones estadales, especialmente la independencia y autonomía judicial. Al mismo tiempo, es fundamental atender a un buen diseño constitucional que garantice el proceso de selección de jueces constitucionales determinando debidamente a quién corresponde la selección y cuáles han de ser las condiciones de elegibilidad del juez constitucional

### 2. *Redimensionando los poderes de las cortes constitucionales: ¿vuelta al modelo original kelseniano de legislador negativo?*

Tal como explicábamos anteriormente, aquellas cortes constitucionales que carecen de la independencia debida están en riesgo de convertirse en fácil herramienta de las democracias iliberales. Pero el riesgo es aún peor cuando la corte constitucional ostenta, además, amplísimas atribuciones de control, no limitándose a la competencia de nulidad de leyes y demás actos de rango legal. En otras palabras: mientras mayores sean las competencias de las cortes constitucionales institucionalmente débiles, mayor será el riesgo de incurrir en autoritarismo judicial.

---

[13] Solomon Jr., P. "Judicial Power in Authoritarian States: The Russian experience", *cit*., pp. 261 y ss.; Vanberg, G. "Constitutional Courts in comparative perspective: a theoretical assessment", *Annual Review of Political Science*, V. 18, 2015, pp. 167 y ss.

En nuestro criterio, la causa del problema está en la desviación que en las últimas décadas ha sufrido el rol tradicional de las cortes constitucionales. Así, la justificación original de la creación de las cortes o tribunales constitucionales fue el establecimiento de una garantía jurisdiccional última de la supremacía constitucional en contra de los actos arbitrarios del poder público, en especial del poder legislativo. Así fue concebida en sus inicios por Hans Kelsen. En consecuencia, en su concepción original la corte constitucional tenía un rol muy concreto como órgano que ejercería el control jurisdiccional y *a posteriori* de la constitucionalidad de los actos del poder legislativo.

Sin embargo, la evolución de las cortes constitucionales ha llevado a una ampliación considerable del ámbito de sus competencias, otorgando atribuciones de protección de derechos fundamentales, de resolución de conflictos interorgánicos de rango constitucional e incluso ha pasado de ser un "legislador negativo" a un "legislador positivo". Tal ampliación ha sido, en nuestro criterio, excesiva, al punto de desnaturalizar la esencia de las cortes constitucionales, provocar violaciones del derecho a la defensa y debido proceso de los órganos del poder público, y graves violaciones al principio de separación de poderes[14].

Por ende, en nuestra opinión, a fin de prevenir el abuso de las cortes constitucionales, debe repensarse su rol, naturaleza y competencias, reformularse su concepción actual de corte "superpoderosa", y retomar, en cierta medida, la concepción ortodoxa kelseniana de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, cuya función principal sea la nulidad por inconstitucionalidad de los actos del poder público de rango legal, proscribiendo cualquier posibilidad de dictar interpretaciones constitucionales *in abstracto* y cualquier facultad normativa o de legislador positivo. Asimismo, se impone la necesidad de limitar el activismo judicial, a fin de evitar la politización y el autoritarismo de los jueces. Tal como explica Tushnet, es fundamental procurar cortes menos poderosas y menos activistas[15].

### 3. *Un planteamiento drástico: ¿conviene eliminar las cortes constitucionales y migrar al sistema de control difuso de la constitucionalidad?*

Durante las últimas décadas el Derecho comparado nos ha dejado algunos notables ejemplos de cortes constitucionales que han tenido un papel ejemplar bajo gobiernos de corte autoritaria o durante períodos de transición a

---

[14] Urosa, D. "Constitutional Courts as Positive Legislators: The Venezuelan experience", *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Brewer-Carías, A. R. (ed.), Cambridge; New York, Cambridge University Press., 2011, pp. 843 y ss.

[15] Tushnet, M. "The rise of weak-form judicial review", Ginsburg, T. y Dixon, R. (ed.) *Comparative Constitutional Law,* Cheltenham, [UK], Northampton, MA, Edward Elgar, 2011, pp. 321 y ss.

la democracia, constituyendo pieza clave del restablecimiento del Estado de derecho. Nos referimos así a los Tribunales Constitucionales de Chile y de Egipto, ambos en la década de los noventa, la Corte Constitucional de Suráfrica en la era postapartheid, las Cortes Constitucionales de Colombia y de Mongolia en la primera década del siglo XXI y la de Honduras más recientemente en 2009[16].

Sin embargo y lamentablemente, estos ejemplos son excepcionales y tal como han explicado Brown y Waller, la experiencia refleja cómo en la mayoría de los casos las cortes constitucionales no actúan correctamente en tiempos de incertidumbre política ni en democracias débiles[17]. Los casos estudiados en esta oportunidad, si bien extremos en sus circunstancias, no son casos aislados. Por ello, es drástico pero no descabellado para aquellos ordenamientos jurídicos que se encuentran en procesos de transición a la democracia considerar la eliminación de la corte constitucional de su estructura orgánica del Poder Público y migrar a otros sistemas de justicia constitucional, por ejemplo, al sistema de control difuso o *judicial review*, o bien a un sistema mixto o *tertium genius*.

En efecto, *de iure*, ambos sistemas de justicia constitucional –el sistema centralizado o de control concentrado y el descentralizado o de control difuso– tienen hoy en día más similitudes que diferencias, tal como explica con meridiana claridad Fernández Segado[18] y logran objetivos similares mediante vías formalmente diferentes. Sin embargo, *de facto*, hay una diferencia muy significativa en el desempeño de uno y otro modelo de control de la constitucionalidad.

De hecho, analizando los datos del Índice de Estado de derecho 2019 (Rule of Law Index 2019[19]) y el Índice de libertad 2018 (Freedom Index 2018[20]), es posible concluir que hay una clara diferencia, en término de los niveles y estándares de Estado de derecho y de libertad entre los países que tienen cortes constitucionales y los países que cuentan con control difuso o *judicial review*.

---

16 Benítez-R., V. y González-H., G., "El rol de las Cortes y la protección de la democracia: Una aproximación desde regímenes transicionales", *Revista de Derecho Público 147/148*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 83 y ss.

17 Brown, N. y Waller, J. 'Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges', *International Journal of Constitutional Law*, V. 14 (4), 2016, pp. 817 y ss.

18 Fernández Segado, F. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México DF, IIJ UNAM, 2004.

19 *Rule of Law* Index 2019, *cit*.

20 *Freedom in the World* Index 2019, *cit*.

Así, de acuerdo al Índice de Estado de derecho 2019 (Rule of Law Index 2019), los 15 países con mejor rango de desempeño son Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, Holanda, Alemania, Austria, Nueva Zelanda, Canadá, Estonia, Australia, el Reino Unido, Singapur, Bélgica y Japón. Todos esos países cuentan con sistema descentralizado o difuso de justicia constitucional con cuatro notables excepciones: Alemania, Austria, Estonia y Bélgica. Todos ellos, además, son considerados países "libres", es decir, con garantías democráticas, de acuerdo al Índice de libertad 2018 (Freedom Index 2018), antes referido.

En cambio, los 18 peores rangos del mismo Índice de Estado de derecho 2019 (Rule of Law Index 2019) con un muy pobre desempeño de Estado de derecho y de democracia son, en orden descendiente, los siguientes: Turquía, Myanmar, Angola, Bangladesh, Uganda, Nicaragua, Honduras, Zimbabue, Pakistán, Etiopía, Bolivia, Camerún, Egipto, Mauritania, Afganistán, República Democrática del Congo, Camboya y –de última– Venezuela. Todos ellos son además países considerados "parcialmente libres" o "no libres" según el Índice de libertad 2018 (Freedom Index 2018) y todos tienen como común denominador el modelo de cortes constitucionales o modelo de control concentrado de la constitucionalidad, con solo dos excepciones: Bangladesh y Pakistán[21].

Esta data revela que desde una perspectiva comparada, las cortes constitucionales no están teniendo un buen desempeño en la garantía de la supremacía constitucional, condición esencial para la existencia del Estado de derecho y la democracia constitucional, aun cuando ellas son suficientemente poderosas y pudieran efectivamente restablecer la democracia constitucional y el correcto cumplimiento de las bases del Estado de derecho, todas recogidas en los textos constitucionales. En muchos casos, ese pobre desempeño ha sido consecuencia de la politización del poder judicial, muy en específico de la corte constitucional y la concentración del poder autoritario, como explicamos previamente.

Por el contrario, el modelo descentralizado o de judicial review evita la politización de la justicia constitucional porque cualquier juez puede actuar como juez constitucional, de modo que se dificulta mucho más la manipulación de la independencia judicial de cada uno de ellos.

Por ende, puede afirmarse que existe una relación directa entre el modelo de justicia constitucional y el índice de Estado de derecho. Por supuesto, no es posible concluir tajantemente que un modelo sea mejor que el otro, pues también juegan otras variables como el alcance del marco constitucional, la composición de la corte constitucional, el modo de selección de sus jueces y su ámbito de atribuciones, factores todos que deben también tomarse en consideración.

---

21 *Rule of Law Index* 2019 y *Freedom in the World Index* 2019, *cit*.

4. *El control sobre las cortes constitucionales: una tarea pendiente*

Las decisiones de las Cortes constitucionales son de única o bien de última instancia, sin que sea posible apelación o revisión alguna de sus sentencias. Solo quedan sometidas al control político y al régimen sancionatorio de sus jueces, que en caso de regímenes autoritarios suele ser un control insuficiente y que probablemente juegue también en contra de la debida separación de poderes.

Por ello, a fin de procurar el correcto desempeño de las cortes constitucionales y cabal cumplimiento de sus funciones, especialmente en democracias emergentes, es necesario establecer mayores controles sobre ellas. Ellas son la última palabra en materia constitucional, ciertamente, pero sus actuaciones no pueden quedar exentas de control, bajo pena de incumplir el principio de universalidad del control de los actos del poder público.

Desde una perspectiva internacional, se ha propuesto en alguna oportunidad la creación de una Corte Constitucional internacional que pudiese actuar como una entidad jurisdiccional internacional independiente, actuando como instancia superior de las cortes constitucionales nacionales, controlando cualquier decisión en contra del Estado de derecho y los derechos humanos. Fue ésta una propuesta formulada en 1999 por el entonces Presidente de Túnez Mohamed Moncef Marzouki, con el objetivo de prevenir y controlar el avance de eventuales regímenes antidemocráticos y reforzar el rol de la resistencia civil en caso de que las cortes constitucionales nacionales fallaran[22].

Sin embargo, esta justicia constitucional internacional o supranacional no está exenta de limitaciones y consideraciones a ser resueltas preliminarmente para su exitosa implementación, como por ejemplo, la determinación de los estándares y reglas constitucionales comunes a ser aplicados por esa corte internacional, sus implicaciones normativas, el alcance de sus interpretaciones, la efectividad de sus decisiones y la consolidación de un constitucionalismo global[23].

## CONCLUSIONES

1. Las cortes constitucionales juegan un papel determinante en el Estado democrático de Derecho, tanto en su garantía como en su desmantelamiento. Se trata de instituciones sumamente poderosas que constituyen la última palabra en la garantía de la supremacía constitucional. Sin embargo y paradóji-

---

22 Nasrawin, L. An International Constitutional Court: Future Roles & Challenges. Digest of Middle East Studies, 25(2), 2016, 210-226.

23 Çali, B. "International Judicial Review", en Lang, A., y Wiener, A. (ed.) *Handbook on global constitutionalism,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 291 y ss.

camente, las mismas pueden ser vulnerables, especialmente en casos de democracias débiles, y perder fácilmente su independencia en favor de los intereses de un gobierno autoritario.

2. Un gobierno de tendencia autoritaria y en ocasiones populista puede diezmar la independencia de la corte constitucional si ésta carece de fortaleza institucional, logrando esquivar el control de la constitucionalidad de sus actos y obteniendo el "aval constitucional" de sus actuaciones arbitrarias y contrarias a derecho. Cuando ello sucede se verifica el autoritarismo judicial constitucional, en el cual la corte constitucional se convierte en arma política del y brazo ejecutor régimen autoritario.

3. El análisis de Derecho comparado demuestra cómo el autoritarismo judicial constitucional es un patrón común en el siglo XXI. En tales casos la justicia constitucional ha aplicado interpretaciones constitucionales manipulativas que devienen en mutaciones constitucionales y ha tergiversado instituciones constitucionales fundamentales, como la asamblea nacional constituyente, la reforma constitucional, los procesos electorales, los estados de emergencia y los derechos humanos para facilitar el avance autoritario.

4. A fin de evitar el autoritarismo judicial constitucional será necesario (i) fortalecer la capacidad estatal y la institucionalidad, en especial la independencia del poder judicial; (ii) redimensionar las funciones y competencias de las cortes constitucionales; (iii) pensar en modelos alternativos de control constitucional, desmitificando al control concentrado como la panacea de la garantía de la supremacía constitucional y (iv) determinando adicionales mecanismos de control, nacionales e internacionales, de las cortes constitucionales.

# UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PARA EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA

Jesús María CASAL HERNÁNDEZ*

## I. EL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS Y SU LUCHA CONTRA LA INJUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías denunció tempranamente los excesos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Lo ha hecho magistralmente mediante sus trabajos científicos y también mediante la interposición de acciones o recursos ante los órganos jurisdiccionales, así como con su actitud y actividad combativa respecto de los abusos del régimen autoritario aún imperante. Muestra de ello es su libro titulado *"Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela"*, EJV, Caracas, 2007, el cual recoge solo una parte de sus numerosas contribuciones sobre la materia. Con base en el diagnóstico que de allí resulta y en otros estudios, intentaré a continuación enunciar algunos de los cometidos que la jurisdicción constitucional deberá asumir en la fase de transición y recuperación democrática que en medio de enormes dificultades hoy se vislumbra posible, e indicaré algunas de las herramientas a las que puede acudirse para cumplirlos.

## II. LAS PRINCIPALES TAREAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA RECUPERACIÓN DEMOCRÁTICA

Son múltiples los aspectos en los cuales se precisa de una nueva jurisdicción constitucional. Los cambios que deben ser introducidos no con simples modificaciones regulativas u organizativas, ya que se requiere de un verdadero giro copernicano en la jurisdicción constitucional, afincado sobre todo en

---

* Profesor de Derecho Constitucional y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; Premio internacional Georg Forster de la Fundación Alexander con Humboldt.

los criterios de fondo que guían la labor jurisdiccional y en la concepción referida a los poderes y límites de la jurisdicción constitucional y al sistema de justicia constitucional, lo cual puede naturalmente llevar aparejadas reformas en el diseño institucional.

### 1. *Las atribuciones del órgano encargado de la jurisdicción constitucional y el sistema de justicia constitucional*

La nueva jurisdicción constitucional tendrá a su cargo la gran responsabilidad de contribuir a levantar desde sus cimientos una genuina institucionalidad democrática. Más aún, le corresponderá desmontar maneras de razonar judicialmente y de interpretar la Constitución. Muchas doctrinas sentadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia durante estos años han sido objeto de cuestionamiento generalizado y su refutación y sustitución forman parte de la agenda de la jurisdicción constitucional de la democracia y el Estado social de Derecho. Pero junto a ello es indispensable concebir de otro modo el papel del juez constitucional y sus mecanismos de actuación.

De la exaltación de la que fue llamada la supersala y del carácter omnicomprensivo de la garantía judicial de la Constitución, sobre la cual se instaló la Sala constitucional autoritaria, ha de pasarse a una conciencia acendrada sobre la necesidad de focalizar la jurisdicción constitucional en los temas medulares del constitucionalismo y de someterla al orden y legalidad procesales. Al mismo tiempo, los desmanes de este ciclo político y judicial han demostrado que un exceso o desviación de la justicia constitucional se traduce en desequilibrios que menoscaban los controles y contrapesos institucionales. El ecosistema democrático-constitucional se resiente cuando una jurisdicción constitucional sobredimensionada en lo competencial interviene prematuramente ante situaciones que aún deben permanecer en el campo de decisión de espacios democráticos, así como resulta afectada la autonomía individual o social cuando aquella no reconoce los linderos entre los asuntos públicos y los de desarrollo personal o participación ciudadana, amparados por derechos fundamentales.

La degradación de estos años ha llegado a tal punto que se prescinde hasta del derecho al debido proceso, pues al conocer de solicitudes de revisión de sentencias, de recursos de interpretación directa de la Constitución e incluso de acciones de nulidad la Sala Constitucional resuelve el fondo o mérito de controversias referidas a derechos individuales o a atribuciones constitucionales de órganos del poder público sin procedimiento contradictorio alguno y al margen de los cauces procesalmente previstos[1]. La Sala Constitucional termi-

[1] *Vid*., entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 207 del 31 de marzo de 2014; N° 9 del 1 de marzo de 2016; N° 473 del 14 de junio de 2016; N° 478 del 14 de junio de 2016; N° 797 del 19 de agosto de 2016; N° 1086 del 13 de diciembre de 2016; N° 2 del 11 de enero de 2017; N° 7 del 20 de enero de 2017; N° 156 del 29 de marzo de 2017.

nó abdicando, finalmente, de su condición de órgano jurisdiccional y sus integrantes renegaron con sus ejecutorias del oficio del juez. Ello sin entrar a examinar los graves vicios en la composición de esa y de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

El desbordamiento competencial de la Sala Constitucional ha tenido consecuencias en sus relaciones con el legislador y con los jueces ordinarios. En relación con esto último es indispensable observar que dicha Sala ha minimizado el rol de los demás tribunales de la República en la garantía de la integridad y en la interpretación de la Constitución y, en particular, en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad. El artículo 335 de la Constitución ha sido adulterado en su significación y ha sido usado por esta Sala para fijar interpretaciones constitucionales vinculantes que no guardan conexión con la resolución de causas específicas ni con los cauces procesales normativamente establecidos. Además, estas (re) lecturas de la Constitución se imponen expansiva y rígidamente a la judicatura e incluso al legislador, de tal manera que se niegan a aquella las facultades de adaptación o distinción ínsitas a la aplicación de precedentes, o se admiten muy limitadamente; y se cercenan, en relación con el segundo, sus potestades de configuración político-normativa[2], o se asumen ilegítimamente funciones constituyentes.

Debe racionalizarse y acotarse el alcance del efecto vinculante de las interpretaciones constitucionales de la instancia responsable de la jurisdicción constitucional, sujetándola a la lógica del precedente[3] y promoviendo dinámicas plurales y progresivas de construcción de la jurisprudencia, con participación relevante de los jueces ordinarios. Han de reconocerse, por otro lado, las peculiaridades de la incidencia de tales interpretaciones sobre el legislador.

Lo dicho conduje a insistir en la necesidad de preservar el carácter mixto o integral de nuestro sistema de justicia constitucional, menoscabado por la voracidad competencial de la Sala Constitucional.

Un poder judicial reestructurado con base en los principios del mérito y de la carrera judicial, deberá desempeñar una función capital en la garantía e interpretación de la Constitución y también en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y el órgano de jurisdicción constitucional deberá impulsar, no restringir, esas iniciativas judiciales, todo ello sin perjuicio de las facultades que ostente para sentar una última palabra en el

---

2 Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional como legislador positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/EJV, Caracas, 2009; Casal, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, UCAB, Caracas, 2015.

3 Respecto de la experiencia de la jurisdicción constitucional peruana en la materia *vid*. Landa, César, "Los precedentes constitucionales: el caso del Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, N° 14, 2010, pp. 193 y ss.

orden jurisdiccional, por cauces procesales específicos, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica y la uniformidad en la interpretación constitucional, o la protección de derechos fundamentales en supuestos de grave desconocimiento.

En lo procesal habría que rechazar, principalmente, estas erróneas orientaciones jurisprudenciales: el acortamiento de las competencias de los jueces ordinarios en materia de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al haber sido limitadas al examen de la contradicción explícita o literal entre disposiciones legales y preceptos constitucionales; la expansión indebida de la facultad de la Sala Constitucional de revisar las sentencias de otros tribunales de la República, sin sujeción además al debido proceso ni a plazo alguno para su ejercicio; la tergiversación del sentido y alcance del efecto vinculante de las interpretaciones de la Constitución establecidas por dicha Sala, para reconducirlo a la dinámica de los precedentes y de la construcción plural de la jurisprudencia; el avocamiento de causas en trámite en otros órganos judiciales, ordenado por la Sala Constitucional, o por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia en el ámbito material respectivo, lesivo del derecho al juez natural, que debería suprimirse; la solicitud directa de interpretación constitucional, como mecanismo usado para reescribir la Constitución o dirimir subrepticiamente controversias subjetivas bajo el manto del carácter abstracto del asunto, que debería ser eliminada o redefinida restrictivamente; y, en suma, la potestad que esa Sala se ha atribuido para admitir toda clase de pretensiones relacionadas con la pretendida garantía de la Constitución, sin sometimientos a pautas legislativas ni procedimentales[4].

### 2. *Los nuevos paradigmas sustantivos de la jurisprudencia constitucional*

Como se colige de lo hasta ahora afirmado, la transformación de la jurisdicción constitucional se conecta con los criterios sustantivos y la misión institucional que han de guiar su desempeño. Conviene subrayar que, si bien los tribunales o salas constitucionales pueden contribuir a la estabilidad institucional, no es este el aspecto cardinal de sus funciones, aunque coadyuven a conservarla. El ethos o finalidad esencial de esta jurisdicción se encuentra no en el mantenimiento del orden o en el sometimiento del pueblo al poder esta-

---

[4] En relación con algunas manifestaciones del agigantamiento competencial de la Sala Constitucional y los problemas que comporta *vid*. Herrera Orellana, Luis Alfonso, "El 'recurso de interpretación' de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso", *Revista de Derecho Público*, N° 113, Caracas, 2008, pp. 7 y ss.; Haro, José Vicente, "La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Caracas, 2000, pp. 455 y 456; y Villegas Salazar, Marianella, "Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional", *Revista de Derecho Público*, N° 84, Caracas, 2000, pp. 417 y ss.; Casal, Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, UCAB, Caracas, 2004.

blecido, sino principalmente en la preservación de los espacios de libertad y autonomía individual que permiten el desarrollo de las potencialidades humanas; así como en la protección de los derechos de las minorías, del pluralismo político y otros aspectos medulares del proceso democrático y, en general, de los derechos inherentes al ser humano frente a la arbitrariedad activa u omisiva del poder público.

Una tarea primordial de la jurisdicción constitucional será revertir los criterios jurisprudenciales sentados por la Sala Constitucional que resultan abiertamente contrarios al constitucionalismo y al principio democrático, lo cual comprende no solo los contenidos en sentencias cuyo dispositivo comporte violaciones a derechos humanos o a reglas o principios constitucionales fundamentales desde la óptica apuntada, sino también los que han sentado el basamento teórico para el andamiaje judicial autoritario, aunque no hayan sido determinantes para la resolución del caso concreto. Estas (seudo) interpretaciones deberán ser rechazadas y reemplazadas por otras conformes con la democracia constitucional. Podría incluso acudirse al artículo 25 de la Constitución, o a los principios jurídicos en que se sustenta, para admitir acciones dirigidas a declarar la nulidad absoluta de las sentencias dictadas en violación manifiesta de los derechos humanos. Ello aunado a que tales decisiones emanaron de un órgano político, que simuló la condición de jurisdiccional para disolver los pilares de la institucionalidad democrática, lo cual abonaría la tesis de la inexistencia de tales pronunciamientos. Luego se hará mención a los instrumentos procesales disponibles a estos efectos.

Por unas u otras vías procesales habrá que desmontar criterios de la Sala Constitucional referidos a los siguientes asuntos, que se señalan a título puramente enunciativo. Habría que desechar: la inversión del propósito del artículo 23 de la Constitución para eximir a la Sala Constitucional y al Estado venezolano de cualquier control internacional en materia de derechos humanos y declarar inejecutables sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la desnaturalización del concepto de delitos de lesa humanidad; la mutilación del artículo 42 de la Constitución para viabilizar inhabilitaciones políticas que no se fundan en una sentencia penal condenatoria; el cercenamiento del derecho a la libre manifestación, al haberlo supeditado a la solicitud y emisión de una autorización previa; la conversión por sentencia de la Sala Constitucional en juez penal, infringiendo el principio de la legalidad, el derecho al juez natural y el debido proceso; el ensanchamiento de la noción de flagrancia para justificar privaciones policiales ilegítimas de la libertad; el desconocimiento de la libertad de asociación y del derecho a la libre participación política que supone fijar jurisprudencialmente requisitos internos de organización a las asociaciones sociales que aspiren actuar por medio de cauces institucionales de protagonismo ciudadano; la habilitación al Consejo Nacional Electoral, al margen de la Constitución, para regular el derecho político a cumplir la iniciativa popular de los referendos, como exigencia indispensable para la operatividad de ese derecho, lo cual sería aprovechado, con aquiescencia de la Sala Constitucional, para fijar barreras casi infranqueables

respecto del referendo revocatorio; la admisión de supuestos de censura judicial y, en general, la imposición de condicionantes previos al ejercicio del derecho de libertad de expresión y de pautas obligatorias, judicialmente reclamables, sobre la línea editorial o el equilibrio informativo de los medios de comunicación; la devaluación de la libertad económica y demás derechos fundamentales al plano de un punto de vista que concurre en una ponderación abierta de bienes jurídicos y la relativización de la reserva legal en esa y otras materias; la afirmación de la prevalencia apriorística de los derechos calificados como colectivos sobre los derechos individuales; el uso de la categoría del Estado social para prescribir como constitucionalmente necesarios componentes o concepciones propias de la ideología socialista; el empleo de la idea del Estado de Derecho y de Justicia para socavar el primero; la negación de los riesgos que la reelección indefinida supone para la institucionalidad democrática en nuestro sistema presidencial; la aceptación de los decretos leyes orgánicos y de leyes habilitantes en toda clase de materias y de índole indeterminada; la construcción de la doctrina aberrante del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como causa general invalidante de su actuación; la centralización de competencias constitucionales exclusivas de los Estados y la convalidación de elementos del Estado comunal; la supresión de la atribución constitucional de la Asamblea Nacional de aprobar o improbar (con eficacia jurídica no solo política) la declaración de los estados de excepción y de su prórroga; y el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de instalar una asamblea nacional constituyente, previa formulación por él mismo de las reglas de elección de sus integrantes, sin que el pueblo se hubiera pronunciado al respecto en referendo[5], entre otros pronunciamientos arbitrarios[6].

---

5 *Vid*., entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 1942 del 15 de julio de 2003; N° 1939 del 18 de diciembre de 2008; N° 1547 del 17 de octubre de 2001; N° 1712 del 12 de septiembre de 2001; N° 1265 del 5 de agosto de 2008; N° 276 del 24 de abril de 2014; N° 245 del 9 de abril de 2014; N° 263 del 10 de abril de 2014; N° 2580 del 11 de diciembre de 2001; N° 656 del 30 de junio de 2000; N° 2073 del 4 de agosto de 2003; N° 1013 del 12 de junio 2001; N° 1049 del 23 de julio de 2009; N° 1613 del 17 de agosto de 2004; N° 1309 del 19 de julio de 2001; N° 1488 del 28 de julio de 2006; N° 1716 del 18 de septiembre de 2001; N° 3 del 14 de enero de 2016; N° 808 del 2 de septiembre de 2016; N° 565 del 15 de abril de 2008; N° 269 del 21 de abril de 2016; N° 355 del 16 de mayo de 2017; N° 7 del 11 de febrero de 2016; N° 378 del 31 de mayo de 2017.

6 En relación con las respectivas decisiones de la Sala Constitucional y los temas que abordan *vid*., entre otros, Ayala Corao, Carlos, "La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en Bogdandy von, Armin, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitucionale Commune en América Latina?*; México, IIJ-UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, T. II, pp. 85 y ss.; Brewer-Carías, Allan R. *Crónica*…,

Esta es solo una muestra del trabajo que la jurisdicción constitucional de la democracia deberá llevar a cabo. Colosal por la extensión de las materias en que se han establecido en estos años postulados contrarios a la libertad, a la separación de poderes y al principio democrático, pero que puede ponerse en escena rápidamente, haciendo explícita desde las primeras decisiones la savia nueva de la justicia que vivifique las estructuras constitucionales.

### 3. *Algunas herramientas relevantes para impulsar el nuevo perfil institucional*

Son muchas las estrategias jurisdiccionales que podrían implementarse desde una jurisdicción constitucional regenerada a fin de facilitar la adopción de las orientaciones procesales y de los postulados sustantivos antes expuestos. Ahora se aludirá solamente, a título ilustrativo, a algunas de ellas. El denominador común estriba en la identificación de tipos de fallos, modalidades del discurso y mecanismos judiciales que pueden ser de especial utilidad para convertir a la jurisdicción constitucional en actor fundamental de la democratización. Además, se hará referencia a obligaciones e instituciones internacionales que apuntan en la misma dirección.

Primeramente ha de tenerse presente que las sentencias que se emitan en la fase de transición o recuperación democrática deben hacer patentes las ideas rectoras de la reconducción de la jurisdicción constitucional. Deben llevar y hacer visible la impronta de la recta administración de la justicia y de la apertura de espacios democráticos para el disenso, la participación ciudadana y la inclusión de los diversos actores políticos y sociales. La experiencia comparada enseña que los tribunales constitucionales pueden motorizar un replanteamiento conceptual que coloque a la persona, sus derechos y su libertad en el centro del sistema constitucional[7]. No en el sentido de que los jueces

---

*op. cit*., pp. 231 y ss., también *Sobre la Democracia. Estudios*, Caracas, EJV, 2019, pp. 233 y ss.; Brewer-Carías y otros, *La libertad de expresión amenazada*, Caracas/San José, EJV/IIDH, 2001, pp. 17 y ss.; Sánchez Falcón. Enrique, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2017; Canova González, Antonio y Herrera Orellana, Luis Alfonso, *¿Expropiaciones o Vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual),* FUNEDA/UCAB, Caracas, 2009; Casal, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, LEGIS, Caracas, 2010, pp. 173 y ss., también "Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela", en *Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos (XXX Jornadas Domínguez Escovar)*, IEJEL, Barquisimeto, 2005, pp. 316 y ss.

7 Häberle, Peter, "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en Isensee, Josef, Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 2004, T. II, pp. 323 y ss.; Boulanger, Christian, *Hüten, richten, gründen: Rollen der Verfassungsgerichte in*

constitucionales pretendan hacer valer jurisprudencialmente sus propias convicciones o cosmovisión o las predominantes tras el cambio de régimen. Se trata más bien de segar con los instrumentos de la jurisdicción constitucional la maraña de criterios autoritarios y de postulados ideológicos que se apoderaron del espacio público de deliberación racional para suprimir el pluralismo y que sometieron al ser humano a una creciente vulnerabilidad en la titularidad y goce de derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales, a fin de subyugarlo y de despojarlo de la fuerza cívica necesaria para arrostrar excesos gubernamentales.

De allí que sea importante preguntarse acerca de la clase de sentencias que sería aconsejable emplear en esa etapa. El discurso constitucional, que tiende a diferenciarse del que es habitual en los procesos ordinarios[8], ha de ser construido teniendo en cuenta el auditorio de la sociedad democrática al que también deben estar dirigidos los pronunciamientos de la Sala Constitucional. Preservando el rigor de la argumentación jurídica, componente indispensable de la legitimidad de su obrar[9], la jurisdicción constitucional ha de abrir el lenguaje para acceder a un público más amplio que el de los expertos constitucionalistas, de manera que se pongan de relieve, cuando corresponda, los principios democráticos y del Estado de Derecho que sustentan las decisiones adoptadas, así como la significación de los derechos humanos protegidos. Esto puede lograrse también mediante una política adecuada de información pública sobre la actividad jurisdiccional. Esta contribución a la promoción de una cultura de la democracia constitucional es primordial para una sólida democratización. Lo dicho presupone que el proceso constitucional esté igualmente permeado por las voces diversas del pluralismo político, social y cultural. La celebración de audiencias públicas, las oportunidades para la presentación de *amicus curiae*, e incluso la disposición a incorporar al proceso las opiniones de expertos referidas a las bases fácticas o empíricas de la medida controvertida son recomendables a los fines indicados.

La jurisdicción constitucional estará obligada adicionalmente a enfrentar rémoras o paradigmas del pasado autoritario. Así como lo hizo la Corte Constitucional italiana en su etapa inaugural respecto de leyes del fascismo, lo cual le ayudó a obtener autoridad[10], la jurisdicción constitucional venezolana ha de

---

*der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns*, Berlín, epubli, 2013; pp. 165 y ss.

8 Ferreres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, pp. 36 y ss.

9 Möllers, Christoph, "Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts", en Jestaedt, M. y otros, *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, Berlín, 2011, pp. 281 y ss.

10 Bogdandy, Armin von y Paris, Davide, "La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán", *Revista Derecho del Estado*, N° 43, Bogotá, 2019 pp. 5 y ss.

derribar los pilares del derecho antidemocrático que rigió durante varios años, lo cual se proyecta sobre la legislación, los decretos leyes y los pronunciamientos judiciales. En relación con estos últimos, un mecanismo extraordinario que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en circunstancias de normalidad, y que sería de provecho para la transición venezolana, es la declaración de la nulidad de sentencias proferidas por la propia Corte. Bajo causales muy estrictas, sumamente excepcionales, esta se considera facultada para declarar la nulidad de sus decisiones de revisión de las tutelas dictadas por los tribunales, pese a que normativamente se prevé que contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Aunque esta última es todavía la regla general, jurisprudencialmente ha sido creado el "incidente extraordinario de nulidad"[11] que es posible plantear ante la propia Corte, dentro del breve plazo y demás condiciones de forma y de fondo establecidas. Cierta analogía con este mecanismo guarda la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de determinar la ausencia de efecto jurisprudencial vinculante o de precedente de lo dispuesto en una sentencia abiertamente inconstitucional previamente emitida por ella misma, la cual sin embargo no fue anulada[12].

Mutatis mutandis cabría acudir a una solución procesal similar en Venezuela, no como un instrumento ordinario ni para tiempos de normalidad institucional, sino en relación con sentencias de la Sala Constitucional que hayan socavado, adulterado o demolido, elementos esenciales de la institucionalidad democrática[13] y cuya eventual pervivencia en el orden democrático-constitucional por emerger debe ser explícita y razonadamente rechazada, en la forma discursiva antes señalada. Pienso en decisiones como las referidas en el apartado anterior. Las causales serían, pues, distintas, y mucho más graves, pues versarían no sobre serias violaciones al debido proceso u otras semejantes en las que aisladamente incurra un tribunal constitucional, en un marco institucional democrático, sino a supuestos extraordinarios en los que la misma Sala Constitucional, como órgano, ha sido protagonista principal del desmantelamiento de ese marco. El contenido de tales decisiones autoritarias y su origen en actuaciones que no merecen el calificativo de jurisdiccionales, como tampoco la instancia de la cual emanan, aconsejarían hablar en estos casos de una acción o incidente de declaración de inexistencia de la sentencia. Por otra parte, la Sala Constitucional puede servirse en una fase inicial, siempre con garantía del debido proceso, de la facultad de revisión de sentencias, cuando se trate de situaciones también graves y excepcionales vinculadas con

---

11 *Vid*. un resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto en su sentencia SU116/18, del 8 de noviembre de 2018.

12 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de Octubre del 2006, expediente 2395-2006.

13 Reflejados en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

decisiones firmes de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o de tribunales ordinarios.

En este contexto de regeneración jurisprudencial puede ser también plausible propugnar un reconocimiento y desarrollo de los precedentes que reivindiquen el estándar más alto de garantía de derechos fijado por la jurisprudencia constitucional, bajo una lectura dinámica de la misma, como se ha aceptado en algunos sistemas[14], de modo que sea posible remontarse incluso a criterios de la antigua Corte Suprema de Justicia, cuando tengan esa condición o contribuyan a la formación del estándar, con el fin de subrayar la perspectiva de acumulación histórica en el forjamiento de la democracia, sin perjuicio de que sobre esas bases se edifiquen otras interpretaciones o elaboraciones conceptuales.

Finalmente, una institución llamada a adquirir una significación estelar en la reconstrucción democrática es el control de convencionalidad y, en general, la apertura a la protección internacional de los derechos humanos. La recuperación de la democracia debe llevar al inmediato cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han sido ignoradas, al igual que de los informes, observaciones y demás pronunciamientos de otros organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos, y la jurisdicción constitucional puede ganar autoridad comprometiéndose desde el principio con la plena reinserción de Venezuela en el sistema interamericano.

## III. REFLEXIÓN FINAL

La actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia demuestra los daños institucionales que puede ocasionar la instrumentalización de la justicia por la política o, en otras palabras, la falta de independencia judicial y la colonización de la jurisdicción constitucional por una hegemonía ideológica o de partido. Hasta tal punto ha llegado el protagonismo de la Sala Constitucional en la demolición del Estado democrático y social de Derecho, que ha quedado desdibujado o eclipsado el papel que esta debe desempeñar por definición en defensa de las libertades, mediante el control del poder. Restaurar mediante sus decisiones el modelo de la jurisdicción constitucional comprometida con la democracia y el constitucionalismo es el principal desafío que aquella deberá cumplir en el futuro próximo.

---

[14] Es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, recogida entre otras en la sentencia 0015/2018-S4, del 23 de febrero de 2018. Lamentablemente este órgano se ha apartado de su misión constitucional y ha terminado invocando los derechos humanos para socavar el Estado democrático de Derecho.

# LA INFLUENCIA DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS EN COLOMBIA

Sandra MORELLI*

Podríamos citar centenares de conferencias, cursos y obras de Allan R. Brewer-Carías que han producido un impacto evidente en la doctrina *iuspublicista* colombiana. Aquí me limito a rememorar los congresos de derecho constitucional convocados por Carlos Restrepo Piedrahita en el Externado de Colombia en las décadas de los 80 y 90. Esa tarea estuvo luego a cargo mío y obviamente Allan fue siempre figura central. Los congresos de derecho administrativo convocados por el Rosario con la asistencia de sus amigos de siempre: Jaime Vidal Perdomo, Libardo Rodríguez, Consuelo Sarria, así como las jornadas colombo-venezolanas de derecho público y las jornadas anuales en su homenaje, organizadas por Funeda y a cargo de Belén Ramírez, fueron, junto con las cátedras doctorales y de maestría que regentaba en Colombia para el departamento de derecho público del Externado, las primeras plataformas de difusión de su ideario jurídico: Supremacía constitucional y control difuso como aporte latinoamericano a la ciencia del estado, régimen autonómico de los entes territoriales, democracia y supremacía de derechos fundamentales, legalidad de la actuación de la administración y transparencia en la gestión de la cosa pública, están presentes en toda su obra. Esta, por lo demás, gozó de excelente distribución en las librerías colombianas, a la par que la doctrina nacional.

Especial interés reviste su compromiso con las fórmulas democráticas de distribución del poder entre los distintos niveles territoriales. Me detendré en este breve espacio en ello pues para Allan R. Brewer-Carías la idea federal es dispositivo contra la concentración de poder y es método para el ejercicio auténtico de la democracia representativa.

---

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia con postgrado en la Universidad de Bologna y ulteriores estudios en París y Montpellier. Catedrática de derecho constitucional y directora del departamento de derecho público del Externado de Colombia. Miembro de la Academia Colombiana de jurisprudencia. Profesora invitada en diversas Universidades a nivel mundial. Ha escrito obras académicas en derecho constitucional y administrativo, monografías y artículos de prensa.

Su muerte lleva al autoritarismo y a la anulación del poder municipal en favor, a veces como en Venezuela, de una pseudodemocracia directa.

En los años inmediatamente siguientes a la promulgación de la constitución colombiana de 1991, en la que uno de sus principios rectores fue la autonomía de las entidades territoriales, muy inspirador para la cátedra y el desarrollo legislativo resultaron las memorias del ministerio de la descentralización elaboradas por el propio ministro en seis tomos[1], donde se pone en evidencia como Venezuela nace como un estado federal pero, sumido en guerras intestinas por la tendencia a centralizar a los estados. En el siglo XX prevalecen las concepciones centralistas, por lo que ante el advenimiento de la constitución del 61 y la democratización del poder se hacía necesario emprender un proceso de descentralización que se acelera y rindiera frutos precisamente con la creación del ministerio para la descentralización que ocupa Allan R. Brewer-Carías del 91 al 93.

Nótese cómo explica su labor: *Ahora bien, en mi criterio, la política de descentralización, definida como política nacional por el Gobierno del Presidente de la República, Dr. Ramón J. Velásquez, ha estado y está establecida y diseñada con ese objetivo. La descentralización es el instrumento para lograr la participación política; y la participación es actualmente la única vía para que nuestra democracia se perfeccione.*

*Por eso, la descentralización ha estado en estos últimos tiempos y estará en el futuro próximo, en el centro de la política de cambio. Por ello, hemos dicho que hasta cierto punto, con la descentralización nos estamos jugando la democracia.*

*Ahora bien, hasta el momento de la elección del Dr. Ramón J. Velásquez como Presidente de la República, la descentralización, con motivo de los cambios políticos iniciados a partir de 1989, había venido desarrollándose más por iniciativa de los Estados y de sus Gobernadores, que por iniciativa del propio Poder Central. A nivel nacional se había dictado, en 1989, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, que muchos Ministros ni siquiera conocían y que sólo percibían como algo lejano en el movimiento de los Gobernadores de Estado, pero que no era asunto propio del Gobierno Nacional.*

*La decisión del Presidente Velásquez, a los dos días de su elección, de nombrar un Ministro de Estado para la Descentralización, en cambio, no tuvo otro objetivo que convertir en estos meses y para el futuro, a la descentralización, en una política nacional,...*

Todo luego de anticipar la inminente muerte de la democracia de partidos centralizados.

---

[1] Caracas 1994.

En octubre del 2001 escribió: *En todo caso, un sistema institucional para controlar el ejercicio del poder político implica, ineludiblemente, su distribución o separación.*[2]

Haber escuchado su clamor por mayor descentralización, autonomía de los estados federados con órganos legislativos y judiciales propios y autónomos, hubiera sido sin lugar a duda un dispositivo institucional muy potente contra el régimen dictatorial que se apoderó de Venezuela. Que bueno entonces que no sólo los académicos en Colombia, sino el ejecutivo y el congreso fuesen conscientes del valor de la autonomía territorial y frenacen la creciente centralización que se apoderó de nuestra planeación desde hace 30 años, a pesar del crecimiento institucional de municipios y gobernaciones, obviamente aún muy lejos de lo ideal.[3]

En el estudio llamado *La destrucción de la institución municipal en Venezuela, en nombre de una supuesta participación protagónica del pueblo*[4] se lee:

*El Estado de Derecho está inexorablemente conectado con el Estado democrático puesto que existe una representatividad que permite la participación de los ciudadanos en los asuntos políticos por medio de elecciones universales, manifestándose así la soberanía del pueblo; de igual manera la presencia de diversos partidos políticos y organizaciones políticas es característica de los estados democráticos; otro factor destacado es el hecho de la separación de los poderes públicos, lo que implica la existencia de las decisiones correctas en cada una de las instancias de gobierno; la distribución vertical del poder en los tres niveles de gobierno (municipal, estadal y nacional) representa un principio fundamental en la organización política, finalmente, el respeto por los derechos humanos aseguran la existencia del Estado democrático.*

El caso de la Venezuela actual, según Allan R. Brewer-Carías, de forma muy autorizada, por cierto, combina un régimen autoritario de tipo dictatorial, con federalismo formal, cercenamiento de poder municipal –el centro de poder más próximo al ciudadano– y la desvalorización de la democracia re-

---

2 Texto de la Conferencia Inaugural dictada en el XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización interamericana de cooperación intermunicipal OICI, Ayuntamiento de Valadolid, Valladolid, 2004.

3 Sobre el mismo tema ya una constancia desesperada de Brewer Carías: Grimaldo Lorente, Jaime, La Asamblea Constituyente de 1999 y sus implicaciones para el proceso de descentralización y el Régimen Federal en Venezuela. Balance en el marco de la Constitución de 1999 Provincia, núm. 8, enero-junio, 2002, pp. 121-157, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, Disponible en: http://www.redalyc.org/artículo.oa?id=55500808

4 Formato Iso 690ç2, artículo de revista electrónica, Provincia, número 33, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2014, pp. 49 y 86.

presentativa. Todo ello cubierto por un falaz populismo de permanente convocatoria a la plaza pública a gentes que su trabajo o su subsidio pende exclusivamente del apoyo irrestricto al gobernante.

Sin lugar a duda una fórmula muy primitiva de ejercicio de poder, capaz de hacer de la necesidad virtud espuria.

A nadie escapa que la democracia representativa que iniciaba y terminaba en las elecciones, se ha agotado. La democracia representativa supone un senado que representa las regiones, o los estados, o las provincias, o las comunidades autónomas, la separación de poderes, la elección popular de autoridades locales, la existencia de un poder electoral autónomo y seguro, la libertad de formar partidos y otro tipo de organizaciones, etc.

Obviamente ello no existe en Venezuela donde la lógica del comicio es el engaño, el fraude, la apariencia y la coacción a cambio de dádivas o no se que tipo de castigos distintos a la exclusión de provisión de víveres.[5]

Pero más allá de eso, está claro que en el pensamiento constitucional de Allan R. Brewer-Carías democracia y descentralización se implican recíprocamente y tiene una relación inescindible.

Pero se trata de una democracia auténtica y no la versión más populista y peligrosa que en la práctica se instauró en la hermana República y respecto de la cual Brewer-Carías se distancia críticamente.

Ahora bien: Soy del parecer que es inconveniente el abuso de los mecanismos de participación ciudadana, que si uso no debe ser recurrente dio excepcional es, a la vista de tanta gente políticamente correcta qué hay en la humanidad, los dueños de la verdad, ser un dictador o un fascista, término impropiamente utilizado porque el fascismo se origina a partir precisamente de esos ejercicios pseudo democráticos.

Los riesgos de esa democracia directa son varios.

La empresa electoral, riesgo para la democracia representativa y participativa:

---

[5] Sobre el tema, Allan R. Brewer-Carías, *Democracias participativa, descentralización política y régimen municipal, op. cit.*

*Ibidem, La democracia representativa y la falacia de la llamada democracia participativa*, Congreso Iberoamericano de derecho electoral, Monterrey, 2010

*Ibidem, Retos de l democracia y participación ciudadana*, Universisas del Rosario, Bogotá, 2011.

*Ibidem, La democracia, sus elementos y componentes esenciales, y el control al poder,* Grandes temas para un observatorio electoral ciudadano, México 2007, entre otros muchos.

Que un referéndum pueda volverse un plebiscito en favor del gobernante de turno es fácil, debido a la debilidad de los partidos políticos –especialmente en el caso de Colombia, en donde la empresa con ánimo de lucro cuyo objeto es la captación eficiente de votantes en favor de candidato, consulta, iniciativa o referéndum, absorbió la democracia, dada la alta rentabilidad del negocio y su inmediata tasa de retorno–.

El resultado de todo ello: una aparente legitimidad democrática que cubre toda esa red que se articula a partir del negocio embrionario, matriz o principal, para reponer los recursos al financiador inversionista original.

A mayor capacidad de convocatoria del electorado o del nominador, o, de los dos, mayor capacidad de alinear los lazos cómplices que una vez en ejercicio del cargo, actual de manera funcional a la retribución de quien allí los colocó.

Ese es el origen único y real de la corrupción.

La concepción de la democracia participativa como la presencia permanente del ágora en la plaza pública escuchando al líder, produciendo decisiones, oponiéndose a otra, hace difícilmente discernible su diferenciación con la protesta popular que parece hoy en día generalizarse en el viejo y el nuevo continente. Y qué decir del mundo oriental.

Para acentuar la voz de alarma que el profesor venía prendiendo desde hace varios lustros, so pena de parecer retrógrado y antidemocrático, conviene recordar aquí cómo el riesgo de la efectiva democracia se incrementa ante la democracia participativa de cara al papel que juegan las tecnologías.

En sus varios libros, ensayos y entrevistas el recientemente fallecido Stefano Rodotá, iusprivatista que a partir de la segunda mitad de su vida intensificó su interés por los temas en la política, fue pionero en alertar sobre los peligros que engendra confundir política con marketing y peor aun si a ello le agregamos el potencial tecnológico[6]: poder invadir directamente la cocina donde el ama de casa prepara sus alimentos y promover la adopción de la pena de muerte luego de alguna atroz masacre a manos de asesinos despiadados, es manipular sus sentimientos, sin permitirle reflexionar ni siquiera, instintivamente, sobre las implicaciones de una decisión así en términos de derechos humanos, errores judiciales, etc.

De todas maneras los ciudadanos pueden también tener la iniciativa, elevar sus requerimientos a quien está del otro lado de la red, sea candidato o gobierno. Pues ello cruzado con las listas de las preferencias de consumo de los ciudadanos, permite obtener perfiles de la población, caracterizarla y sectorizarla. Así las cosas, las consultas, los referéndum, las elecciones mismas,

---

6 Tecnopolitica e le nuove tecnologie delle comunicazioni, La Terza, 2004, nelle web dal 2013.

lejos de planear estrategias y cometidos donde prima el interés general consultando la disponibilidad de recursos y sacrificando lo que no se considere prioritario y esencial de acuerdo a la concepción política preferida por la mayoría de votantes electores que vencieron las curules, le envían un mensaje oportunista de promesa de satisfacción individual y coyuntural a cada votante para conquistar su adhesión, lo cual, habida cuenta las necesidades colectivas y los recursos disponibles para su satisfacción, puede resultar sencillamente engañoso o, peor aun, abrir el paso a la satisfacción de intereses de ciertos colectivos, que son sectoriales o parciales, sacrificando otros sin justificación ética alguna, lo que siembra inequidad y discriminación a largo plazo.

Se repite entonces, la democracia participativa lejos de corregir ese cáncer, le da manto de aparente legalidad y multiplica las oportunidades de negocios: Tantos cuantas convocatorias a votar tengan lugar.

Se fragmenta la soberanía, la nación se vuelve un acumulado de intereses donde necesariamente algunos se sacrifican, los de los sectores menos numerosos, menos significativos, o de los que no tienen acceso a la tecnología…., y con ello, sus derechos fundamentales que siempre y en cualquier circunstancia, deben prevalecer.

En el caso venezolano, con o sin intervención de la tecnología, las ágoras inician siempre con un incremento del estipendio, que en términos económicos nada significa ante la híper inflación desbordada y un empobrecimiento progresivo de la población que no entiende la lógica de un populismo insostenible.

Allan por su parte evidencia, como con esa estrategia de la plaza siempre llena aplaudiendo antes a Chávez, y ahora a Maduro, el gobierno local, desapareció, el mapa territorial se borró, el municipio se desdibujo.

En la circunscripción territorial ya no se adoptan las decisiones que a ellos conciernen, todos sucede en el ágora en un diálogo informal e irracional entre gobernante y asistentes obligados.

Hasta aquí dos preocupaciones vertebrales que deben alertar a nuestros estados, planteadas con brillantez por el hoy más joven de los octogenarios que conozco.

Todo ello podría aplicar a Colombia. Importante seguir leyendo al maestro.

Pero ahora hablemos del ser humano.

*Que una Cátedra de una Universidad se bautice con el nombre de una persona, sin duda, es un reconocimiento eterno –porque eterna es la Universidad– que se le otorga a alguien por lo que ha hecho o por lo que hizo en su vida...*

*En mi caso, gracias a Dios, ni estoy muerto ni soy viejo, y en cuanto a la vida, les confieso, auténticamente, que hoy y todos los días, pienso y siento que está toda por delante, que he hecho muy poco y que todo está por hacerse. En fin, que ahora es cuando! ….*

*Entonces, estando aún vivo, y con la sensación vital de tener la vida por delante ...*

*Este acto, por tanto, demás está decirlo, tiene una especial significación para mí, pues se constituye en un compromiso más con lo que ha sido la ambición de mi vida, que no es otra que el hacerme a mí mismo. Quienes me han precedido en el uso de la palabra, el Profesor Cottin y Señor Rector, han hablado de mí y de mi obra con elogiosas palabras que quiero agradecer muy sentidamente. Parecería entonces suficiente, pero no; este acto me obliga a mí también, a hablar de mí mismo, aún cuando bajo ángulos distintos a los tratados. Permítanmelo, aún cuando tenga que pedirles disculpas por ello, pero es que en definitiva yo mismo soy el hombre que más tengo a la mano.*

*Desde que salí de las viejas aulas de la esquina de Jesuitas –pues estudié el quinto año de bachillerato en esta Universidad Católica a fines de la década de los cincuenta– por fuerza de circunstancias concretas vinculadas a mis estudios o a mis malos estudios, me definí un esquema existencial de la vida que la ha condicionado hasta el presente y que se puede resumir en estas frases que he recogido ahora de un viejo manuscrito de la época, de un esquema que elaboré sobre la filosofía de la existencia, para dar lo que fue mi primera charla, como conferencista, a un grupo de alumnos en un liceo de Caracas, en 1959:*

*"Al hombre no lo hacen, él se escoge y se hace a sí mismo; es el único responsable de sí, en definitiva, es lo que él se hace, y en ese proceso de escogencia, además de escogerse a sí mismo, escoge a todos los hombres".*

*¡Tremendo compromiso! Y por qué no, tremenda ambición, no en conseguir poder, riqueza, dignidades o fama, que en definitiva sólo son simples añadiduras, sino en esa tarea existencial del hombre de hacerse a sí mismo. Eso es lo que he procurado hacer en mi vida; lo que a lo largo de los años ha implicado mucho, pero mucho estudio y trabajo, disciplina, constancia, perseverancia y todas las horas imaginables de estudio que quienes me han rodeado han sabido soportar y aceptar.*

*En estas tareas del intelecto, definitivamente, los logros no son de un día para otro ni se pueden obtener en escasos años...*

*Por supuesto, siguiendo la carrera larga y de largo aliento, también aparecen las horas y días de cansancio, de dudas y de desazón; pero de cada parada en el camino siempre salen nuevas fuerzas para seguir adelante. Es claro que no llega muy lejos quien nunca sienta cansancio, y menos aún quien piense que ya llegó y pretende estar de regreso. Como Antonio Machado nos lo recuerda en sus proverbios y consejos del profesor apócrifo Juan de Mairena:*

*"Los hombres que están siempre de vuelta en todas las cosas, son los que no han ido nunca a ninguna parte. Porque ya es mucho ir; volver, ¡nadie ha vuelto!"*

*En el camino transcurrido, en mi camino de la vida, por otra parte, debo decirles que nunca ha habido un plan preconcebido. Los pasos han sido el camino, y nada más, y nunca he tenido la vida ceñida a cordeles que trazan sendero alguno y menos colocados por otras personas. Por tanto, es la vida la que ha trazado el plan, viviendo.*

*Nunca he sido esclavo de lo que otros han señalado, y me he escapado de las casillas de muchos, por supuesto, provocando irritación…*

*La verdad es que la libertad ha sido el signo de mi conducta, atada sólo a mí mismo, a mis principios y a mis amigos. He aprendido a tener amigos – que para mí son para siempre– y a no tenerlos, y no soy de los que piensan que ya tengo el cupo cerrado para los nuevos amigos…*

*He procurado siempre no estar atado al pasado. Atrás está el sendero que nunca volveremos a pisar, y que no debe tiranizar el porvenir. Lo que fue, definitivamente, no puede ser más que como fue, e incluso, lo presente no puede ser más que como es. Es el futuro, lo que puede ser, y dónde está nuestra propia esperanza y donde tenemos que centrar las ilusiones.*

*Debo confesarles que siempre he sentido cierto aislamiento generacional, que quizás muchos de mis amigos también lo han sentido. No es nada nuevo, pero en un acto como éste me parece pertinente evocarlo. Como lo observaba Miguel de Unanumo hace noventa arios, me ocurre muchas veces que ni la gente vieja me cuenta entre los suyos, ni entre los suyos me cuenta la gente joven. Para aquellos, todavía soy un joven autor de muchas obras; para éstos, piensan que soy un viejo y distante profesor. Por otra parte, por haber tenido que hacer muchas cosas a muy temprana edad, inevitablemente siempre fui un joven maduro; y ahora, en la edad madura, a pesar de lo hecho, o precisamente por ello, sin embargo, me siento con la vida por delante. Don Miguel decía, que Satanás solía tentarlo en sus horas de desfallecimiento del espíritu, que todos tenemos, diciéndole:*

*"No hagas caso, Miguel, eso es que no tienes edad; ni eres de los jóvenes ni de los viejos, ni eres de ayer ni de mañana; eres de hoy, eres de siempre".*

*Yo, ...me siento simplemente como de hoy, y eso es más que suficiente, precisamente para emprender el viaje hacia el futuro que cada día todos iniciamos*[7]*."*

---

[7] Creación de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías en la Universidad Central de Venezuela, 12 de febrero de 1991.

Eso fue en febrero de 1991 cuando la Universidad Central creó una cátedra en su nombre. Hoy, noviembre del 2019, 28 años después celebramos sus ochenta años de su nacimiento. Cuántas cosas sucedieron luego.

Tantos se fueron, algunos para siempre como Pedro Nikken, esta semana de diciembre mientras reviso este texto para su publicación…. Qué dice Allan ante la partida de su amigo entrañable: *Al menos nos pudimos despedir.*

Es que increíblemente, cuando el mundo se adentraba en un nuevo siglo con esperanza de bienaventuranza, la historia parece querer volver atrás a enseñarnos lo grave que es el irrespeto a las instituciones, el abuso del poder, la desigualdad y la exclusión, que no quisimos o no pudimos superar en el cono sur del continente americano.

Así, en nuestros países fenómenos de ruptura constitucional bendecidos por la jurisdicción responsable de preservar la supremacía de la constitución; tendencia de los ejecutivos a permanecer en el poder más allá del periodo pre establecido constitucionalmente; reformas constitucionales tramitadas por fuera del orden superior previsto o, como leyes ordinarias haciendo de nuestros textos fundamentales normas flexibles; asambleas o congresos inconscientes de sus responsabilidades constitucionales e indignos de seguir llamándose autónomos al actuar por dádivas y beneficios; fiscales ejerciendo de policía política al servicio del ejecutivo o de sus propios intereses; órganos superiores de control fiscal incapaces de luchar contra la corrupción; centralización del poder anulando el poder local; prensas y medios de comunicación en general, amigos del ejecutivo y financiados con pauta pública; la patrimonialización del estado en cuanto botín contractual de la empresa que gana las elecciones. De ahí en adelante, la corrupción es la soberana que pasea por todos los caminos del cono sur americano como ama y señora de la política y del erario.

Estas patologías, adquieren distintas manifestaciones en Colombia y Venezuela. En la primera, se practica el estilo autoritario del estado bajo el manto del acuerdo de paz que se transforma en causa explicativa y justificativa de todo. En la segunda, la Revolución Bolivariana tiene un alcance mucho más amplio, puesto que el régimen chavista se sentó en el poder desde el año 1999, primero con Hugo Chávez y a partir de su deceso, con Nicolás Maduro, y allí permanece.

En Colombia, a pesar de los coletazos de quienes no siendo más gobernantes quieren seguir mandando, sembrando cizaña que solo busca deslegitimación, el país ha vuelto a moverse dentro de los cauces del estado constitucional. Que un presidente se resista a sobornar al congreso con cargos y contratos, no es de poca importancia en un país que sale de un cuatrienio donde el *dot ur des* era el único lenguaje posible entre miembros de los poderes públicos, así ello implicaría recepcionar dineros corruptos del estado o de particulares, para voltear la voluntad de los órganos públicos en aras de satisfacer el propósito pacificador, incuestionable teleológicamente, pero cuánta basura institucional dejó en su andar, cuánta contaminación en la praxis constitucional!

A ese último respecto se impone precisar que ese paréntesis constitucional, con *justicia ad hoc,* y tratamiento liviano para los crímenes de lesa humanidad con lógicas muy parecidas a las que sirvieron de fundamento a la justicia y paz prevista para los paramilitares que se sometieron al orden público establecido, en la práctica parecen circunscribirse a ese ámbito sin que en materia de políticas pública en general hayan imprimido un viraje considerable, a pesar de las pretensiones omnicomprensivas de los Acuerdos de la Habana.

Y ello está bien, porque tanto la constitución como las leyes que contienen las políticas públicas, surgen en el seno de instancias democráticas y con vocación de representación de todo el pueblo soberano y no de una fracción que si bien debe reinsertarse y entrar a hacer parte de la sociedad colombiana con igualdad de derechos, *no puede imponer su desideratum político*, a toda una nación que por lo demás se manifestó en contra del contenido de dichos acuerdos[8].

En Venezuela las cosas han sido distintas y así, ha cambiado el destino de esa Nación y de quien hoy está aquí para escuchar a quienes nos preciamos de su amistad y, como yo, nos hemos nutrido de su sabiduría académica, intelectual en general, de su sabiduría para vivir la vida. Entereza, coherencia y ética pública caracterizan a Allan R. Brewer-Carías.

De hecho Allan fue perseguido judicialmente por una justicia al servicio de la dictadura, objeto de las más absurdas acusaciones que solo se sostienen en el papel manchado de espurio fenómeno de la justicia politizada, fenómeno que contaminó la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde sus colegas y alumnos, ni honraron su amistad personal para declararse impedidos, ni actuaron con imparcialidad por miedo a perturbar al gobernante Venezolano pieza esencial en el proceso de paz, situación que hubiese afectado a Juan Manuel Santos, contratante de unos y postulantes de otros[9].

Pero Allan R. Brewer-Carías, sabedor del derecho a rebelarse de una justicia injusta pues recordemos que en la Declaración Universal de los Derechos humanos, y más exactamente en el inciso segundo del preámbulo se dispuso que: *Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,* hizo uso legítimo de éste y asumió los acontecimientos como nos lo había anunciado.

*He procurado siempre no estar atado al pasado. Atrás está el sendero que nunca volveremos a pisar, y que no debe tiranizar el porvenir. Lo que fue, definitivamente, no puede ser más que como fue, e incluso, lo presente no*

---

8 http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx

9 https://es.m.wikipedia.org/wiki/Caso_Brewer_Car%C3%ADas_vs._Venezuela

*puede ser más que como es. Es el futuro, lo que puede ser, y dónde está nuestra propia esperanza y donde tenemos que centrar las ilusiones.*

Vive geográficamente lejos de su patria –por eso se consuela habiendo podido despedir a Pedro en persona antes de su muerte–, que desde muy temprana edad fue su objeto preferido de estudio y veneración. La formación del estado, de la nacionalidad, la independencia, la redefinición de las fronteras, la forma de estado, la forma de gobierno, la repartición del poder en el ámbito territorial, la supremacía de la constitución, el procedimiento administrativo, el acto administrativo, la responsabilidad del estado, etc., en fin, todo lo que de manera impropia y desconociendo ramas del derecho y summa di útil, podríamos llamar la ciencia jurídica del estado.

De sus primeros aportes concretos al perfeccionamiento de las instituciones venezolanas da cuenta un libro publicado en 1979: *Política, estado y administración pública*[10]. Rafael Caldera lo prologó sin esconder su asombro por quien apenas con 32 años ya había influido en las principales reformas a la administración pública. De Allan dijo *Es un apasionado de la estructuración del nuevo estado que tiene que realizarse en Venezuela. Se reconoce miembro de la generación del 58, surgido a la vida nacional precisamente en momentos en que se inicia el nuevo experimento democrático. Acusa una angustiosa percepción de las fallas y defectos del sistema vivido en el país a lo largo de estos veinte años y a veces –quizás– con acentos cercanos a la exageración expone aquí y allá, ante auditorios calificados sus ideas acerca de las metas y procedimientos que deben guiar la renovación de las estructuras, la ordenación de los distintos órganos del poder público y la participación del pueblo en lo que llama insistentemente la democratización de la democracia.*

En el mismo prólogo resalta su labor legislativa como asesor en la producción de varias normas fundamentales para Venezuela. Destaca su convicción frente al estado de derecho, la descentralización y el federalismo real, el pluralismo y la democracia de partidos a condición que sean realmente representativos.

Y finalmente culmina con la invitación de ese joven prodigio a inventar un estado en función de la realidad venezolana[11]. Nada usual y tanto menos fácil.

---

10 Editorial Ateneo de Caracas y Editorial Jurídica Venezolana, Publicaciones conjuntas, Caracas.

11 Ese libro se le dedicó a Rafael Carías, abuelo de Allan R. Brewer-Carías de quien heredó su vocación por el servicio público.

# III. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

## LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. UNA APUESTA TEMPRANA POR LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Armando RODRÍGUEZ GARCÍA*

Al recibir la invitación –tan amable y honrosa como oportuna– para incorporarme, junto a prestigiosos colegas académicos, en la elaboración de un *obsequio colectivo* a *Randy* Brewer, como un merecido homenaje que se ofrece con ocasión de su 80 cumpleaños, la cuestión inicial a resolver era la selección de aquella obra del homenajeado que, siguiendo las indicaciones de los promotores de la idea, debía servirnos para hacer referencia a su influencia en el Derecho Público venezolano, lo que, en principio, parecía presentarse como una seria dificultad, dada la formidable extensión que distingue la producción bibliográfica que lleva la firma del Profesor Allan-Randolph Brewer Carías.

Sin embargo, eso que a primera vista pudo parecer una tarea compleja, y no exenta de dificultad, resultó en definitiva, una sencilla y rápida elección, casi en un acto reflejo, al decantarme, sin conflicto, por tomar como referente el título: *Las Instituciones fundamentales del Derecho y la Jurisprudencia venezolana*[1].

---

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Director de Estudios de Postgrado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV.

1 Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1964. Publicado como el Volumen IV de la Colección Tesis de Doctorado.

Ello fue así, en primer término, por aplicación del dato cronológico, es decir, echando mano al orden temporal de aparición de sus obras, pues se trata del primer producto de lo que luego sería una muy amplia constelación de títulos[2]. Se añade que, en esta oportunidad, el criterio inicial de selección vino asociado a un dato mas subjetivo y coyuntural: la remembranza de la vivencia personal con el momento en que apareció la publicación de este libro que fue, precisamente, cuando me iniciaba en los estudios de Derecho y, en tal sentido, tomaba contacto con el Derecho administrativo.

Pero al lado de los factores indicados, a nuestro juicio, destaca la valoración de *Las Instituciones fundamentales del Derecho y la Jurisprudencia venezolana* desde la perspectiva sugerida para la elaboración de estas notas referenciales, en tanto encontramos trazos de significativa relevancia para la progresión del Derecho público venezolano, particularmente del Derecho administrativo, entendiéndolo tanto en las manifestaciones prácticas, atinentes ordenamiento jurídico positivo en su aplicación y funcionamiento, como en todo lo que se hace presente desde la perspectiva que la incumbe como la Disciplina del conocimiento que efectiva e indudablemente es, por lo cual, resulta en un presupuesto lógico del derecho positivo y sus facetas de producción normativa y empleo forense, cuya existencia deviene inexcusablemente requerida por el método científico para la investigación, la adecuada validación o comprobación teórica y práctica, pero también, y no menos importante, para la necesaria transferencia de conocimientos en cuanto a los principios fundamentales, categorías y técnicas que aparecen como sus contenidos.

Esa es la inquietud que impulsa a Brewer a incursionar en la búsqueda de soportes intelectualmente estructurados y dispuestos de modo tal que permitiesen superar la situación de incertidumbre sobre la existencia de unas bases fundantes, de unos verdaderos *fundamentos* del Derecho administrativo en nuestro país, para pasar a demostrar la presencia real de tales fundamentos, susceptibles de servir como amalgama articuladora de las manifestaciones diversas del ordenamiento positivo y sus modalidades de aplicación. De este modo entiende que es, no solamente factible, sino acertado y necesario, reconocer y predicar la presencia de un Derecho administrativo estructurado como parte del Derecho venezolano, sobre categorías principales, lo que lo apunta a reconocer el sistema de la Administración Pública como un verdadero *régimen administrativo*, capaz de soportar adecuadamente *la posibilidad real de la sumisión de la Administración a la Legalidad*, tal como lo expresa el autor en la *Nota Introductiva* de la obra.

---

[2] Es de advertir, sin embargo, que, antes de publicación de esta obra –que comporta su primer libro–, apareció un artículo de su autoría en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* (Nº 23, Caracas, 1962), titulado *Consideraciones sobre la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado y documento registrado*, que en el índice se relaciona bajo el acápite de Colaboración Estudiantil.

En el abordaje de la tarea que el autor se propuso para la investigación se emplea un enfoque de contraste, propio de la formula metodológica del Derecho Comparado, mediante la comparación entre el tratamiento de asuntos neurálgicos del Derecho administrativo en Venezuela y lo que para el momento exhibían realidades de algunos países de Europa continental, tales como Francia, España o Italia, en el entendido de la utilidad conceptual y práctica que aportaba la mayor cercanía e influencia que aquellos sistemas guardan con los orígenes históricos y la evolución de las instituciones jurídicas de nuestro país, lo que, sin dudas, daba un aval solido y suficiente a la técnica seleccionada, en atención a los objetivos planteados.

Siguiendo esa línea estratégica de acceso al contenido de la obra se determina una selección de temas o asuntos que permite concentrar la atención en cuestiones axiales, dispuestas de tal manera que, acopiando el abordaje de lo monográfico, se logra integrar una perspectiva panorámica que permite dar adecuada cuenta de lo neurálgico, de categorías que alcanzan el rango de lo fundamental, para comprobar la hipótesis planteada.

De ese modo, a través de sus cinco Títulos, la obra convida a pasar revista, en un riguroso orden lógico, al Principio de Legalidad Administrativa, la teoría de los actos administrativos, la teoría de los contratos administrativos, los recursos administrativos, y la jurisdicción contencioso-administra-tiva, con lo cual encierra en un circuito virtuoso, desde el punto de partida conceptual que implica el sentido y razón de ser del Derecho administrativo (el Principio de legalidad), centrado en la presencia del sometimiento de la Administración pública al orden jurídico, como uno de los fundamentos ineludibles para comprender su propia existencia, hasta la consecuencia jurídica que, por excelencia, reafirma tales soportes fundamentales, en el control jurisdiccional sobre las manifestaciones primordiales de la función administrativa del Estado. Tales manifestaciones se estudian a través de las expresiones que para aquel momento recogía el estado de avance de la disciplina, esto es las diversas formas de su actividad jurídica (actos y contratos), regidos por la figura del procedimiento administrativo y sometidos a control de la propia administración mediante la iniciativa del administrado a través de los recursos administrativos.

A su vez, cada uno de los Títulos se despliega en Capítulos dispuestos para revisar aspectos específicos de las diferentes nociones y categorías que se conectan entre todos ellos. De esta forma, el autor logra construir una suerte de malla conceptual, integrada por los diversos puntos tratados en un orden metodológicamente adecuado para favorecer la finalidad pedagógica, reforzada en sus contenidos por las constantes referencias a la forma en que, para ese momento, se tratan los temas abordados por la doctrina y el derecho positivo en otros países.

De esta forma, el empleo del método seleccionado por Brewer en esta obra no solo enriquece la forma de alcanzar el conocimiento de los temas mediante la exposición directa y suficiente de sus contenidos conceptuales o téc-

nicos, sino que además, invita al lector interesado a poner en práctica su capacidad de reflexión crítica para explorar la construcción de potenciales fórmulas para el tratamiento de todos esos asuntos en el entorno del ordenamiento jurídico positivo y la práctica administrativa de la realidad venezolana de aquel momento, incluyendo una aproximación a su prospectiva, lo que resulta un dato digno de ser destacado, considerando que para el momento en que aparece el libro, se está comenzando a transitar en Venezuela una importante etapa de protagonismo para los asuntos jurídicos y políticos asociados a la gestión pública, habida cuenta de lo que significaba el inicio de la vigencia de la Constitución de 1961, y con ello, la aparición de la etapa democrática de mayor estabilidad y desarrollo institucional en nuestra historia.

No contamos con un instrumento que permita medir con una eficiencia mínimamente confiable el efecto que una obra intelectual propia del campo del Derecho pueda tener en el devenir de la disciplina, ni en el espacio de la construcción del derecho positivo y su aplicación a través de la práctica forense, administrativa, o la producción jurisprudencial; es claro que se trata de valoración que resulta impactada por múltiples factores, entre otros, el transcurso del tiempo y las transformaciones operadas en el ambiente al cual pertenece esa producción intelectual. Sin embargo, podemos descubrir algunas referencias que dan cuenta de esos efectos, con solidez y objetividad.

En el caso de la obra seleccionada para la elaboración de estas breves líneas, unos de esos datos referenciales sobre el impacto en el Derecho Público venezolano viene a ser la pronta respuesta positiva que provoca su aparición, al resultar galardonada con el Premio "Luis Sanojo" para el período 1963-1964, que le otorga la Fundación Rojas Astudillo. Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal (Caracas) en diciembre de 1967.

Es claro que, desde el punto de vista de su utilidad, esta obra sirvió para reducir el impacto una de las dificultades de mayor envergadura que para aquel momento enfrentaban tanto los estudiantes de Derecho, como los docentes y abogados dedicados a la actividad profesional, consistente en la carencia de textos nacionales, sobre todo en el campo del Derecho público.

Entendemos que este dato valorativo, considerado aisladamente, podría ser objetado en su alcance, por el hecho de que su efecto se limita a cubrir parcialmente un requerimiento circunstancial propio de una coyuntura determinada, lo que, objetivamente, no le restaría importancia; sin embargo, son múltiples los rastros que permiten aseverar la trascendencia de esta obra, mas allá de los que pueden comprobarse con aquellas reacciones iniciales.

En efecto, aún cuando escapa al limitado espacio que nos brinda esta oportunidad, no queda duda en cuanto a la existencia de claros aportes provenientes de los contenidos y del enfoque metodológico empleado en la obra, en lo atinente a la producción normativa del país, en la práctica y la organización administrativa, en las decisiones judiciales y, sobre todo, en la tarea de generación de doctrina, en la investigación y la docencia, que insisto en reivindicar

una vez mas, como una fuente fundamental, una fuente primaria para el Derecho administrativo a la que, paradójicamente, no solemos reconocer el lugar debido en la producción académica, tal como he venido sostenido desde hace ya algún tiempo[3], y como se corrobora con la obra aludida en esta ocasión.

En este orden de ideas, una labor de pesquisa mas detallada y prolongada podrá permitir comprobar la existencia de múltiples efectos (directos o indirectos, mas o menos prolongados e intensos, pero eficientes), de los alcances que esta obra ha tenido. De momento, percibo algunos que saltan a la vista, por lo que su presencia efectiva no amerita mayor comprobación.

Así, desde el punto de vista del enfoque metodológico, es claro que, el empleo de la referencia sistemática a la producción jurisprudencial, como técnica que incorpora no solo la selección, sino además, la evaluación crítica de las sentencias, es una marca que tiene un referente necesario en este trabajo de Brewer, tanto en la doctrina administrativa, como en la práctica forense, pero tal vez lo mas destacable por su efecto multiplicador, es que también alcanza a la actividad docente de nuestro entorno, lo que, desde luego, no agota su proyección en la producción bibliográfica y las ejercitaciones pedagógicas propias de las aulas universitarias.

No es de dudar que el ambiente de los Tribunales de lo contencioso administrativos en Venezuela se ha visto influenciado, en una medida no despreciable, por esa metodología del enfoque critico sobre sus decisiones, como una fórmula de reflexión, construcción y constatación del conocimiento en el ámbito académico, lo que de alguna manera sirvió durante un buen tiempo, como acicate para incrementar los niveles de interés y responsabilidad en el cumplimiento del deber, para quienes han ejercido la función con vocación, honor y honestidad, como agentes al servicio de la justicia y no de intereses subalternos.

De este modo, encuentro en *Las Instituciones fundamentales del Derecho y la Jurisprudencia venezolana* el valor y la trascendencia de ser una apuesta temprana de un joven investigador (juventud que permanece inalterada en el tiempo), por una sistemática del Derecho administrativo que, sin duda, ha sido fructífera en sus resultados. Es una obra que resultó siendo de *solera* en la mas amplia significación enológica del término, pues, reposa en el piso sobre el cual se ubican todos los trabajos que corresponden a los cultivos y cosechas posteriores, pero además, porque de uno u otro modo, de forma deliberada, intuitiva o inconsciente, ha servido para nutrir las inagotables *vendimias* de todos estos años, y los que vienen …

ARG / Nov 2019.

---

[3] Véase al respecto: Armando Rodríguez García, *El valor de la doctrina en las fuentes del Derecho administrativo.* En, "Fuentes del Derecho administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)" IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo 2010, Mendoza, Argentina. Ed. RAP, Buenos Aires, 2010. p. 749 y ss.

# DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA
## REFLEXIONES SOBRE DOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA OBRA DEL PROFESOR ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS

José Antonio MUCI BORJAS*

## I. INTRODUCCIÓN

§1. Comienzo por agradecer a los organizadores de este libro, que celebra los casi 60 años que el Profesor Brewer-Carías ha dedicado a la investigación, a la docencia y, en general, a la divulgación del conocimiento científico en materia de Derecho Público, por su gentil invitación a participar en tan sentida y merecida celebración.

§2. Me propongo disertar sobre la discrecionalidad administrativa, tópico que ha sido –y que, de hecho, sigue siendo– una de las grandes cuestiones del Derecho Administrativo. Más particularmente, en este breve ensayo discurriré sobre dos dogmas del Derecho Administrativo íntimamente asociados a la discrecionalidad administrativa, a saber:

a. Primero, la incompetencia del juez contencioso-administrativo para revisar la oportunidad y la conveniencia de las decisiones adoptadas por la Administración.

b. Segundo, la incompetencia del juez para sustituir la decisión adoptada por la Administración en ejercicio de poderes discrecionales, so pretexto de la especialización de funciones de una y otra rama del Poder Público.

§3. Y para hacerlo tomaré como punto de referencia algunas de las reflexiones que el Profesor Brewer-Carías ha realizado sobre el particular a lo largo de los años.

---

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

## II. LA DISCRECIONALIDAD EN LA OBRA DE BREWER-CARÍAS

§4. En una de las obras clásicas del Profesor Brewer-Carías, reveladora de sus grandes dotes de investigador, Brewer-Carías afirmaba que la Administración Pública «…obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar…»[1].

§5. En esa misma obra Brewer-Carías citaba un fallo judicial pronunciado por la Corte Federal[2], de acuerdo con la cual:

> a. Primero, «…el acto discrecional se produce cuando la Administración actúa en ejercicio del poder de *libre apreciación* que le deja la ley para decidir *si debe obrar o abstenerse*, o *cómo ha de obrar*, o *qué alcance ha de dar a su actuación*…».
>
> b. Segundo, «…que es de la naturaleza de todo *acto* realizado en ejercicio de una *facultad discrecional*, el que *no pueda ser revisado* o anulado por otro poder en lo que se refiere al *mérito* o fondo. Esta conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder…».

§6. Tras la sanción de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[3] y, consecuentemente, del régimen general que gobierna la discrecionalidad administrativa[4] en nuestro país, el Profesor Brewer-Carías afirmó que la Administración Pública disponía de «…*libertad legal*…» para «…apreciar la oportunidad y conveniencia de ciertas actuaciones…»[5].

§7. En fecha mucho más reciente Brewer-Carías dejó constancia de los esfuerzos significativos, tanto jurisprudenciales como legislativos, tendentes a

---

1 Brewer-Carías, Allan R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, T. I (Ordenamiento constitucional y funcional del Estado), Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 20.

2 Brewer-Carías, Allan R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, op. cit*., pp. 613-614.

3 *Gaceta Oficial de la República* N° 2.818 Extraordinario, del 1° de julio de 1981.

4 Establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que «aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

5 Brewer-Carías, Allan R. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 46.

permitir que el juez contencioso-administrativo penetre de manera efectiva en el ámbito de la discrecionalidad, a los efectos de controlar la arbitrariedad[6].

§8. Esos esfuerzos, según Brewer-Carías, obligan a revisar el principio cardinal del Derecho Administrativo, de acuerdo con el cual el juez no puede juzgar las razones de oportunidad o conveniencia que condujeron a la adopción de un acto administrativo, porque «el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes»[7].

## III. REVISIÓN DE DOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ASOCIADOS A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

§9. En homenaje al Profesor Brewer-Carías quisiéramos contribuir a repensar algunos de los *obiter dicta* del fallo *Depositaria Judicial*[8], invocado por Brewer-Carías en el último de los trabajamos de su autoría citado por nosotros.

### A) Primer dogma: la incompetencia del juez contencioso-administrativo para revisar la oportunidad y la conveniencia de una medida administrativa dictada en ejercicio de potestades discrecionales

#### 1. *La oportunidad según la Ley Orgánica de la Administración Pública*

§10. El primer aspecto al cual quiero referirme guarda relación con la revisión de la *oportunidad* de una medida administrativa por el juez contencioso-administrativo.

§11. Si bien es cierto que la *oportunidad* de la actuación administrativa ha sido entendida tradicionalmente como circunstancia ajena o extraña al De-

---

6 Brewer-Carías, Allan R. "Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela", Ponencia para el Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, septiembre 2009. Para la elaboración de esa Ponencia Brewer-Carías reconoce haber partido de un estudio suyo, intitulado "Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional," publicado en Delpiazzo, Carlos E. (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629.

7 Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de noviembre de 1982, asunto *Depositaria Judicial La R.C., C.A.*, en *Revista de Derecho Público* N° 12, octubre-noviembre 1982, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 127-130.

8 *Ut supra*, nota a pie de página N° 7.

recho y, precisamente por ese dato, como circunstancia que escapaba al control –siempre de legalidad– del juez contencioso-administrativo venezolano, no es menos cierto que en nuestro Derecho la oportunidad constituye hoy por hoy *principio jurídico* que *informa y condiciona* toda la *actuación administrativa*. Es esto, y no otra cosa, cuanto dispone el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de acuerdo con el cual, cito, «la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de… oportunidad…»[9].

§12. Aunque esa norma no ha sido objeto de análisis detenido por la doctrina y jurisprudencia venezolanas, por lo menos por lo que al principio de oportunidad respecta, debemos destacar aquí que los distintos principios del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública constituyen, en palabras del Tribunal Supremo de Justicia, «…reglas…»[10], de Derecho se sobreentiende; verdaderos «…imperativos legales…»[11], cuya infracción puede comportar la nulidad del acto administrativo, entre otras razones, por causa de su inoportunidad.

§13. En virtud de la *juridificación del principio* de oportunidad, por su expresa inclusión en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y de la consecuente transformación de la oportunidad en *parámetro jurídicamente relevante* al momento de valorar la licitud de cualquier medida administrativa, parece obligado concluir que la oportunidad ha dejado de ser un criterio meta-jurídico.

§14. Comoquiera que la oportunidad ha dejado de ser principio o concepto al margen del Derecho, se impone la revisión de la tesis tradicional que negaba al juez contencioso-administrativo poder para controlarla, pues ya no pareciera posible afirmar, sin más, que la oportunidad sea materia excluida –

---

9 *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014. El artículo 10 (Principios que rigen la actividad de la Administración Pública) establece textualmente lo siguiente: «La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, *oportunidad*, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales. La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente».

10 Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 607, del 2 de junio de 2015, *Asunto Alimentos Heinz, C.A*.

11 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 952, del 21 de noviembre de 2016, asunto *Constitucionalidad del Decreto n° 2.548, que declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica.*

de plano– del *control integral* –de Derecho– que el artículo 259 de la Constitución encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa[12].

§15. Recapitulando, la juridificación del *principio* pareciera constituir argumento suficiente para habilitar al juez contencioso-administrativo para que también controle, *ex*-artículo 259 de la Constitución, que las decisiones administrativas objeto de revisión sean oportunas.

§16. Y dicho cuanto antecede, entendemos que el control judicial al cual aludimos ha de centrarse sobre el proceso conducente a la creación o producción de la decisión administrativa y atender a la *suficiencia de la información* en poder de la Administración. Por tanto, calificaría como inoportuna la decisión fundada en datos incompletos o en datos que no han sido debidamente verificados. Así mismo, calificaría como inoportuna la decisión adoptada en función de pronósticos o predicciones de dudosa plausibilidad sobre los efectos que la medida administrativa producirá[13].

§17. Si se quiere, el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública no hace más que reconocer, de manera virtual o implícita, que en cada caso concreto la "solución oportuna" no puede ser sino una sola[14].

### 2. *La conveniencia*

§18. Disertemos ahora, así sea muy brevemente, sobre la conveniencia.

§19. Pareciera posible afirmar que solo puede calificar como *oportuna* la decisión administrativa que realmente *conviene* al interés público merecedor de tutela jurídica; y, a la inversa, que únicamente puede calificar como *conveniente* la medida administrativa que verdaderamente resulta *oportuna*, consideradas las distintas circunstancias –de tiempo y espacio, *inter alia*– que debían ser ponderadas al momento de decidir[15].

---

12 *Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009. El artículo 259 establece: «La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para *anular los actos administrativos* generales o individuales *contrarios a derecho*, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*».

13 *Vid.*, Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Milano, 1993, terza edizione, pp. 327.

14 Giannini, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 326.

15 De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, *oportunidad* (Del lat. opportunĭtas, -ātis.) es el momento o circunstancia oportuno o *conveniente* para

§20. Dicho de otra manera, pareciera posible afirmar que la juridificación del principio de oportunidad comporta un efecto colateral o reflejo: *juridifica* también el *juicio de conveniencia* de la Administración, cuando ésta produce actos en ejercicio de poderes discrecionales.

§21. Y justamente por ello ya no cabe afirmar –de plano– que del control, en principio plenario, encomendado al juez contencioso-administrativo, quede excluido el control sobre el juicio de conveniencia.

### 3. *Recapitulación*

§22. Quisiera concluir estas reflexiones sobre el principio de oportunidad y la conveniencia de la actuación administrativa citando un fallo de nuestro más alto Tribunal, de acuerdo con el cual el poder amplio concedido a la Administración para

> «…apreciar la *oportunidad y conveniencia* de sus decisiones en determinados supuestos, están *delimitadas por ciertos parámetros [jurídicos] que deben ser considerados inexorablemente a los fines de evitar la arbitrariedad* en el ejercicio de la función pública»[16].

§23. El fallo judicial invocado con anterioridad agrega, cito, que

> «…la *irrevisabilidad* (*sic.*) del acto discrecional sólo alcanza el *mérito* de la decisión, *en tanto* ésta no sea desproporcionada, no constituya abuso o desviación de poder o carezca de causa legítima».

§24. Y para disipar cualquier duda acerca del alcance de su decisión, el Tribunal Supremo de Justicia concluye que

> «…*todos los presupuestos* del acto [incluidas, se entiende, su oportunidad y conveniencia]… deben ser revisados por el sistema de justicia nacional»[17].

---

algo. Por su parte, *conveniencia* (Del lat. convenientia.) significa utilidad o provecho, variables -utilidad o provecho- que dependen de la *oportunidad*, porque lo útil y provechoso hoy puede no serlo mañana. La conexión entre uno y otro término se torna más evidente al tomar en consideración que *conveniente* (Del lat. conveniens, -entis.) significa útil, *oportuno*, provechoso, conforme y proporcionado.

16 Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 310, del 14 de febrero de 2006, asunto *Tres y Medio Eventos, C.A.*

17 Los razonamientos del fallo sirvieron para desaplicar el artículo 46 del Código Orgánico Tributario de 2001 (*Gaceta Oficial de la República* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001), que negaba el derecho a revisión de la decisión -*discrecional*- dictada por la Administración Tributaria para rechazar la solicitud de prórroga o de facilidades de pago formulada por un contribuyente, conside-

§25. Una atenta lectura del pronunciamiento judicial citado, particularmente en lo tocante a las causales que justifican el examen del *mérito* de la decisión administrativa –falta de proporcionalidad, abuso de poder, desviación de poder e ilegitimidad de la causa– aclara o precisa que para nuestro más alto Tribunal la *conveniencia* de una medida administrativa, al igual que su *oportunidad*, se hallan condicionadas por el *principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad*[18] y, por consiguiente, que esta regla o canon puede ser utilizado para controlar tanto la oportunidad como la conveniencia. Aclara, dicho de otro modo, que el control plenario encomendado al juez contencioso–administrativo se extiende a la conveniencia y a la oportunidad de los actos de la Administración.

§26. Una reflexión final, esta vez de Derecho comparado: en Francia el juez de la Administración ejerce un *control reforzado* sobre las medidas de policía administrativa, limitativas de derechos y libertades reconocidas y protegidas por la ley, y según la doctrina, en estos casos el Consejo de Estado francés ejerce un control que se aproxima a un control de la *conveniencia*[19].

---

rando que violaba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El artículo 46 establecía: «Las prórrogas y demás facilidades para el pago de obligaciones no vencidas, podrán ser acordadas con carácter excepcional en casos particulares. A tal fin, los interesados deberán presentar la solicitud al menos quince (15) días hábiles antes del vencimiento del plazo para el pago, y sólo podrán ser concedidas cuando a juicio de la Administración Tributaria se justifiquen las causas que impiden el cumplimiento normal de la obligación. La Administración Tributaria deberá responder dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. *La decisión denegatoria no admitirá recurso alguno*. En ningún caso podrá interpretarse que la falta de pronunciamiento de la Administración Tributaria implica la concesión de la prórroga o facilidad solicitada. Las prórrogas y demás facilidades que se concedan causarán intereses sobre los montos financiados, los cuales serán equivalentes a la tasa activa bancaria vigente al momento de la suscripción del convenio. Si durante la vigencia del convenio, se produce una variación de diez por ciento (10%) o más entre la tasa utilizada en el convenio y la tasa bancaria vigente, se procederá al ajuste de las cuotas restantes utilizando la nueva tasa. Parágrafo Único: Las prórrogas y demás facilidades para el pago a los que se refiere este artículo no se aplicarán en los casos de obligaciones provenientes de tributos retenidos o percibidos, así como de impuestos indirectos cuya estructura y traslación prevea la figura de los denominados créditos y débitos fiscales».

18 *Vid*., *mutatis mutandis*, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 24, del 14 de enero de 2009, asunto *José Gregorio Ruíz*.

19 Long, M., Weil, P., Braibant, G., Devolvé, P. y Genevois, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, C.E. 4 avr. 1914, Gomel, Rec. 488, Éditions Dalloz, Paris, 1993 pp. 159-167; y, Nieto, Alejandro, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 2.245.

B) SEGUNDO DOGMA: LOS PODERES DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ESPECIALIZACIÓN DE FUNCIONES

§27. El segundo asunto al cual quiero referirme guarda relación con los poderes de sustitución de la Administración, que el fallo *Depositaria Judicial* le niega al juez por causa del principio constitucional de división del Poder Público *–i.e.*, por motivos, parafraseando el fallo *Depositaria Judicial*, de diferenciación y especialización de las funciones que atañen a cada una de las ramas llamadas a ejercer el Poder Público–.

1. *La ponderación de intereses como actividad propia de la Administración Pública y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

§28. La discrecionalidad administrativa típica descansa sobre la ponderación de los intereses públicos y privados enfrentados[20]. Así, primero se identifican los intereses relevantes; luego, en atención a las circunstancias del caso, se le atribuye peso o importancia a cada uno de tales intereses; y, finalmente, con base en la ponderación de intereses legalmente permitida se decide cuál de ellos ha de prevalecer por imperativo de ley[21]. Tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia han sostenido que esa ponderación es materia que corresponde a la Administración *en exclusiva*.

§29. Ahora bien, para garantizar el derecho constitucional a una *tutela judicial* que, por imperativo constitucional, ha de ser *efectiva*, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[22] le reconoce al juez poder para *ponderar los intereses generales en conflicto* y el derecho o interés que el particular hace valer en juicio, a los fines del ejercicio de su poder cautelar

---

20 Giannini, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 324; y, Muci Borjas, José Antonio, "Procedimientos y Administración Pública", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, enero-diciembre 2009, Caracas, 2009, pp. 73-112.

21 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1998, pp. 109-110. En palabras de Santamaría Pastor, en virtud del *principio de objetividad* -previsto, en la legislación venezolana, por el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (*ut supra*, nota a pie de página N° 9)-, «la actividad [administrativa] ha de desarrollarse mediante una *exacta ponderación de todos los intereses en juego* que la Ley ordena proteger en cada caso (*e.g.*, los de todos los aspirantes en un concurso), o de acuerdo con criterios técnicos de congruencia o razonabilidad generalmente admitidos». Por tanto, la ponderación de intereses vendría a ser corolario del principio de objetividad.

22 *Gaceta Oficial de la República* N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

general[23]. El artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece textualmente:

> «A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, *ponderando los intereses públicos* generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.
>
> El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.
>
> En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.»

§30. Por su objeto, la ponderación de intereses que el encabezamiento del artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa encomienda al juez al momento de proveer sobre una medida cautelar *se asemeja*, por lo que a su sustancia se refiere, a la exigida por el artículo 25, numeral 2°, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que impone a los órganos y entes de la Administración el deber de «ponderar, en ejercicio de sus competencias, la totalidad de los intereses públicos implicados»[24].

---

[23] El artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe ser concatenado con el 4° *eiusdem*, a tenor del cual «el Juez o Jueza es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio o a petición de parte, hasta su conclusión. El Juez Contencioso Administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa».

En sentido coincidente, Pugliese afirma en Italia que al decretar una medida cautelar el juez contencioso-administrativo puede *ponderar* los *intereses* -particulares y generales- en conflicto, en términos análogos a como lo hace la Administración en el procedimiento administrativo (Pugliese, Francesco, "Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare", *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, número3/1.988, Giuffré Editore, Milano, p. 396).

[24] Establece el artículo 25 (Principio de *lealtad institucional*) que «los órganos y entes de la Administración Pública actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán:… 2. Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados».

§31. Cada vez que releo el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa me asalta la misma pregunta: ¿si la ley autoriza al juez contencioso-administrativo para ponderar los intereses en conflicto y, con base en esa ponderación, decretar las medidas cautelares que juzgue adecuadas, por qué no puede hacer esa misma operación intelectual al momento de decidir el fondo?

§32. Somos del criterio que si el juez puede ponderar los intereses en juego a los efectos de regular la relación jurídica de manera provisional, esto es, hasta tanto se decida el pleito, porque esa ponderación resulta necesaria para impartir justicia, en los términos exigidos por la Constitución, pues entonces también cuenta con poder suficiente para ponderar tales intereses a los fines de regular esa misma relación jurídica, esta vez de manera permanente, a través del fallo –definitivo– mediante el cual se administra justicia *efectiva* por lo que al fondo de la controversia respecta. Una y otra disciplina judicial, aludimos a las derivadas del fallo cautelar y del fallo definitivo, encuentran su justificación en una misma y única razón: el derecho constitucional a una tutela judicial *efectiva* que asiste al recurrente.

§33. De lo que se trata, a fin de cuentas, es de *controlar judicialmente el cumplimiento del deber legal* de tutelar el interés público de la mejor manera posible, y, por consiguiente, de dictar la decisión administrativa más adecuada[25], que la ley impone a una Administración que, por mandato constitucional, se encuentra *al servicio de los ciudadanos*[26].

### 2. *El poder de sustitución según la justicia venezolana*

§34. De acuerdo con nuestra Constitución, no basta cualquier clase de tutela judicial. Ciertamente, el artículo 26 constitucional rechaza la *tutela judicial nominal* de derechos e intereses y exige, por el contrario, una tutela judicial real, verdadera, que desde el punto de vista sustantivo ponga *punto final* a la controversia surgida –en nuestro caso– con la Administración.

§35. Las distintas decisiones judiciales pronunciadas a lo largo de las últimas décadas sobre el poder de sustitución del juez contencioso-administrativo ponen de manifiesto las marchas y contramarchas que han caracterizado la interpretación del artículo 26 de la Constitución. Veamos.

---

25 *Vid.*, Giannini, Massimo Severo, *op. cit.*, pp. 326-327.

26 A tenor del artículo 141 de la Constitución venezolana, «*la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos* y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

### A. *La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*

§36. El primero de los fallos que merece la pena citar puso fin a un litigio en el que se demandaba (i) la nulidad de los actos administrativos que habían decretado la remoción y retiro de un funcionario público, (ii) la reincorporación de dicho funcionario al cargo que desempeñaba o, alternativamente, a uno de igual o superior jerarquía, junto con (iii) el pago de los sueldos dejados de percibir hasta la fecha de la decisión judicial que ordenase la ejecución de la sentencia definitiva[27].

§37. La sentencia pronunciada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo deja constancia, por una parte, que son muchas las decisiones judiciales que niegan al juez contencioso-administrativo el poder para sustituir la Administración; y, por la otra, que en otras muchas «…simplemente el Juez se sustituye sin hacer justificación expresa al fundamento de ello».

§38. Deja constancia, además, que en los casos en los que el juez ha justificado su *poder de sustitución* lo ha hecho afirmando:

> a. Que «…conforme al artículo 206 de la Constitución y 131 de la LOCSJ [vigentes *rationae temporis*] *la función jurisdiccional de los Tribunales Contencioso Administrativos es plena* y no limitada únicamente al aspecto declarativo de la nulidad de las decisiones administrativas ilegales…»[28].

---

[27] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia s/n, del 26 de julio de 2001, asunto *Hernán Gutiérrez*.

Las decisiones impugnadas, dictadas *en ejercicio de potestades discrecionales*, se fundaban en el artículo 4, ordinal 3°, de la Ley de Carrera Administrativa (*Gaceta Oficial de la República* N° 1.745 Extraordinario, del 23 de mayo de 1975), que establecía: «Se consideran funcionarios de libre nombramiento y remoción, los siguientes:…3°.- Los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros».

[28] Los artículos 206 de la Constitución (*Gaceta Oficial de la República* N° 662 Extraordinario, del 23 de enero de 1961) y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia *Gaceta Oficial de la República* N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976) establecían, respectivamente, que «la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas* por la actividad administrativa»; y, que «en su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la

b. Y sentada esa premisa, el fallo judicial añade que «…*el juez podrá sustituirse en la medida* en que las partes suministren *elementos de juicio suficientes*, en cuyo caso *la situación jurídica debe ser restablecida directamente* por el juzgador, o de no haberlos, indirectamente, *sentando en la propia sentencia las bases para su ulterior ejecución*, porque así lo exige la efectividad de la tutela judicial que la Constitución garantiza».

### B. *La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia*

§39. Años más tarde la Sala Político-Administrativa del más alto Tribunal decidió el recurso de apelación que había sido propuesto contra la sentencia en la que un juez contencioso-tributario, previa anulación de un reparo impositivo, había procedido a cuantificar la obligación tributaria adeudada a un Municipio, habida consideración que en el expediente judicial constaban los elementos necesarios para la determinación del tributo[29].

§40. Según la Sala Político-Administrativa, constatado el incumplimiento de la obligación tributaria, el juez de primera instancia

«…sí podía… determinar las cantidades correspondientes a tributos y accesorios, concretamente a los montos debidos por concepto de Impuesto de Industria, Comercio, Servicios e Índole Similar, así como los intereses moratorios…».

§41. La decisión judicial citada agrega que esa determinación

«… no constituye una usurpación de funciones, pues es *competencia* de los jueces tributarios revisar la legalidad o no de los actos administrativos emanados de la Administración, así como *verificar la correcta aplicación de los textos legales* y, en consecuencia, las determinaciones efectuadas, ya que se encuentran en controversia tanto los intereses patrimoniales del Estado, como los derechos subjetivos de los particulares».

---

nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas* por la actividad administrativa».

29 Sentencia N° 1.009, del 8 de julio de 2009, asunto Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (Dimca C.A.).

### C. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*

#### a. *El asunto Ricardo Cella*

§42. La decisión judicial que comentamos a continuación fue pronunciada en el marco de un proceso de amparo constitucional[30], propuesto contra la sentencia de un juez contencioso-administrativo en la que éste había determinado el canon de arrendamiento máximo de un inmueble, previa desaplicación, por razones de constitucionalidad, del artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios[31].

§43. Según el fallo, a la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde proteger tanto el interés público como los derechos e intereses de los particulares. Y sentada esa proposición, el fallo añadió que de conformidad con lo establecido por el artículo 259 de la Constitución, el juez contencioso-administrativo puede incluso

> «…*sustituirse en el órgano o ente autor del acto anulado, a fin de proveer en sede judicial aquello a que tenía derecho el particular y que le fue negado o limitado en contrariedad con el Derecho*, por lo que mal pueden disposiciones de rango legal… limitar o eliminar el ejercicio de tales atribuciones [judiciales]…».

#### b. *El asunto Cervecerías Polar Los Cortijos C.A. et al.*

§44. En otro orden de ideas, en sentencia posterior en fecha[32], que decidió la demanda de nulidad propuesta contra el artículo 211 del Decreto-Ley

---

30 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 559, del 17 de marzo 2003, asunto *Ricardo Zandegiacomo Cella Zamberlan*.

31 *Gaceta Oficial de la República*, N° 36.845, del 7 de diciembre de 1999. El artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios establecía: «Las sentencias que decidan los recursos contenciosos inquilinarios de nulidad contra los actos regulatorios de los cánones máximos de arrendamiento no podrán fijar su monto. La decisión de mérito deberá quedar circunscrita a los poderes de los jueces contenciosos administrativos conforme a la ley especial sobre la materia. En caso de que sea declarada la nulidad del acto regulatorio mediante sentencia definitivamente firme, el órgano regulador deberá proceder a dictar el nuevo acto conforme a lo establecido en la sentencia judicial, en cuyo caso, deberá reiniciarse un nuevo procedimiento administrativo conservando pleno valor jurídico todas aquellas actuaciones, pruebas y actos que sean acordes con el fallo o que no hayan sido declarados nulos por el mismo».

32 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 962, del 9 de mayo de 2006, asunto *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A. et al*.

de Tierras y Desarrollo Agrario[33], la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ratificó decisión suya previa[34] y, hecho esto, agregó:

> a. Que «…los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen atribuida la *facultad de sustituirse* en determinados casos en la Administración, cuando ello sea necesario para garantizar una *tutela judicial efectiva*, con base en los principios y valores del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, [en el que]… la plena jurisdicción del contencioso-administrativo no sólo se limita a declarar la nulidad de la actuación o de la abstención, sino también de *proveer lo necesario para tutelar los derechos e intereses* de quienes han visto cercenados sus derechos por el arbitrario proceder de la Administración…».
>
> b. Que el juez contencioso administrativo, «…se encuentra constitucionalmente habilitado para trascender el mero control de legalidad sobre la actuación administrativa de los órganos del Poder Público, toda vez que constituye un mandato constitucional el deber de *restituir las situaciones jurídicas que pudieran haber sido lesionadas* por la actuación u omisión sub-legal del Estado».
>
> c. Y, finalmente, que «…de acuerdo con los principios de tutela judicial efectiva y colaboración de poderes, *el juez contencioso administrativo puede desarrollar, en determinados casos, una actividad que desde el punto de vista sustancial –no así orgánico– podría ser calificada como una función administrativa*».

### c. *El asunto Inversiones Mayta C.A.*

§45. La última de las decisiones que consideramos dignas de mención versó, una vez más, sobre el artículo de la 79 Ley de Arrendamientos Inmobiliarios[35].

§46. De acuerdo con este último fallo, la constitucionalidad de una disposición legal limitativa del poder de sustitución del poder del juez conten-

---

[33] *Gaceta Oficial de la República*, 37.323 del 13 de noviembre de 2001. El artículo 211 establecía: «El juez agrario debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental. En tal sentido, el juez agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional».

[34] *Ut supra*, nota a pie de página N° 30.

[35] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 695, del 18 de abril de 2007, asunto *Inversiones Mayta C.A.*

cioso-administrativo depende de la naturaleza de la potestad que la Administración esté llamada a ejercer. Si la decisión que la Administración debe dictar tiene carácter discrecional,

> «…el límite [legal impuesto] al poder de sustitución del juez contencioso no sería inconstitucional, sino, por el contrario, acorde con el ámbito de sus facultades jurisdiccionales y al principio de separación de poderes…»[36].

§47. Este último fallo, no hay duda, desdice la postura que sobre esta materia venía siendo afirmada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

§48. Dicho esto, luce pertinente destacar que la conclusión a la cual arriba el fallo que decidió el asunto *Inversiones Mayta C.A.* se funda en una argumentación *parcial* o *incompleta*. Sus fundamentos, decíamos, distan mucho de ser argumentos completos o acabados por diversas razones, a saber:

> a. Primero, porque es producto de una *lectura desintegrada* de la Constitución[37] –*desintegrada*, decimos, porque el juez tomó con pinzas un único principio constitucional (división del Poder Público), fijó su mirada sólo en él y, atendiendo única y exclusivamente a las consecuencias que de él *en principio* se derivan, procedió a fallar, sin tener en cuenta que ese principio forma parte integrante de un todo más grande–.
>
> b. Segundo, porque ignora uno de los factores que debía considerar en su razonamiento: el derecho a la tutela judicial, que ha de ser *efectiva*. La efectividad de la tutela judicial garantizada por la Constitución no cabe duda en propósito, matiza o condiciona el principio de división del Poder Público. Por tanto, so pretexto del respeto del principio de división del Poder no puede desdibujarse –o, peor aún, desvirtuarse– el derecho a la tutela judicial, particularmente en los casos en los que la efectividad de dicha tutela depende, precisamente, de que el juez sustituya a la Administración.

---

[36] Según el Fallo, el acto de regulación del alquiler se expide «…en ejercicio de una facultad *mayormente reglada*, pues deriva de la apreciación y evacuación de informes periciales acerca del valor del inmueble, los cuales dependen, a su vez, de factores objetivos, como la ubicación del inmueble, edad y características de la construcción, valor del terreno, caracteres urbanísticos, servicios públicos adyacentes, entre otros, sin que dependan de la apreciación facultativa o discrecional de la Administración…». Precisamente por ello, añade la Sala, «…el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios es excesiva e inconstitucionalmente limitativo de las potestades restablecedoras del juez…».

[37] Tribe, Lawrence H. y Dorf, Michael C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1991, p. 23.

c. Tercero, porque ignora que el artículo 259 de la Constitución le encomienda a la justicia contencioso-administrativa un *control plenario*, esto es, un *control cumplido*, de toda la actuación administrativa.

§49. Como si ello no bastara, el fallo que decidió el asunto *Inversiones Mayta C.A.* carece de motivación adecuada, porque no expone razón alguna que justifique el abandono del criterio que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había afirmado en *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A. et al.*

3. *Recapitulación*

§50. Los poderes de sustitución del juez contencioso-administrativo derivan, por una parte, de las exigencias que impone el *derecho a una tutela judicial efectiva* garantizado por el artículo 26 de la Constitución, y por la otra, del *control judicial plenario* que el artículo 259 *eiusdem* encomienda a los órganos integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa.

§51. Los jueces contencioso-administrativos pueden adoptar decisiones en las que sustituyan a la Administración, si cuentan con *elementos de juicio suficientes*.

§52. La inclusión del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008[38] y el reconocimiento por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la facultad para ponderar los intereses en conflicto *en lieu et en place de* la Administración, justifican la cumplida admisión del poder judicial de sustitución.

§53. Hasta aquí las muy breves reflexiones en homenaje a quien tuve la buena fortuna de tener como Profesor, dentro y fuera del aula de clases, y a quien, hoy por hoy, tengo el privilegio de tener por amigo.

Caracas, 27 de noviembre de 2019

[38] *Gaceta Oficial de la República*, N° 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

# ALLAN R. BREWER-CARÍAS
# SU INFLUENCIA EN LA PROMULGACIÓN, PROMOCIÓN Y ESTUDIO DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Flavia PESCI FELTRI*

## I. INTRODUCCIÓN

Las próximas líneas intentan reflejar cómo el profesor Allan R. Brewer-Carías, a quien rendimos justo y merecido homenaje para celebrar sus ochenta años de vida, incidió de manera decisiva mediante su labor a lo largo de toda su actividad académica y profesional en la promulgación, promoción y estudio de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* vigente, normativa que conforma uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho en Venezuela.

## II. ANTECEDENTES Y PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS

La *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* venezolana surge bajo la corriente doctrinal y el desarrollo legislativo que se había expuesto en Europa en las primeras décadas del siglo XX, en torno a la necesidad de recoger, en una sola norma, el cauce formal que delimitara y estableciera los mecanismos y maneras del actuar administrativos.

---

* Abogado de la UCV; especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad; profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* (REDAV); Secretaria de la *Asociación Venezolana de Estudios de Derecho Administrativo* (AVEDA).

Dentro del marco de un Estado de derecho se razonaba que así como el legislador y el juez debían someterse a un procedimiento general para ejercer sus funciones (principio de legalidad), de idéntica manera la actuación administrativa debía someterse a un sistema procedimental previamente diseñado, en aras de garantizar su eficiencia y el respeto de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio de la función administrativa.

La idea entonces de codificar la actuación de la Administración pública y formalizar la toma de sus decisiones, se estableció como uno de los elementos esenciales para dar cumplimiento efectivo a la premisa de someter el Poder público y, por tanto, la Administración al Derecho.

Dicha exigencia se impuso en la Venezuela del final de los años cincuenta, al término de la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez y al comienzo de la era democrática con la promulgación de la Constitución de 1961 y la previsión en su texto de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, pasaron veinte años a partir de la entrada en vigencia de la Constitución mencionada para que la Administración pública de nuestro país contara con un régimen legal adjetivo que la regulara; veinte largos años en las que actuó de manera discrecional y arbitraria en sus relaciones jurídicas con los administrados en contra de los derechos de estos, fuera del modelo de Estado consagrado en el texto constitucional.

Efectivamente, el proceso que dio como resultado la promulgación de una ley que previera un procedimiento administrativo general de obligatorio cumplimiento para cualquier actuación de la Administración y consagrara los principios a los que debía sujetar su comportamiento con el fin de garantizar el respeto de los derechos del ciudadano, fue un proceso en extremo lento, que comenzó a finales de los años cincuenta y que pudo, por fin, cristalizarse en enero de 1982.

En este sentido, expresaba el profesor Tomás Polanco Alcántara que:

> "Al ocurrir el Golpe de Estado de 1958 se inició una reforma del país, una reforma de Venezuela. Se creó entonces la Comisión de Administración Pública y afortunadamente fue encargada a un eminente ciudadano…el doctor Lozada (quien) planteó a sus colaboradores la necesidad de estudiar y presentar proyectos acerca de lo que había que hacer en el país; fue entonces cuando nació el primer borrador del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, del cual me correspondió ser ponente. Ese proyecto encontró muy poca acogida a pesar de que después de haber sido estudiado en la Comisión fue presentado a las Cámaras y de ahí no pasó."[1]

---

[1] Polanco Alcántara, Tomás: "El impacto de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre la Administración Pública", en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración.* V. IV.

La aprobación de la referida ley fue, como lo testimonia Orlando Tovar[2], una promesa de todos los candidatos a la elección presidencial y se encontraba en los programas elaborados por los partidos políticos, de lo que puede deducirse que estos eran conscientes de la deuda no satisfecha con los ciudadanos y con el modelo de Estado por el que lucharon desde 1947.

Unos días antes de que fuera aprobada por el legislativo la normativa aludida, en la *Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* se celebró en mayo de 1981 un "Seminario sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", promovido y organizado por el Instituto de Derecho Público, cuyo director para esa fecha era el profesor Brewer-Carías, en el que participaron destacados juristas y en el que se produjeron importantes contribuciones y análisis del contenido de dicha normativa.

El referido Seminario fue un acto académico de gran transcendencia ya que, a partir de su celebración, se realizaron varias actividades dirigidas a reforzar la trascendencia de la norma procedimental recién aprobada y a inculcar la exigencia de su obligada aplicación en el actuar de la Administración que, hasta ese momento, estaba acostumbrada a conducirse de forma discrecional.

Las ponencias que se presentaron fueron luego plasmadas en un texto intitulado "*El procedimiento administrativo", Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, en el que se encuentran los análisis a los que se ha hecho mención y que constituyeron una guía doctrinaria esencial no sólo para profesores y estudiantes de derecho administrativo sino también para abogados, funcionarios públicos y jueces contencioso administrativos.

Además, el libro citado es actualmente un documento indispensable para los investigadores en el área, pues recoge cuáles fueron los diversos proyectos de leyes que se discutieron en esta materia revelando el largo trayecto transcurrido entre el precursor de ellos y la ley definitiva.

Así, el primero de los proyectos de ley de procedimiento administrativo que se elaboró es el que hace mención el Dr. Tomás Polanco en el libro citado, texto que fue redactado por él mismo a solicitud de la Comisión de Administración pública en 1963.

Posteriormente en 1965 se hizo, por petición del Ministerio de Justicia, el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo cuya elaboración fue encomendada a Brewer-Carías y en la que intervinieron los profesores españoles

---

1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983. Pp. 44.

[2] Tovar, Orlando: "Foro sobre el Proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Ob. cit.* p. 299.

Sebastián Martín Retortillo y Rubio Llorente que se encontraban en esa época trabajando en la Universidad Central de Venezuela.[3]

No obstante las buenas intenciones, persistió una importante resistencia en materializar la voluntad de someter a la Administración pública a una norma general y previa. En efecto, tuvieron que transcurrir siete años de la contribución de los maestros españoles en la preparación del proyecto de ley adjetiva, concretamente en 1972, para que se retomara el tema gracias al sostenido trabajo de la *Comisión de Administración Pública de la Presidencia* presidida por el Dr. Brewer-Carías, quien propuso junto con sus colaboradores en el extenso *Informe Sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*, el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos.

Después de tres años de un trabajo colosal por parte de todos los integrantes de la Comisión que tenía como propósito proponer al Ejecutivo un *Plan de Reforma Administrativa*, fue entregado al Presidente Caldera un informe que incluía, entre otras propuestas, la reestructuración, tecnificación, reorganización de la Administración pública; la elaboración de una serie de proyectos de leyes dirigidos a regular los procedimientos administrativos y la creación de un estatuto de la función pública[4].

---

3 Brewer-Carías, Allan R.: *El tránsito de un administrativista por las entrañas de la Administración del Estado*. Palabras en el Acto de Instalación de las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público en General, organizadas por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), la Fundación Institucionalidad y Justicia (FUNJIS), el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, y la Pontificia Universidad Madre y Maestra, Santo Domingo, República Dominicana, 6 de noviembre de 2018. http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/11/1221.-Brewer-conf.-El-tránsito-de-un-administrativista.-IX-Jornadas-Funeda-Rep.-Dom.-11-2018-1.pdf

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

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

Ese informe de junio del 72 revela con claridad el tamaño del compromiso que, desde sus 33 años de edad, había asumido el muy joven jurista Brewer-Carías con el país y con el Estado de derecho. Su total convicción de transformar y regularizar la Administración pública venezolana se ve reflejada a lo largo de los dos gruesos tomos que conforman el citado texto. Por cierto, en su capítulo IV titulado "*El régimen jurídico de los procedimientos administrativos*", Brewer afirmaba para ese entonces que:

> "La promulgación de una Ley de Procedimientos administrativos constituye uno de los aspectos de mayor importancia en la labor de integración del ordenamiento jurídico de la República, por cuanto que con leyes de esta naturaleza culmina el proceso de reducción del actuar administrativo a esquemas jurídicos de validez general, presupuesto necesario para la efectiva vigencia del Estado de derecho"[5].

Ahora bien, la discusión en torno a la aprobación de una ley procedimental para el actuar administrativo es otra vez suspendida para ser reactivada en 1976, cuando finalmente, una nueva comisión, la *Comisión de Reforma Integral de la Administración Pública* somete a consideración del Ejecutivo Nacional otro proyecto.

Luego de quince años, contados a partir de la primera elaboración del primer proyecto de ley de procedimientos administrativos, el Ministerio de Justicia envía al Presidente de la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1978 que, ahora sí!, es aprobado por el Senado en 1980, quien lo remite a la Cámara de Diputados para su revisión y sanción, habiendo previamente modificado y eliminado una serie de disposiciones.

En diciembre de ese mismo año, el Presidente de la República envía un comunicado al Presidente del Congreso solicitando la reconsideración de alguno de los cambios introducidos en el texto de la futura ley, a lo cual el Senado responde mediante un *Informe de la Comisión Permanente de Administración y servicios del Senado de la República* en marzo de 1981.

Al fin, el 1 de julio de 1981 Ley *Orgánica de Procedimientos Administrativos* se publica en la Gaceta Oficial N° 2.818; pero la misma va a entrar en vigencia seis meses después por orden de una de sus disposiciones transitorias, por lo que la fecha a partir de la cual comenzó a producir efectos fue el 1 de enero de 1982, veintiún años después de promulgada la Constitución democrática de 1961 y diecinueve años después de la elaboración del primer proyecto.

---

*to de un administrativista por las entrañas de la Administración del Estado*. Ob. Cit. pp. 12 y 13.

5 *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional*. T. II. República de Venezuela. Comisión de Administración Pública. Caracas, 1972. p. 391.

La novísima y tan ansiada *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* va a tener como objeto principal materializar el contenido del principio de legalidad administrativa, bajo la premisa de que todo el ejercicio de la función administrativa debe estar sometido a una norma previa que lo delimite mediante el establecimiento de los parámetros dentro de los cuales ha de actuar la Administración entendida ésta en su acepción más amplia.

Como consecuencia de lo anterior, el procedimiento administrativo y la ley que lo regula buscan establecer los límites del ejercicio de la función administrativa siendo esta una de las competencias encomendadas al Estado como ente que monopoliza el poder para dar satisfacción a las necesidades de los ciudadanos.

El maestro Moles Caubet en el Seminario organizado por el Instituto de Derecho Público al que se hizo mención más arriba, interviene de primero en las exposiciones para explicar de manera lúcida los objetivos del procedimiento administrativo y, por ende, de la recién aprobada ley. En tal sentido, afirmaba el jurista que:

> El procedimiento administrativo está concebido para alcanzar tres distintos objetivos:
>
> Primero: el acondicionamiento de las potestades de la Administración, cuyo ejercicio siempre ha de sujetarse a las reglas de Derecho, con lo que el acto resultante se hace jurídicamente irreprochable.
>
> Segundo: la protección o tutela de los derechos e intereses de quienes intervienen en el procedimiento, que está asegurada por la suma de sus garantías procedimentales.
>
> Tercero: queda un tercer extremo, frecuentemente omitido por su carácter extrajurídico; las técnicas del procedimiento, destinadas a racionalizarlo para obtener una mayor eficacia, con la consiguiente simplificación, rapidez y economía. Estas técnicas se encuentran altamente muy perfeccionadas en el campo de la organización, de la mecanización, de la informática y de la electrónica."[6]

En efecto, la *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo* tiene como fin controlar el ejercicio del poder para garantizar, en el desarrollo de la actuación administrativa el respeto de los derechos de las personas previéndose, en tal sentido, los principios sobre los que debe sustentarse la relación jurídica entre administrado y Administración; los límites de su actuación; y los derechos a ser protegidos.

---

[6] Moles Caubet, Antonio: "Introducción al procedimiento administrativo", en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. *Ob. Cit.* p. 18 y 19.

Asimismo, la ley contiene dentro de sus objetivos lograr una Administración pública moderna, eficiente que ejecute sus competencias dentro de parámetros de racionalidad y eficacia que le permitan cumplir verdaderamente sus fines y satisfacer las peticiones de los administrados, lo cual quedaba abiertamente plasmado en la *Exposición de Motivos* del Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1980, elaborado por el Ministerio de Justicia y enviado al Congreso de la República para su consideración y en la que se subrayaba tal idea en los siguientes términos:

> "En la tendencia actual que vive Venezuela, de enrumbar al país hacia un desarrollo integral, se requiere de una moderna administración pública, caracterizada, fundamentalmente, por la celeridad en su actuación, por la racionalidad en la tramitación de los asuntos que ante ella se plantean y por la seguridad que frente a la misma debe existir de los derechos que el ordenamiento jurídico garantiza a los ciudadanos. En Venezuela, donde se está acorde con esta idea de modernizar a la administración pública, es necesario que la reforma institucional de la misma, la cual se ha iniciado con la aprobación por el Congreso Nacional de la Ley Orgánica de la Administración Central y la discusión de la Ley de la Administración Descentralizada, sea complementada con la aprobación de una norma que regule los principios generales que rijan el actuar de la administración, los cuales como se infiere de su contenido, se recogen en el proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que se presenta a la consideración de estas Cámaras."[7]

## III. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Fueron muchas las tensiones y expectativas que se crearon alrededor de la entrada en vigencia de la *Ley de Procedimientos Administrativos* venezolana. Hay que recordar que hasta ese momento, 1 de julio de 1981, se había mantenido una deuda muy difícil de justificar con la democracia, el Estado de derecho y los venezolanos en relación a la exigencia constitucional de poner límites a la actuación administrativa.

Esa deuda que había tardado tanto en saldarse y había sido reclamada de forma insistente por juristas, profesores y políticos, fue satisfecha bajo el aplauso de muchos y las críticas de otros; estos últimos consideraban que en el dilatado proceso de elaboración del texto normativo se habían dejado por fuera instituciones esenciales o se las regulaba confusamente[8]; no obstante,

---

7 *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. V. IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983. p. 413.

8 *Vid* en este sentido, los "Comentarios" de Rodríguez García, Nelson a la ponencia de Brewer-Carías "La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el

cada uno reconocía y subrayaba la trascendencia y significación histórica que para el Estado de derecho venezolano implicaba tal acontecimiento legislativo.

Brewer, que había sido hasta ese momento protagonista directo y fundamental en el difícil recorrido de la elaboración del texto de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, también fue su impulsor y promotor a ultranza con el único objetivo de hacer llegar su contenido a través de publicaciones, foros, conferencias y clases dirigidas fundamentalmente a las administraciones públicas del país. Así, se inauguró un proceso de toma de conciencia por parte de los funcionarios públicos que debían comenzar a asumir la difícil y compleja labor de someterse a la norma previa.

Efectivamente, Brewer-Carías señalaba para aquel momento la trascendencia que la aplicación de esa norma tendría en el establecimiento de los límites del actuar administrativo para buscar garantizar el respeto de los derechos de los particulares así como la incidencia en la eficiencia de la función administrativa; y expresaba que a partir de dicha ley se iría desarrollando una revolución jurídica administrativa en Venezuela, pues su aplicación exigiría un cambio absoluto de mentalidad por parte de la Administración pública que debía dejar de ser arbitraria y discrecional para convertirse en un poder sometido al principio de legalidad que habría de actuar en función de los intereses generales y del respeto de los derechos ciudadanos.

Y en ese contexto, el joven Brewer exponía que la pronta puesta en vigencia de la ley procedimental iría necesariamente acabando con el abuso por parte de la Administración:

> "Ya no puede ser la Administración prepotente que concede dádivas o favores al particular, quien por su parte, no tiene derechos, ni como reclamarlos y es aplastado a veces vejado por la Administración, sino que esto tendrá necesariamente, que cambiar, lo que plantea la necesidad de un cambio de actitud y mentalidad. Ya no es un particular indefenso el que la Administración va a tener enfrente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías."[9]

En aras precisamente de divulgar el contenido de la ley que se comenta, la Editorial Jurídica Venezolana, fundada por el propio Brewer, publicó en 1981 el primer libro de la llamada *Colección Textos Legislativos*, titulado la

---

Contencioso administrativo", en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. *Ob. Cit.* p. 255 y ss.

[9] Brewer-Carías, Allan R.: "Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", en la *Revista de Derecho Público.* N 7. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987.

*Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, compuesto por el texto de la propia ley y varios trabajos escritos por los profesores Hildegard Rondón de Sansón, Gustavo Urdaneta y nuestro homenajeado que explicaban la justificación, contenido e instituciones de la norma.

Este primer título de la *Colección*, atrevo a decirlo, ha sido fundacional y fundamental para estudiosos y estudiantes del Derecho administrativo. En mi caso, no he dejado de leerlo desde mis primeros acercamientos como alumna y sigo recomendando su lectura y análisis a aquellos que hoy en día asisten a las aulas universitarias. Es una guía esencial que, a lo largo de los años, ha tenido que reimprimirse innumerables veces lo que ha permitido que sea complementada con otros artículos y otras leyes promulgadas posteriormente y vinculadas a la organización y funcionamiento de la Administración venezolana.

La *Colección Textos Legislativos* nombrada, se convertiría en el transcurso del tiempo en una herramienta cardinal porque cada uno de sus títulos reúne en un solo libro trabajos de especialistas que discurren sobre el contenido de una ley recién publicada o reformada y la norma propiamente dicha, convirtiéndose en un instrumento útil al alcance de todos. Muestra de ello es que, desde sus inicios (1981) hasta el día de hoy, la *Colección* tiene 54 títulos publicados bajo la dirección de quien hoy celebramos.

Volviendo a la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, no cabe duda de que a raíz de su entrada en vigencia se produjo un cambio copernicano en la manera de entender el ejercicio de la función administrativa de parte de sus ejecutores así como en la posición jurídica que, desde la garantía de sus derechos, comenzaron a tener los ciudadanos en sus relaciones con los órganos y entes administrativos.

Fue un proceso de concientización y aplicación de la norma que transformó en el tiempo el actuar de los funcionarios públicos a través del control que los tribunales contenciosos administrativos ejercieron sobre la constitucionalidad y legalidad de sus actuaciones.

Sería falso e ingenuo sostener que la Administración, a lo largo y ancho del país y desde la vigencia de la ley adjetiva, se acopló inmediata y enteramente a sus disposiciones legales y a sus principios; sin embargo, sí pienso que es posible afirmar que hoy día funcionarios públicos, abogados, jueces, ciudadanos y estudiosos del Derecho, son consientes de la obligatoriedad que le es impuesta a la Administración de someter toda su actuación a la Constitución y a la ley; hay en definitiva un claro entendimiento de las implicaciones del principio de legalidad administrativa, conciencia que parecía imposible imaginar hace casi treinta años.

Sin embargo, ello no significa que en la actualidad la Administración actúe apegada a derecho; efectivamente, a partir de 1999 se interrumpió tanto el proceso de educación democrática de la sociedad venezolana como el fortale-

cimiento de sus instituciones que, hasta ese momento, se venían desarrollando lentamente y que requerían, como todas las grandes obras, de mayor tiempo para su edificación.

En estos últimos veinte años, a raíz del desmantelamiento continuado y progresivo del Estado de derecho en Venezuela y de todas sus instituciones, el fenómeno que enfrentamos es el de una Administración pública que actúa fuera de la Constitución con total y desfachatado capricho, no obstante la existencia y vigencia de normas llamadas a controlar su funcionamiento y conducta.

Este fenómeno se debe en buena parte a la existencia de un sistema judicial, representado por el Tribunal Supremo de Justicia, que ha venido transformándose en el brazo que materializa la voluntad del Ejecutivo por lo que carece de toda objetividad, imparcialidad y autonomía, dejando de cumplir su verdadero fin que no es otro que el de controlar el poder para garantizar el respeto de los derechos ciudadanos o restituir su ejercicio, en caso de que sean conculcados por la Administración.

A pesar de lo anterior, se sigue enseñando en las universidades cuál es el deber ser del actuar administrativo aun cuando haya pleno conocimiento de que nos encontramos en una etapa oscura en la que el poder devora a sus propios ciudadanos transformándolos en esclavos y súbditos de su arbitrariedad.

Precisamente para realizar esa labor, se considera esencial volver al origen de las instituciones democráticas, darle el valor y el peso específico que tienen; investigar y comprender cuál ha sido el desarrollo y la naturaleza de las mismas, así como el proceso que han tenido que transitar para su surgimiento.

La *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* que tuvo tantos obstáculos para su aprobación y luego sanción, es de las poquísimas leyes fundacionales del Estado de derecho venezolano que han permanecido intactas en estos veinte años, es decir, que no ha sido derogada ni modificada por el sistema actual que ha tenido como norte transformar, de manera inconstitucional a través de leyes y decreto leyes, el ordenamiento jurídico venezolano y el modelo de Estado previsto en nuestra Carta Magna.

La larga vigencia del la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* no puede sino ser celebrada y defendida. Está a punto de cumplir cuarenta años desde que fuera aprobada por el otrora Congreso y aún permanece intacta como una de las columnas vertebrales del Estado de derecho venezolano. Constituye, en definitiva, una bandera de la democracia de nuestro país aun cuando esa misma democracia y sus actores políticos tardaran tanto en someterse a ella y aun cuando esté siendo vilipendiada por quienes han dirigido el país en estas últimas dos décadas.

Esta lucha por el Estado de derecho y por el sometimiento de la Administración pública al principio de legalidad administrativa ha sido la lucha, entre otras, de quien hoy homenajeamos con admiración, agradecimiento y

profundo respecto, pues, Allan R. Brewer-Carías, el académico, abogado, profesor, jurista y político con su tenaz y perseverante tozudez ha dado todas las batallas a lo largo de sus sesenta años de vida profesional para defender, en cada una de sus facetas, un valor superior que ha encarnado con vehemencia y convicción: el Estado de derecho.

Caracas, en el mes noviembre del 2019

# EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Rafael BADELL MADRID*

## I. INTRODUCCIÓN

La administración pública es el principal objeto de estudio y regulación del derecho administrativo[1]. Como señala Brewer-Carías, la administración pública se puede definir, en primer lugar, desde el punto de vista orgánico, para referirse al conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; en segundo lugar, la administración pública puede ser estudiada desde el punto de vista material, es decir en relación con el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado, además de la función legislativa y la judicial, y la actividad administrativa que llevan a cabo los órganos administrativos.[2]

Cierto que la administración pública es un concepto fundamental para el derecho administrativo. Muchos autores la toman como punto de partida para definir a esta rama del derecho público. Se parte de la consideración de que el derecho administrativo es el ordenamiento jurídico que regula la administración pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento y las relaciones de estos órganos entre sí y con los administrados, a consecuencia del ejercicio de la función administrativa.

---

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

1 Véase Brewer-Carías, Allan R. "El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela," en *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, V. I, Madrid, enero-diciembre 1983, pp. 685-704; "El concepto del derecho administrativo en Venezuela", *Estudios de derecho administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 7-24.

2 Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Derecho Público en Iberoamérica*, T. II, La Administración Pública, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 14. Disponible en: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/07/BREWER-TRATADO-DE-DA-TOMO-II-9789803652074-txt-1.pdf

Para el derecho administrativo la administración pública es una persona jurídica; un sujeto de derecho que produce declaraciones de voluntad celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable y es justiciable. La determinación y personificación de la administración pública es así el dato primario y *sine qua non* del derecho administrativo[3].

El objeto de nuestro estudio, relacionado con la administración pública, es la explicación del alcance e inteligencia de la expresión "buena administración", que tiene hoy día –en derecho administrativo– una explicación especial.

La doctrina de la buena administración, como derecho fundamental de los ciudadanos, está prevista en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[4], aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo; y también está contenida en el ámbito iberoamericano, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública[5], aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas el 10

---

3 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo.* 4° Edición T. I y II. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982.

4 "*Artículo 41 – Derecho a una buena administración:*

*1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*

*2. Este derecho incluye en particular: -el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*

*3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

*4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*"

5 "*CAPÍTULO PRIMERO: FINALIDAD DE LA CARTA 1. La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.*"

de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la Ciudad de Panamá en octubre de 2013.

La buena administración aparece en los mencionados instrumentos jurídicos supranacionales como un derecho fundamental, pero es también un principio que debe regir las actuaciones de la administración pública. En Venezuela el artículo 141 de la Constitución prevé este derecho a la buena administración cuando señala que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con *sometimiento* pleno a la ley y al derecho.

Ley Orgánica de la Administración Pública[6] (LOA), también contempla este derecho a la buena administración en el artículo 5 cuando establece que la administración pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. Además dispone la norma que "*La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella."*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[7] (LOPA) y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos[8] (LSTA) también tienen variadas disposiciones que desarrollan ese derecho a una buena administración.

El derecho a una buena administración es consecuencia de la nueva formulación del derecho administrativo, que se presenta hoy como un derecho del poder para la libertad. El interés público –que antes servía para justificar las potestades y prerrogativas de la administración– es el fundamento hoy del pleno ejercicio y disfrute de los derechos y libertades. Para asegurar eso se precisa, en primer lugar, de una buena administración pública, que mediante el respeto de los derechos y principios que informan su actuación, elimine cualquier forma de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa, limite el poder y asegure el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos.

Con el título "*El derecho administrativo de la libertad y la buena administración"* voy *a* referirme a un tema de derecho administrativo que ha tenido desarrollo reciente, en la consideración de que allí –en el derecho administrativo– estuvo el origen de las actividades académicas y de investigación del

---

6 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Extraordinaria número 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

7 Gaceta Oficial número 2.818 Extraordinario del 1 de julio de 1981.

8 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Gaceta Oficial número 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

profesor Allan R. Brewer-Carías, quien en estos sesenta años viene a tener una extensísima obra escrita, ya no solo en derecho administrativo, sino también en derecho constitucional, ciencias políticas e historia. En cientos de libros, tratados y muchísimos estudios monográficos, artículos y ensayos publicados en temas de derecho público, historia y ciencias políticas, en revistas especializadas y obras colectivas, en español, inglés y francés, está documentado el pensamiento de este venezolano extraordinario.

Para mí es un honor participar en esta obra en homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, organizado para celebrar sus 80 años de vida y 60 largos años de valiosísima, variada y dilatada obra intelectual. Como ya lo he hecho en otras ocasiones quiero ratificar, en primer lugar, mi admiración, aprecio y respeto por este venezolano excepcional, que es motivo de orgullo para nosotros y, sin duda, representación de lo mejor que tiene Venezuela.

En sus 60 años de vida profesional el Profesor Allan R. Brewer-Carías ha contribuido de manera determinante al derecho público a través de su actividad como profesor en varias universidades de Venezuela y también en muchos otros países en Iberoamérica, España, Francia, Reino Unido y Estados Unidos.

Como investigador, desde el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Desde su posición, por más de cuarenta años, de numerario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en Venezuela y miembro correspondiente de otras muchas corporaciones académicas extranjeras.

Un aspecto que quiero resaltar, de forma especial, es la contribución de Brewer-Carías como editor, lo que ha tenido un impacto enorme en el desarrollo del derecho público en Venezuela. Desde el año 1980, ya han transcurrido 40 años, el profesor Brewer-Carías ha sido el director y factor fundamental de la *Revista de Derecho Público de Venezuela*, publicación periódica de incalculable valor doctrinario, tanto para el derecho nacional como extranjero y, también, a través de la Editorial Jurídica Venezolana que ha estimulado y permitido el crecimiento y divulgación de la doctrina en el país.

La dimensión de la obra del Profesor Allan R. Brewer-Carías es verdaderamente impresionante. Los aportes Brewer-Carías al derecho público en Venezuela, Iberoamérica y Europa son excepcionales. Es un jurista de proyección sin límites al que me da mucho gusto rendirle homenaje mediante este modesto estudio.

## II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El derecho administrativo es entendido en el Estado moderno como garantía del ejercicio del poder desde la libertad y para la libertad. A lo largo del

tiempo el concepto de derecho administrativo se ha ido desarrollando hasta entender que hoy en un Estado constitucional, democrático y social de derecho, la administración pública debe servir a los intereses generales de los administrados y que los poderes que tiene deben dirigirse a asegurar el completo ejercicio y disfrute de sus libertades y derechos.

El interés público que antes servía para justificar las potestades exorbitantes de la administración pública –ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad sancionadora, etc.– hoy aparece vinculado preferentemente a la promoción de los derechos fundamentales de las personas, frente, precisamente, al inmenso poder del Estado. El interés público ahora se enfoca fundamentalmente a asegurar el pleno y efectivo disfrute y goce de los derechos y libertades de los administrados. En el sistema democrático actual la justificación constitucional de la existencia de la administración pública es que esta esté en plena y exclusiva disposición de los ciudadanos[9].

Ciertamente, el derecho administrativo se ha convertido en una herramienta fundamental para frenar la arbitrariedad en obsequio de la dignidad humana y proteger los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad "como categoría de primer orden en la vida civilizada"[10]. Desde el respeto máximo al bloque de la legalidad –algo más que el principio de la legalidad– se endereza el derecho administrativo como un derecho del poder que se justifica solo si va dirigido a privilegiar y asegurar la libertad y los derechos. En definitiva, el derecho administrativo es un derecho que obliga a los órganos que ejercen el poder público a promover, proteger, facilitar, garantizar y asegurar los derechos y libertades.

Una de las bases políticas de la teoría general del derecho administrativo en el mundo moderno, y por ende, una guía fundamental del funcionamiento de los poderes del Estado es, precisamente, la protección de la libertad individual[11]. Sobre el derecho administrativo producto del Estado moderno téngase en cuenta las palabras de Garrido Falla quien señaló que:

> "*…su finalidad fundamental es asegurar la libertad de los ciudadanos. Posiblemente esto es lo que tenga de más rigurosamente inédito frente a los estadios anteriores que atraviesa en su evolución el Estado moderno. A par-*

---

9 Rodríguez Arana, Jaime. "Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho Administrativo*, número 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16333/16741/

10 Rodríguez García, Armando. "Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática", en *Revista de Derecho Público* Nº 117/2009, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 46.

11 Gordillo, Agustín. Derecho administrativo de la economía. T. 9, p. 40. Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo1.pdf

*tir de la Revolución francesa, el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos, de los súbditos, va a constituir una preocupación, pero además, una preocupación fundamental…La historia del Estado moderno contemporáneo es en esencia la historia de la lucha contra la arbitrariedad y en favor de la legalidad en todas las esferas de la actuación estatal*"[12].

Ahora bien, para asegurar la materialización de este derecho administrativo de la libertad, que pretende eliminar toda ilegalidad en el ejercicio del poder público, y evitar el ejercicio ilimitado del poder, y de esta forma asegurar el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos, se precisa –entre otros elementos– de una buena administración pública.

Como expresamos previamente, la doctrina de la buena administración como derecho fundamental de los ciudadanos está contemplada en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, en los siguientes términos:

*Artículo 41 – Derecho a una buena administración:*

*1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*

*2. Este derecho incluye en particular: –el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,– el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*

*3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

*4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua."*

La doctrina de la buena administración como derecho fundamental de los ciudadanos está regulada en el ámbito iberoamericano, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoameri-

---

[12] Garrido Falla, Fernando. *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962. p. 20

cano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas el 10 de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la Ciudad de Panamá en octubre de 2013. Veamos la regulación:

> "*CAPÍTULO PRIMERO: FINALIDAD DE LA CARTA 1. La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana*."

A propósito de estas regulaciones supra nacionales, hoy día es frecuente que las nuevas constituciones incorporen el derecho a la buena administración pública como un derecho fundamental y así lo hace Venezuela el artículo 141 de la Constitución de 1999 cuando prevé que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Pero además, en Venezuela también se contempla esta doctrina de la buena administración en el artículo 5 de la LOAP, según el cual la administración pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. Además dispone dicho artículo 5 que "*La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella."*

Como señalamos antes la LOPA[13] y la LSTA también tienen variadas disposiciones que desarrollan ese derecho a una buena administración.

En el derecho comparado téngase en cuenta la Constitución española de 1978 cuyo artículo 103 establece el derecho a la buena administración en los siguientes términos "*1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*."

---

[13] Véase sobre la LOPA en Brewer-Carías, Allan R. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 379-412.

En este sentido Brewer-Carías ha señalado que la idea de la Administración Pública, que está concebida para estar "al servicio de la ciudadanía" responde a los principios fundamentales del derecho administrativo del Estado democrático de derecho que ha dominado la conformación de nuestra disciplina en las últimas décadas, y que por ello, ha encontrado consagración constitucional en muchos países, reflejando el necesario equilibrio que debe existir en las relaciones jurídicas que se establecen entre administración y administrados, entre los poderes y prerrogativas de administración y los derechos y garantías de los ciudadanos[14].

De esta forma, el derecho administrativo para la libertad exige la presencia de una administración pública que haga posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que imposibilite su ejercicio íntegro[15]. En efecto, la buena administración pública, es aquella que está estrictamente comprometida a facilitar la libertad de los ciudadanos, y como señala Rodríguez Arana, "*Para ello es menester que su trabajo se centre sobre los problemas reales de la gente y procure buscar las soluciones escuchando a los sectores implicados*"[16].

## III. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Ya hemos dicho que la buena administración pública es un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la administración y en toda democracia la administración está obligada a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general. La buena administración pública es un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa.

Como derecho fundamental, la buena administración consiste en el derecho de los ciudadanos de exigir determinados patrones o estándares en el desempeño de la administración[17]. En efecto, tal y como lo dispone el capítulo primero de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, el derecho a una buena ad-

---

14 Brewer-Carías, Allan R. "La administración pública para servir a los ciudadanos o a la burocracia: la mutación en el caso de Venezuela", en *Derecho administrativo e integración europea estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, V. 1, T. 1, Reus, España, 2017. pp. 545-571

15 Rodríguez Arana, Jaime "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, número 16, 2012, pp. 247-274. Disponible en: https://core.ac.uk/reader/61909988

16 *Ibidem*.

17 *Ibid*.

ministración implica poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente con la promoción de la dignidad humana.

Ahora bien, el derecho general fundamental de los ciudadanos a una buena administración pública puede concretarse, de conformidad con el capítulo III de la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano, en una serie de derechos que lo componen y que los ciudadanos podrán hacer valer ante los órganos de la administración o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entre estos derechos podemos mencionar los siguientes: derecho a la motivación de las actuaciones administrativas, derecho a la tutela administrativa efectiva, derecho a una resolución administrativa en plazo razonable, derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas, derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos, derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas, derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública, derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente, derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas, derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública, derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas y derechos a servicios públicos y de interés general de calidad.

Veamos cómo se concretan esos derechos de acuerdo a la legislación venezolana.

### 1. *Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas (artículo 18.5 y 9 LOPA)*

Todas las actuaciones de la administración pública deberán estar respaldadas por razonamientos inteligibles para sus destinatarios. La motivación debe ser proporcional al alcance del poder administrativo del que dispone la propia administración, de modo que cuanto más extensa e intensa sea la discrecionalidad desde la que opere la Administración pública, mayor será la necesidad de motivar y justificar la actuación administrativa.

La motivación consiste entonces en la indicación de los hechos y de los fundamentos legales de la actuación administrativa (motivación fáctica y motivación jurídica, respectivamente). La LOPA expresamente exige en el artículo 18.5 que los actos administrativos estén dotados de motivación, al

disponer que "todo acto administrativo debe contener" la expresión sucinta de los hechos y de los fundamentos legales[18].

En el caso de los actos administrativos de carácter particular, dispone especialmente la LOPA en su artículo 9 que estos deberán ser motivados, es decir, que deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto, a menos de que se trate de un acto de simple trámite, o salvo disposición expresa de la ley. La correcta motivación permite al administrado conocer la causa del acto administrativo y va en obsequio del derecho de la defensa. Si se sabe por qué se dictó el acto administrativo, podrá determinarse si el supuesto, de hecho o de derecho es falso o no y, entonces, podrá controlarse o a través de la autotutela de la administración o ante la jurisdicción administrativa.

### 2. *Derecho a la tutela administrativa efectiva (artículos 49 y 143 de la Constitución, 5 de la LOAP y 73 de la LOPA)*

Durante la sustanciación del procedimiento administrativo, la propia administración tiene la carga de evitar que el administrado pueda encontrarse en situación de indefensión. Este derecho se encuentra relacionado, en primer lugar, con el derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución, pero también con la obligación de la administración pública de asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella, establecida en el artículo 5 de la LOAP.

Es la propia administración la que debe preservar la tutela administrativa efectiva, desde que debe actuar con el cuidado de evitar que el administrado sufra dentro del procedimiento administrativo alguna lesión en su derechos y, en especial, el derecho de la defensa. Esto es especialmente necesario en los procedimientos administrativos sancionatorios.

Pero también debemos mencionar el artículo 143 de la Constitución que consagra el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la administración pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. En este sentido, la Constitución prohíbe la censura a los funcionarios públicos que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

---

[18] Sobre la motivación de los actos administrativos véase: Brewer-Carías, Allan R. "La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho*, número 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Marzo 1966, pp. 151-166; "Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos", *Revista de la Facultad de Derecho*, número 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1971, pp. 233-234.

Igualmente, debe garantizarse el derecho de los ciudadanos a la tutela administrativa efectiva, cuando se dicte un acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos personales y directos, caso en el cual, de conformidad con el artículo 73 de la LOPA, la administración pública deberá notificar a los interesados, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, y la indicación si fuere el caso, de los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

3. *Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable (artículos 4, 5 y 6 LOPA)*

Una buena administración pública debe asegurar que las autoridades administrativas van a resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos que permitan una defensa razonable y adecuada de los ciudadanos, en el marco de los medios materiales y personales con los que cuente en cada caso la administración pública.

En efecto, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo tienden a reafirmar la obligación de la administración y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones, prescribiendo además plazos para las decisiones[19].

En este orden de ideas, los artículos 4, 5 y 6 de la LOPA, disponen que la administración pública debe resolver el asunto o recurso sometido a su conocimiento dentro de los correspondientes lapsos, y en caso de que no lo hiciere se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

La LOPA es muy clara al establecer que la omisión o la demora en la resolución de las peticiones, representaciones o solicitudes de naturaleza administrativa dirigidas por los particulares a los órganos de la administración, puede ocasionar a los funcionarios a quienes competa la tramitación del asunto, además de las sanciones previstas en la LOPA, la responsabilidad civil por el daño ocasionado a la administración.

4. *Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas (artículo 4 LOAP)*

Efectivamente, comoquiera la administración pública está sometida al bloque de la legalidad, la resolución que adopte en cada procedimiento debe estar de acuerdo a lo límites previstos en la ley. Debe ser justa y equitativa.

Este derecho se corresponde con el principio de legalidad de la actuación administrativa establecido en el artículo 4 de la LOAP, según el cual la asig-

[19] Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo*, *ob. cit*. T. IV. p. 299.

nación, distribución y ejercicio de las competencias de la administración pública está sometida a lo establecido en la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico. La interdicción de la arbitrariedad y la sumisión total de la actuación administrativa al bloque de la legalidad es presupuesto indispensable para una buena administración.

5. *Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos (artículos 51 de la Constitución, 9 de la LOAP y 2 de la LOPA)*

La forma de relacionarse el ciudadano con la administración debe ser elegida por el propio ciudadano y consecuentemente la administración debe atender a los administrados en función del medio de relación que éstos entiendan de su preferencia.

Este derecho es de rango constitucional y está consagrado en el artículo 51 de la Constitución, de conformidad con el cual toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

Asimismo, el derecho a dirigirse a la administración está consagrado en el artículo 2 de la LOPA, conforme al cual toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa, la cual deberá resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo.

6. *Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas (artículo 9 LOAP)*

La administración pública debe responder siempre al ciudadano. No sólo porque éste tiene derecho a una respuesta oportuna por parte de la administración, sino porque el ciudadano tiene derecho igualmente a que la respuesta sea la que tiene que ser, la que en el momento pertinente es la apropiada y adecuada. Además, la respuesta tiene que producirse en el tiempo pertinente para que la respuesta tenga sentido para el Derecho.

Los artículos 51 de la Constitución y 9 de la LOAP establecen el deber de los funcionarios públicos de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen los administrados, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático; así como la obligación de respon-

der oportuna y adecuadamente tales solicitudes[20], independientemente del derecho que tienen las personas de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

Disponen además dichos artículos que en caso de incumplimiento de este deber, es decir, que cuando un funcionario público se abstenga de recibir las peticiones o solicitudes de las personas, o no de adecuada y oportuna respuesta a las mismas, será sancionados de conformidad con la ley.

7. *Derecho a no presentar documentos en poder de la administración pública (artículos 10 y 15 de la LSTA)*

Este derecho se concreta en la necesidad de que las distintas administraciones deben arbitrar mecanismos de comunicación de sus registros y archivos, para hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que, estando en su poder, sean necesarios para que las personas tramiten sus correspondientes procedimientos administrativos.

En Venezuela este principio no ha sido aplicado enteramente, sin embargo, téngase en cuenta que por ejemplo la LSTA exige los órganos y entes de la administración pública, que en sus respectivas áreas de competencia, realicen un inventario de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe, aceptando en sustitución de estos las declaraciones juradas hechas por el interesado o un representante con carta poder (artículo 10).

Asimismo, el artículo 15 de la mencionada ley dispone que no podrá exigirse el cumplimiento de un requisito cuando este, de conformidad con la normativa aplicable, debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido, caso en el cual, dicho requisito se tendrá por cumplido para todos los efectos legales.

8. *Derecho a ser oído antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente (artículo 49 de la Constitución y 48 de la LOPA)*

Sabemos que de conformidad con el artículo 49 de la Constitución las garantías del debido proceso se aplican no solo a las actuaciones judiciales, sino a las administrativas también. De allí que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de procedimiento administrativo, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente. Este derecho es una garantía básica de que las decisiones que puedan adoptarse en contra de los administradores se produzcan de forma contradictoria.

---

[20] Sobre el derecho de petición véase Allan R. Brewer-Carías, *Los Deberes de los Funcionarios Públicos*, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, Caracas 1971.

En efecto, el derecho a ser oído (*audi alteram partem*) en materia administrativa, significa la obligación para la Administración de oír previamente a los interesados[21].

Además, este derecho encuentra expresa consagración en el artículo 48 de la LOPA que dispone que en el caso en que el procedimiento administrativo se inicie de oficio, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior deberá ordenar la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Cabe destacar que, en criterio del profesor Brewer-Carías, con fundamento en el principio del informalismo del procedimiento el hecho de que el interesado no concurra al llamado a audiencia en el lapso indicado no le impide apersonarse en cualquier estado del procedimiento y formular los alegatos correspondientes. En este sentido, los lapsos prescritos no tienen carácter preclusivo para los administrados, y su derecho a hacerse oír pueden ejercerlo en cualquier momento, por supuesto antes de que se adopte la decisión[22].

9. *Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas (artículo 59 de la LOPA)*

Como lo explica el profesor Brewer-Carías, el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando éste no se haya iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento.

Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiese recaído resolución definitiva[23].

De otra parte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 de la LOPA, los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación de este, excepto cuando se trate de documentos calificados mediante acto motivado como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente.

---

21 Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo*, *ob. cit*. T. IV. p. 318

22 *Ibidem*. p. 319.

23 *Ibidem*. p. 317.

10. *Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública (artículos 140 de la Constitución y 13 de la LOAP)*

La garantía patrimonial, consecuencia del Estado de Derecho, asegura que toda persona a la que la administración pública haya lesionado en sus derechos o bienes, como consecuencia del funcionamiento –normal o anormal– de los servicios públicos, debe ser indemnizada.

Este derecho tiene consagración constitucional en el artículo 140 que dispone que:

> *Artículo 140: El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.*

La expresión "funcionamiento de la Administración Pública" admite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive tanto del funcionamiento normal como del funcionario anormal de la administración pública.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad de la administración pública, lo reitera el artículo 13 de la LOAP. Aun cuando la norma dispone en forma inapropiada que la responsabilidad patrimonial corresponde a la "administración pública", se entiende que tal responsabilidad se imputa, en verdad, a las personas jurídicas con sustrato territorial, estas son: República, Estado, Municipios y Distritos Metropolitanos, o a los entes descentralizados funcionalmente, sean estos de derecho público o privado: institutos autónomos, fundaciones, asociaciones civiles. corporaciones y empresas del estado.

11. *Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas (artículos 25 y 139 de la Constitución y 8 de la LOAP)*

Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos, podrán en cualquier momento demandar las responsabilidades en que puedan haber incurrido determinados servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad individual de los funcionarios públicos está regulada en el artículo 139 de la Constitución, que establece que el ejercicio del poder

público acarrea responsabilidad individual, bien por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución de la ley[24].

Así también, el principio de responsabilidad individual está consagrado de forma genérica en el artículo 25 de la Constitución que dispone que los funcionarios públicos que ordenen o ejecuten actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y la ley, incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, "*sin que les sirvan de excusa órdenes superiores*". Este mismo principio lo repite el artículo 8 de la LOAP, en relación con los funcionarios de la "administración pública".

12. *Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad*

En la prestación de servicios públicos la administración debe procurar determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios, para que estos estén lo mejor informados posible.

13. *Otros derechos*

De otra parte, la LOAP enumera en el artículo 7 una serie de derechos que tienen las personas en sus relaciones con la administración pública, entre las cuales podemos mencionar los siguientes:

- El derecho de conocer en cualquier momento, el estado de los procedimientos en los que tengan interés,
- El derecho de conocer la identidad de los funcionarios al servicio de la administración pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- El derecho de formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los cuales tengan interés, en los términos o lapsos previstos legalmente.
- El derecho de presentar sólo los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.
- El derecho de obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

---

[24] Véase Brewer-Carías, Allan R. "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,* número 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980, pp. 179-183; y "La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Colección Textos Legislativos, número 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 7-77.

- El derecho de acceder a los archivos y registros de la administración pública en los términos previstos en la Constitución y demás normativa aplicable.
- El derecho a ser tratados con respeto y deferencia por los funcionarios, los cuales están obligados a facilitar a las personas el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
- El derecho a ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren precedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la administración pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República.

Tengamos en cuenta que la enunciación de estos derechos en la LOAP no es taxativa, por el contrario, incluye los demás derechos que establezcan la Constitución y la ley.

## IV. PRINCIPIOS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Además de los derechos antes mencionados, la buena administración pública es un principio de actuación administrativa que obliga a la administración, en un estado democrático, a llevar adelante la actuación administrativa en beneficio del interés general. Esta obligación de la administración pública deriva precisamente de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social[25].

Ya hemos citado el artículo 141 de la Constitución que prevé que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Esta buena administración se cumple prestando un servicio público orientado al interés general y al correcto reconocimiento y respeto de los derechos y libertades, y que tenga como meta la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.

La buena administración debe seguir los principios fundamentales de un estado democrático y social de derecho, que se enumeran en la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la administración pública, entre los cuales resaltamos los siguientes:

---

[25] Véase Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

1. *Principio de legalidad (artículos 137 y 141 de la Constitución y 4 de la LOAP)*

La premisa fundamental del derecho administrativo radica en la sumisión de la actividad administrativa a derecho, al bloque de la legalidad, y de allí el principio de que la administración no puede hacer nada que no tenga expresamente permitido y regulado por la ley (principio de la legalidad).

La sujeción de la administración al bloque de la legalidad está prevista en el artículo 137 de la Constitución, el cual dispone: «*Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*». El principio de legalidad también está contenido en el artículo 141 de la Constitución referido a la buena administración al indicarse que ésta debe proceder con "*sometimiento pleno a la ley y al derecho*". [26]

Asimismo, la LOAP contempla dicho principio en el artículo 4 que establece que la administración pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

De igual forma, el artículo 10 de la LOPA establece que ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley.[27]

De estas disposiciones relativas al principio de legalidad, se desprende con claridad, no sólo que la administración puede actuar únicamente sometida al derecho, sino además dentro del preciso marco de las competencias que las normas le asignan, y siempre en acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas dichas competencias[28].

La vigencia del principio de legalidad tiene tres aspectos fundamentales: (i) En primer lugar, del principio de legalidad se deriva la reserva legal respecto de la asignación de competencias que se confieren a los distintos órga-

---

[26] Véase al respecto Brewer-Carías, Allan R. "El tratamiento del Principio de Legalidad en la Constitución de 1999", conferencia dictada en las *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 22 de marzo de 2000.

[27] Brewer-Carías, Allan R. "El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina", en Domingo García Belaúnde, *Homenaje a Valentín Paniagua*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010.

[28] Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Público*, *ob. cit*. tomo IV. p. 180.

nos administrativos; (ii) En segundo término, el principio de legalidad establece el orden jerárquico de las normas que le son aplicables a los entes de la administración pública y (iii) En tercer lugar, como garantía del cumplimiento del principio de legalidad se requiere el control judicial de los actos dictados por los órganos de la administración pública.

De acuerdo a lo anterior, la reserva legal actúa como una limitación para la administración, la cual no puede por vía unilateral modificar el régimen constitucional y legal de asignación de sus competencias; debe respetar además con base a este principio de legalidad el orden de aplicación de las distintas normativas, en vista a su jerarquía; y, por último, está sometida al control de sus actos por el poder judicial, en cuanto al debido respeto que merecen los límites válidos de actuación de la administración y la responsabilidad que su incumplimiento general para el Estado.

En efecto, la sujeción de la actividad administrativa al principio de legalidad encuentra su expresión en el desarrollo de sus competencias con estricto apego a las normas jurídicas preexistentes y aplicables a las situaciones jurídicas que la administración resuelve. De forma que la administración pública ha de someter su actuación –de coacción, prestacional, empresarial o de fomento– al bloque de la legalidad.

El bloque de la legalidad, sobre el cual se fundamenta el Estado de derecho, comprende, según Hauriou, no sólo a la ley sino todas las normas del ordenamiento jurídico, incluidos los reglamentos[29], es decir, que abarca desde las regulaciones constitucionales, legales, sub-legales, los principios generales, hasta los precedentes administrativos, todos los cuales establecen y regulan la organización, funcionamiento y atribuciones de los órganos del Estado, consagran los derechos y deberes de los ciudadanos, y determinan los controles sobre el ejercicio del poder público.

Para garantizar la sumisión de los órganos del Estado al bloque de la legalidad y asegurar el principio de legalidad –y con ello el Estado de Derecho– ha sido precisa la creación y desarrollo de jurisdicciones especiales, como la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso–administrativa, entre otras, las cuales se diferencian por la jerarquía y naturaleza de los órganos y actos del poder público objeto de control.

---

[29] *V.* Hauriou, Maurice. *Precis de droit administratif et de droit*, reimpr. De la 12ª ed., Dalloz, París, 2002, p. 577, *cit*. en Rodríguez, Libardo. "El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia", en Hernández-Mendible, Víctor Rafael y Villegas Moreno, José Luis. *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018. p. 95.

2. *Principio de eficacia (artículos 30 LOPA, 10 de la LOAP y LSTA)*

Conforme al principio de eficacia las actuaciones administrativas deben realizarse en el marco de los objetivos establecidos en cada ente público. Especialmente, las autoridades administrativas buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, removerán de oficio todos los obstáculos puramente formales, evitarán el silencio administrativo, las dilaciones y los retardos.

De esta forma dispone el artículo 30 de la LOPA que la actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad, los cuales deben ser asegurador por las autoridades superiores de cada organismo cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento.

Además dispone la LOAP en su artículo 10 que la simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la administración pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.

En este sentido la LSTA tiene por finalidad racionalizar y optimizar las tramitaciones que realizan las personas ante la administración pública a los fines de mejorar su eficacia, eficiencia, pertinencia, utilidad, para así lograr una mayor celeridad y funcionalidad en las mismas, reducir los gastos operativos, obtener ahorros presupuestarios, cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la administración pública con las personas.

La LSTA exhorta a los órganos y entes de la administración pública a simplificar los trámites administrativos que se realicen ante los mismos, a través de la elaboración y aplicación de planes de simplificación de trámites administrativos con fundamento en las bases, principios y lineamientos establecidos en esa ley, entre los cuales se encuentran:

1. Suprimir los trámites innecesarios que incrementen el costo operacional de la Administración Pública, que hagan menos eficiente su funcionamiento y propicien conductas impropias.

2. Simplificar y mejorar los trámites administrativos, lo cual supone, entre otros aspectos:

a) Adaptar los trámites a la forma más sencilla posible, reduciendo al mínimo los requisitos y exigencias a las personas, dejando única y exclusivamente los pasos que sean indispensables para cumplir el propósito de estos.

b) Rediseñar el trámite utilizando al máximo los elementos tecnológicos.

c) Incorporar controles automatizados que minimicen la necesidad de estructuras de supervisión y controles adicionales.

d) Evitar las instancias en las cuales el juicio subjetivo de la Administración Pública pueda interferir en el proceso.

e) Crear incentivos o servicios adicionales que puedan otorgarse a las personas en contraprestación al cumplimiento oportuno del trámite.

f) Propiciar la participación popular a través de las comunidades organizadas, en especial los consejos comunales.

3. Concentrar trámites, evitando su repetición en los distintos órganos y entes.

### 3. *Principio de proporcionalidad (artículos 12 de la LOPA y 10 de la LOAP)*

Las decisiones administrativas deben ser proporcionadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, se dictarán en un marco de justo equilibrio entre el interés general y el interés particular y se evitará limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.

El principio de proporcionalidad está previsto en el artículo 12 de la LOPA, el cual establece que aun en los casos en que una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Además, el artículo 10 de la LOAP establece también como uno de los principios rectores de la actividad administrativa la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se traduce en la exigencia de la justa medida, ponderación o moderación de la limitación y de la prohibición del exceso.

El principio de proporcionalidad postula que los órganos y entes de la administración adopten la técnica de limitación menos lesiva a las libertades de los ciudadanos, y entre varias opciones, seleccione aquella que vulnere, en menor medida la libertad.

En efecto, se exige, para legitimar la actuación de la administración pública, la existencia de un motivo verdadero y serio, además de la idoneidad de los medios de actuación adoptados, su absoluta necesidad y la elección del medio menos gravoso, así como el equilibrio entre la trascendencia de la actuación de la administración y la utilidad obtenida y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines.

El principio de proporcionalidad, a su vez, cuenta para su efectividad con los principios de idoneidad, que exige fundamentalmente de la acción estatal un cierto grado de eficacia en orden a la consecución del fin; el principio de la necesidad, referido a la ausencia de una alternativa menos gravosa pero igualmente eficaz; y la proporcionalidad en sentido estricto, donde es preponderante el interés en amparar el bien correspondiente sobre el sacrificio sufrido por la posición jurídica subjetiva afectada.

### 4. *Principio de imparcialidad e independencia (artículos 145 de la Constitución y 36 al 40 de la LOPA*

De conformidad con el principio de imparcialidad, en el curso de cualquier actividad así como en la decisión de cualquier procedimiento administrativo –señala el profesor Brewer-Carías– la administración pública no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión objetivamente, únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva, tratando a todos los ciudadanos en forma igual, salvo las distinciones que deriven de los derechos de protección que puedan tener ciertos ciudadanos[30].

Sobre este principio, conviene tener presente en primer lugar lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución, según el cual los funcionarios públicos "están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna". En este sentido dispone la Constitución además que de ninguna forma el nombramiento o remoción de los funcionarios podrá estar determinada por la afiliación u orientación política.

El personal al servicio de la administración pública deberá actuar de modo imparcial e independiente. Deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o dar trato preferente por cualquier motivo. La actuación administrativa debe tener como objetivo el interés general. Se prohíbe la participación de funcionarios administrativos que tengan conflicto de interés en la resolución de cualquier asunto de la administración, sea por que tengan interés directo en el procedimiento o porque participen familiares próximos.

Asimismo, téngase en cuenta los artículos 36 al 40 de la LOPA relativos a la inhibición de los funcionarios públicos en el conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida. La LOPA determina las causales de inhibición, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento.

---

[30] Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo*, *ob. cit*. tomo IV. p. 118.

2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.

3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.

4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

En cualquiera de estos casos, la LOPA obliga al funcionario a plantear su inhibición en escrito razonado, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a aquel en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, y remitir sin retardo el expediente a su superior jerárquico, quien decidirá sobre su inhibición.

### 5. *Principio de buena fe y confianza legítima (artículos 9 de la LSTA y 11 de la LOPA)*

De acuerdo con el principio de buena fe, tanto las autoridades administrativas como los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. Este principio de la buena fe y confianza legítima ha sido reconocido expresamente en la LSTA, cuyo artículo 9 dispone que, de acuerdo con la presunción de buena fe, en todas las actuaciones que se realicen ante la administración pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario. Establece la LSTA que los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano.

Brewer-Carías señala haber incorporado el principio de buena fe en la ley, constituye una revolución en el régimen jurídico de la administración pública, debido a que en la práctica de algunas administraciones públicas, lamentablemente, lo que existe de parte de los funcionarios, es una especie de presunción de que el administrado actúa de mala fe, por lo que usualmente busca obstaculizar sus pretensiones; y el administrado, por su parte, con frecuencia responde a esta actitud, buscando engañar a la administración. Es por ello por lo que Brewer-Carías señala que el principio de la buena fe "tiene que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al particular que puede confiar en la Administración y en el funcionario, y viceversa."[31].

---

[31] Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo*, *ob. cit*. p. 22.

De otra parte, en virtud del principio de confianza legítima, la actuación administrativa deberá ser respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración en el pasado.

Sobre estos principios que rigen la actividad administrativa, en Venezuela, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado, mediante sentencia número 954 de fecha 18 de Junio de 2014, señalando lo siguiente:

> "(…) *Esta Sala ha expresado que el principio de confianza legítima, que rige la actividad administrativa, está referido a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas (ver sentencia N° 1.171 del 4 de julio de 2007).*
>
> *Asimismo, se ha manifestado que el principio de la confianza legítima (sentencia de esta Sala N° 213 del 18 de febrero de 2009) constituye la base de los vínculos que existe entre el Poder Público y los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga.*
>
> *Este principio alude así a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión que esté en consonancia con lo que se ha venido resolviendo.* (…)" (sentencia número 01181 de fecha 28 de septiembre de 2011).

De igual forma, la Sala Político-Administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPA, determinó que si bien "los criterios de la Administración no son inmutables, pueden cambiar, la única limitante es que la nueva interpretación no se aplique a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorable al administrado."

De conformidad con este criterio, el principio de la confianza legítima se refiere a la expectativa plausible que tienen los particulares de que la administración pública siga decidiendo tal como lo ha venido haciendo en una materia en base a sus actuaciones reiteradas.

6. *Principio de responsabilidad y rendición de cuentas (artículos 140 y 141 de la Constitución, 14 de la LOAP, 51 y 52 de la LOCGR)*

Por este principio la administración debe responder por las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Igualmente, la administración pública deberá rendir cuentas de sus actuaciones y publicar las evaluaciones de sus unidades.

Este principio de responsabilidad de la administración pública, como hemos adelantado, está contemplado en el artículo 140 de la Constitución que dispone que "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública*.", así como en el artículo 141 que señala que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta entre otros, en el principio de responsabilidad en el ejercicio de la función pública; y a nivel legal en el artículo 13 de la LOAP que establece que:

> "*La Administración Pública será responsable ante las personas por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier índole que corresponda a las funcionarias o funcionarios por su actuación.*
>
> *La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran las personas en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento*."

Por su parte, el principio de rendición de cuentas, que implica la obligación de demostrar formal y materialmente, la corrección de la administración, manejo o custodia de los recursos se encuentra regulado en el artículo 14 de la LOAP que establece que los funcionarios de la administración pública deberán rendir cuentas de los cargos que desempeñen, en los términos y condiciones que determine la ley.

Asimismo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal[32] (LOCGR) establece en su artículo 51 la obligación de formar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, de las personas que administren, manejen o custodien recursos de los entes y organismos del Poder Público, en la forma, oportunidad y ante el órgano de control fiscal que determine la Contraloría General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República. Determina también la LOCGR que tienen igual obligación quienes administren o custodien, por cuenta y orden de los referidos entes y organismos, recursos pertenecientes a terceros.

De igual forma, deberán rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión, así como establecer un sistema de control interno, quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos del Poder Público, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones, o alguna otra modalidad similar, de conformidad con el artículo 52 de la LOCGR.

---

[32] Gaceta Oficial número 6.013 del 23 de diciembre de 2010.

### 7. *Principio de transparencia y acceso a la información de interés general (artículos 143 de la Constitución, 22, 11, 12 y 159 de la LOAP)*

El funcionamiento, actuación y estructura de la administración debe ser accesible a todos los ciudadanos, que pueden conocer la información generada por las administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general.

En este orden de ideas, el artículo 143 de la Constitución determina el derecho de todas las personas de acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

A nivel legal, este principio se encuentra consagrado en la LOAP cuyo artículo 22 dispone que la estructura organizativa preverá la comprensión, acceso, cercanía y participación de las personas de manera que les permitan resolver sus asuntos, ser auxiliados y recibir la información que requieran por cualquier medio.

Asimismo, este principio está reflejado en los artículos 11 y 12 de la LOAP que establecen, en primer lugar, la obligación de la administración pública de contar con una página en internet, que contendrá entre otra, la información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización procedimiento, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos, y de otra parte, el deber de publicar en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o, según el caso, en el medio de publicación oficial correspondiente, los reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos de carácter general dictados por los órganos y entes de la administración pública.

De otra parte el artículo 159 de la LOAP dispone el derecho de toda persona de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto[33].

En términos generales, los principios reconocidos en la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano como fundamentales para la materialización

---

[33] Véase al respecto Brewer-Carías, Allan R. "El principio de la transparencia en la actuación de la Administración Pública y su distorsión en un régimen autoritario," en *Revista de Derecho Público*, Nº 151-152, (julio-diciembre 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 117-128.

de una buena administración pública están enunciados en el artículo 10 de la LOAP que establece que la administración pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

Sobre la amplia regulación constitucional y legal anteriormente expuesta, ha afirmado el profesor Brewer-Carías que "Mejor y más claras previsiones constitucionales sobre qué es lo que debería ser la Administración Pública y el derecho administrativo, y las bases de la relación entre la misma y los ciudadanos, es ciertamente difícil de conseguir en el derecho comparado"[34].

## BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan R. "La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 33, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.

_____ "Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos", *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 49, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971.

_____ *Los Deberes de los Funcionarios Públicos*, Ediciones de la Escuela Nacional de Hacienda, Caracas, 1971.

_____ "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,* Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio 1980.

_____ "La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Colección Textos Legislativos, Nº 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

_____ "El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela," en *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, Vol. I, Madrid, 1983.

[34] Y continúa el profesor Brewer-Carías señalando que "y mayor contradicción con la realidad como existe en Venezuela, también es casi imposible de conseguir, al menos en estos primeros tres lustros del siglo XXI". Véase Brewer-Carías, Allan R. "La administración pública para servir a los ciudadanos o a la burocracia: la mutación en el caso de Venezuela", *ob. cit*. p. 541.

_____ *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982; *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

_____ "El concepto del derecho administrativo en Venezuela", *Estudios de derecho administrativo*, Ediciones Rosaristas, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986.

_____ *Tratado de Derecho Administrativo*. *Derecho Público en Iberoamérica*, La Administración Pública, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

_____ "El tratamiento del principio de legalidad en las leyes de procedimiento administrativo de América latina", en Domingo García Belaúnde, *Homenaje a Valentín Paniagua*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 2010.

_____ "La administración pública para servir a los ciudadanos o a la burocracia: la mutación en el caso de Venezuela", en *Derecho administrativo e integración europea estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 1, T. 1, Reus, España, 2017.

_____ "El principio de la transparencia en la actuación de la Administración Pública y su distorsión en un régimen autoritario," en *Revista de Derecho Público*, Nº 151-152, (julio-diciembre 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Fernández. Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*. 4° Edición, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962.

GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo de la economía.* Tomo 9, Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo1.pdf

HAURIOU, Maurice, *Precis de droit administratif et de droit*, reimpr. De la 12ª ed., Dalloz, París, 2002.

HERRERA ORELLANA, Luis, "Derecho administrativo y libertad: o de por qué el derecho administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano* Nº 2/2014, Universidad Monteávila, Caracas, 2014. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/2/REDAV_2014_2_71-94.pdf

RODRÍGUEZ, Libardo, "El principio de legalidad: premisa fundamental de la democracia", en Hernández-Mendible, Víctor Rafael y Villegas Moreno, José Luis, *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Centro de Estu-

dios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018. p. 95.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/16333/16741/

_____ "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 16, 2012, pp. 247-274. Disponible en: https://core.ac.uk/reader/61909988

_____ "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", en "Misión Jurídica"*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Bogotá, D.C. (Colombia), Colaboradores Externos Internacionales, número 6, Año 2013, enero-diciembre, pp. 23-56. Disponible en: https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2017/04/art1-2.pdf

RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando, "Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática", en *Revista de Derecho Público* Nº 117/2009, Editorial Jurídica Venezolana.

# BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS Y TENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MUNDO ACTUAL

Federico A. CASTILLO BLANCO*

## I. INTRODUCCIÓN: LOS DEBATES QUE MARCARÁN UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN

Como ha puesto de relieve Ramió (2017), la Administración Pública no es una variable independiente, sino una variable muy dependiente de otras como la economía, la sociedad, la política y, por supuesto, hoy en día también de la tecnología. Su hipótesis es que el estudio de la Administración Pública sólo puede avanzar, para lograr un futuro perfecto, si se vincula más con la economía y con la sociedad, dado que los desafíos de las Administraciones Públicas son institucionales y guardan relación directa con los grandes problemas y retos económicos, políticos, tecnológicos y sociales.

En este sentido, se abordan aquí algunos puntos que marcarán la pauta de los debates sobre lo público durante los próximos años que dependerán y mucho del contexto en que nos moveremos, y que nos permitirán dibujar ciertas tendencias de la Administración del futuro.

La sociedad de los próximos años nos anticipa cambios muy relevantes. Es ampliamente compartido que será un mundo cada vez más complejo, más multilateral, con mayores problemas sociales de carácter global, con un creciente protagonismo de los espacios subnacionales, con la expansión de la economía colaborativa y con relevantes cambios en las relaciones laborales hasta ahora conocidas, con la crisis de la democracia representativa y de instituciones basales de ésta (partidos políticos o sindicatos), etc.

La necesaria reforma del Estado para conseguir un buen gobierno, y responder a estos cambios sociales, transciende necesariamente a la Administración como instrumento primario de éste en la acción de configuración e integración social y territorial. La crisis del Estado del bienestar, o más bien de las formas clásicas de intervención pública, ha arrastrado a redefinir el perfil

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.

de la Administración Pública. Y es que, como señala Schmidt-Assmann (2001), si los Estados son esencialmente Estados administrativos, resulta entonces evidente que las grandes transformaciones que en la actualidad están sufriendo tanto el Estado, como la economía y la sociedad, van a producir a su vez –y de hecho ya se están produciendo– importantes y variadas consecuencias respecto a las Administraciones Públicas.

No es posible analizar en un breve espacio el conjunto de causas que orientan a buscar soluciones a estas nuevas realidades, lo que excedería del objeto de este estudio, pero si es preciso subrayar que cuatro condicionarán la forma de producción y los objetivos de las políticas públicas, a saber: los cambios demográficos, los cambios tecnológicos, la interdependencia internacional y la transición ecosocial. Y lo que es más relevante nos demandarán cambios en nuestras tradicionales formas de producir y ejecutar la política pública.

## II. UNA NUEVA VISIÓN PARA UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA CONSECUCIÓN DE UNA "BUENA ADMINISTRACIÓN" Y LA NECESARIA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA EN SU GESTIÓN

Los estados occidentales vienen atravesando un largo periodo de transición. El desarrollo del modelo económico-social y político y la crisis económica han venido generando nuevas condiciones sociales y económicas en las que el modelo de Estado, hasta ahora indiscutido, se revela no suficientemente adecuado para conducir los procesos sociales y resolver los problemas derivados de la convivencia.

La vertiginosa evolución social ha venido poniendo en tela de juicio los principios y categorías en los que el Estado basaba su organización y está haciendo emerger nuevos mecanismos e instrumentos y nuevas técnicas de gestión por nuestros sistemas de actuación administrativos, que en buena medida representan alternativas a las hasta ahora conocidas, con el objetivo de hacer frente a las exigencias que las transformaciones sociales y económicas plantean.

Y cuando se ha planteado cómo será la Administración del futuro, desde la academia, se han avanzado distintas líneas sobre las que se asentará esta. Así, Uvalle Berrones (2009) señala las siguientes:

1) democratización de la administración,

2) relación principal-agente,

3) visión de redes,

4) gestión y responsabilidad,

5) implementación de capacidades públicas

Ramió (2017), por su parte, estima ineludible una nueva ética y valores de carácter público que contribuya a la renovación de la cultura institucional, y pone así en el centro del debate un listado de valores (ética, sostenibilidad, transparencia, coherencia política, valentía, etc.) que deberían ser tenidos en cuenta en la definición de un buen modelo democrático y un buen sistema de gobernanza compleja. También indica, asimismo, entre otras un conjunto de tendencias que se vislumbran para afrontar los retos del futuro, a saber los nuevos roles que el Estado ha de desarrollar, el previsible establecimiento de una gobernanza institucionalizada e inteligente: modelo en red de *metagobernanza* (dominado por el ámbito público en el que las instituciones públicas asumen el rol de *metagobernador*) de elevada institucionalización e innovación, el incremento de la colaboración público-privada, la necesaria renovación de las arquitecturas organizativas actuales y la superación del déficit en liderazgo político.

El modelo fundamentalmente burocrático de nuestra Administración aún subsistente en gran medida garantiza, sin embargo, valores que no debieran ser arrinconados. Hay una cierta coincidencia en que el valor de la eficiencia, la impersonalidad, la profesionalización y la sujeción al Estado democrático y al Estado de derecho siguen siendo principios y valores útiles. Otra cosa, bien distinta, es que en los actuales parámetros que presiden el actuar público precisen de un cierto *aggiornamento*.

Pero es que, además, siendo útiles estos criterios de actuación son seguramente insuficientes para asegurar la participación de la ciudadanía en las labores públicas. Y es que la Administración Pública burocrática al ya caduco estilo tradicional, por sí misma, no tiende a establecer reglas que permitan su apertura y accesibilidad para que sea conocida y cercana en el espacio público. Una mayor profundización democrática de nuestra Administración, sin embargo, exige articular nuevas normas, reglas y procedimientos, que marquen como objetivo la cercanía de la Administración Pública a la ciudadanía y que consiga formas de comunicación de tal forma que, los mecanismos de actuación no sean ajenos ni distantes a la ciudadanía. La participación ciudadana se encuentra en el núcleo mismo de la idea de democracia: diálogo con la ciudadanía para abordar los problemas, escuchar y compartir las soluciones; ese, parece ser, será inevitablemente uno de los principales caminos a transitar.

En la actualidad, y como consecuencia del grave problema de descrédito de instituciones y representantes políticos en casi todos los países del arco occidental, se ha reforzado la exigencia de eficacia y responsabilidad en la acción de gobierno. Para ello, se hace necesario el fortalecimiento de la democracia a través de mecanismos permanentes de gobierno abierto, control de la transparencia, y rendición de cuentas, a la vez que se trata de fomentar en la gobernanza valores positivos como la transparencia, la ética, la flexibilidad y la eficacia. De esta forma, en el modelo de gobernanza que se propugna en la mayoría de los estudios sobre el tema, el papel que se le atribuye a la ciu-

dadanía es diferente, pues dejan de representar un papel pasivo receptor de prestaciones y servicios para la satisfacción de sus necesidades para ser sujetos de derechos y deberes. De esta manera, se produce un tránsito en su consideración de usuario-cliente que se propugnaba con anterioridad a la de ciudadano activo. Se trata de un ciudadano que tiene una dimensión individual propia pero también una dimensión social. En este sentido, la gobernanza se caracteriza, entre otros extremos, por la involucración de la ciudadanía para afrontar los retos sociales como ha destacado Pascual Esteve (2011), ya que una buena gobernanza necesita de una ciudadanía activa y comprometida con lo público, por lo que se precisa disponer de canales de participación en la toma de decisiones.

La idea, como puede ya deducirse, es transitar del concepto de atención ciudadana para sustituirlo por el de interacción con la ciudadanía. En suma, la transparencia y la participación ciudadana se han erigido en un aspecto prioritario y transversal. Se requiere de un modelo de Administración Pública capaz de generar redes y de escuchar, atender y compartir las demandas de la ciudadanía. Se da paso con ello a una nueva funcionalidad de la Administración, la cual al gestionar los intereses colectivos debe propiciar medidas que impliquen la colaboración de la ciudadanía, ya que la Administración no es dueña del interés público, sino que está llamada a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas; quiere esto decir que la ciudadanía no debe ser solo sujeto pasivo de las potestades públicas, sino que debe aspirar a ser legítima colaboradora y protagonista de la Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten.

Es necesario, en el sentido expuesto, generar nuevos mecanismos para la implicación de la sociedad civil en los asuntos públicos, como coformuladora y coproductora en las políticas sociales, e incluso cogestora de servicios públicos. Esta participación mejoraría, además, el nivel de información que tienen los responsables públicos en relación a las necesidades y las demandas de la ciudadanía. Ha de apostarse, se subraya por muchos, por nuevas políticas sociales con liderazgo de la acción social colectiva; innovación social que haga posible nuevos productos y servicios; nuevos procesos de creación de las políticas públicas, nuevas normas y reglamentos y nuevas formas organizativas.

De otro lado, y por subrayar otro elemento que adquirirá a buen seguro un papel relevante, en el ámbito de las Administraciones Públicas, las redes sociales que se empezaron a utilizar como herramientas que complementaban y ampliaban el abanico de posibilidades de comunicación han ampliado su radio acción como un instrumento para la ejecución de la política pública. De un objetivo primario de difundir y comunicar mejor, han pasado a formar parte de un sistema de múltiple funcionalidad: como herramienta de transparencia, de participación ciudadana en el ámbito del gobierno abierto o como instrumentos más efectivos de mejora de las relaciones con la ciudadanía activa.

Son hoy parte de un entramado que, en definitiva, y en la línea de lo ya expuesto reducen la distancia entre la ciudadanía y las Administraciones Públicas generando, como han puesto de relieve Graells y Ramilo (2013), una confianza social y política indispensable para avanzar social y económicamente.

## III. LA PLASMACIÓN DE UNA NUEVA GENERACIÓN DE PRINCIPIOS, VALORES Y DERECHOS: EL REFORZAMIENTO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA

Las necesidades que la sociedad percibe y la visión respecto de qué bienes son deseables y cuáles imprescindibles varían en el tiempo, y es por ello que el ordenamiento jurídico debe ser dinámico para adaptar su concepción de justicia a las exigencias de la sociedad y, acorde con ello, regular nuevas formas de hacer y proceder de los poderes públicos. Pues bien, en estos momentos nuestro ordenamiento jurídico está llamado a dar respuesta a la nueva sensibilidad social surgida durante la crisis económica que reclama una mayor ética pública y unos derechos de la ciudadanía a exigirla.

En momentos como los actuales, la ciudadanía exige derechos que hasta ahora, o creíamos salvaguardados por los poderes públicos, o, mucho más simple, no nos imaginábamos como actores de los mismos. Así ha sido históricamente con otros derechos como los derechos civiles, políticos o sociales y así ocurre en la actualidad con los derechos supraindividuales o colectivos.

Y es que desde los trabajos de Skinner (1978) y Petit (1997), en torno al denominado "republicanismo", parece preciso incorporar a la lógica de construcción de esta nueva sociedad que emerge la idea de que la democracia implica una afirmación de la ciudadanía tendente a buscar el equilibrio entre los derechos individuales y colectivos, entre el campo de lo público y lo privado, entre los valores republicanos, liberales y sociales.

Y ello implica, de forma necesaria, el reconocimiento de derechos de la ciudadanía que van más allá de los que hasta el momento habían sido reconocidos. Efectivamente, y como inclusive con anterioridad pusiera de manifiesto Marshall (1950), uno de los procesos sociales más significativos en la extensión del poder y el alcance de las actividades del Estado ha sido la ampliación de los derechos de ciudadanía. Por derechos de ciudadanía, a juicio de Marshall, han de entenderse aquellos derechos que acumula una persona simplemente por ser un ciudadano de la nación. Y de esta forma, el desarrollo de la ciudadanía supuso históricamente la afirmación progresiva de los derechos civiles, posteriormente de los derechos políticos y, a continuación, de los derechos sociales. Y aun cuando, ciertamente, los mismos no hayan alcanzado plenamente su efectividad, no es menos cierto que desde la mitad del pasado siglo se han alumbrado nuevos derechos, los también denominados derechos republicanos, que aún no han sido, al menos en todos los supuestos, refrendados legalmente y efectivamente ejercidos.

El concepto de ciudadano/a se ha ido desarrollando progresivamente en la medida en que los individuos adquirían derechos y extendían su participación a la creación de la ley. De esta forma, en la actualidad, se mantiene que ha aparecido un cuarto tipo de derechos, los derechos de la ciudadanía que se manifiestan en los más diversos campos: la protección del ambiente, el derecho a la ciudad, el derecho al patrimonio público, etc. que son derechos colectivos que protegen a la colectividad, cuya titularidad es compartida por la ciudadanía, y que muestran a los poderes públicos nuevas sendas de actuación.

Entre otros puede destacarse el derecho al patrimonio público como derecho supraindividual que se manifiesta en los derechos de la ciudadanía a defenderse de aquellos que intentar apropiarse, de manera individual, de los bienes que pertenecen o deben pertenecer a todos. Forma parte éste, según se expuso, de los denominados derechos republicanos que surgen con la universalización del proceso de democratización que exige a la ciudadanía un mayor interés por los asuntos públicos y que demandan un mayor control social del ejercicio del poder público.

Las agencias internacionales han puesto de relieve que la corrupción es un fenómeno erosivo de la credibilidad y la confianza en nuestras instituciones. Existe una cierta coincidencia en que malgastar los recursos públicos, aumenta la desigualdad económica y social, alimenta el descontento social, incrementa la polarización política y, entre una larga serie de cuestiones que podrían citarse, disminuye la confianza en la actuación de los poderes públicos. No es casualidad que se destaque este aspecto entre los puntos a ser tenidos en cuenta en un cambio de principios y valores respecto del actuar de la Administración.

Los riesgos en materia de integridad están presentes en las distintas interacciones entre el sector público y el sector privado, la sociedad civil y las personas físicas, en todas las fases del proceso político y del ciclo de elaboración de políticas públicas, por lo que esta interconexión exige de un enfoque integrador que abarque al conjunto de la sociedad a la hora de mejorar la integridad pública y reducir la corrupción dentro del sector público. Disponer de una adecuada infraestructura para la integridad resulta crucial para la gobernanza pública, salvaguardando el interés general y reforzando valores fundamentales como el compromiso con una democracia plural basada en el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos.

La ética en la conducta del cargo público y en el trabajo de los empleados y empleadas públicas, que ha de estar orientada al servicio público, conlleva compromisos de naturaleza personal, pero también de calidad institucional para lograr los fines de la organización y compromisos en relación con la ciudadanía.

En el campo de la ética institucional de carácter público, la pertenencia de un servidor público a una determinada institución le obliga no solo a cumplir con las normas jurídicas del propio ordenamiento, sino también a adecuar

sus conductas o comportamientos a un conjunto de valores y principios que son de necesario cumplimiento dada la posición que ocupa, las funciones que desarrolla y la imagen institucional que traslada esa persona en la estructura de cada entidad pública y sobre la propia ciudadanía.

## IV. NUEVAS ARQUITECTURAS ORGANIZACIONALES PÚBLICAS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Abordar una nueva concepción de la organización de la Administración que se adecúe mejor a las nuevas formas de trabajo requeridas por la utilización generalizada de los medios electrónicos, o a la creciente importancia que la participación ciudadana adquiere en el ciclo de las políticas públicas, o a la adopción de nuevos sistemas de gestión orientados a la consecución de resultados para la ciudadanía, adquiere en la actualidad una relevancia hasta ahora inusitada.

Factores como la globalización de los mercados, la difusión de la infotecnología y las incertidumbres inherentes a estos fenómenos han contribuido a que muchos autores señalen la obsolescencia de las formas organizativas tradicionales y la necesidad de cambiar las estructuras para adaptarlas al nuevo entorno. Las estructuras organizativas que han venido soportando el modelo actual deben adecuarse a las nuevas tareas que requieren la implantación del nuevo modelo de innovación y Administración electrónica que se hace cada día más presente. Impulsar la integración de servicios, descubrir las necesidades y preferencias de la ciudadanía e involucrar a la ciudadanía en el diseño de los servicios se señalan, entre otros puntos, como actuaciones a seguir.

Lo cierto, y en esto hay una cierta coincidencia, es que estas nuevas formas organizativas estarían enfocadas hacia el aprendizaje continuo, el desarrollo de las capacidades esenciales de la organización y la flexibilidad. En efecto, el eje común de las nuevas estructuras es la flexibilidad, lo que a priori denotaría un menor grado de formalización que las fórmulas tradicionales, así como la capacidad para gestionar información y conocimiento, particularmente procedentes del entorno, lo que viene ligado, como ya se ha apuntado, al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

De otro lado, el desarrollo de las nuevas tecnologías en los últimos treinta años, ha influido sustancialmente en cómo realizamos muchas de nuestras actividades diarias, en lo privado, pero también en nuestro puesto de trabajo. La Administración electrónica, como consecuencia de ello, bien puede afirmarse que no es en la actualidad una opción. Parece evidente, y legalmente ya resulta exigible, que los servicios electrónicos son irrenunciables en la actualidad y lo van a ser todavía más en el futuro próximo. Si como ha puesto de relieve la Fundación Telefónica (50 estrategias para 2050: el trabajo y la re-

volución digital en España, 2018) se reclama un papel ejemplarizante del sector público, con un uso intensivo de tecnología y aplicación de soluciones a los servicios y retos sociales (compra pública), promoción directa de *startups* tecnológicas y otras políticas de apoyo, el sector público, en su papel de empleador, deberá plantearse qué implica la digitalización en su forma de funcionar.

Y es que el mantenimiento y la evolución de los servicios electrónicos es ahora el mantenimiento y evolución de la propia actividad administrativa, que a buen seguro será esencialmente electrónica, y el reto es gestionarlos con la máxima eficiencia dado que el proceso de digitalización de los servicios públicos y la tramitación electrónica de los procedimientos permite también mejorarlos, simplificarlos, estandarizarlos, sistematizarlos y automatizarlos.

Por lo que se refiere al modo y forma de desarrollar el trabajo en la Administración de los próximos años, actualmente no sólo en el quehacer profesional precisamos el uso de herramientas informáticas diversas para realizar nuestras tareas, sino que incluso las actuales tecnologías de la información y la comunicación han permitido que quien trabaja pueda desarrollar su actividad fuera del centro de trabajo, lo que se ha dado en llamar trabajo «a distancia» o "teletrabajo", lo que implicará en el futuro nuevas fórmulas de organización del espacio y del tiempo.

De nuevo, y como acontecía en anteriores apartados, la denominada e-Administración va hoy mucho más allá de la mera gestión electrónica de trámites administrativos, y se asocia a la mejora de los servicios públicos y de la comunicación entre ciudadanía y gobernantes.

## V. UNA ADMINISTRACIÓN INNOVADORA QUE GESTIONA EL CONOCIMIENTO

La innovación actualmente es entendida, no solo como innovación tecnológica, sino también como la actitud de las personas que se irradia a la organización. Los cambios sociales, culturales y económicos inciden de forma determinante en los planteamientos de la Administración Pública, y como tales, exigen modificaciones estructurales y modificaciones en las prácticas y rutinas habituales, de las que no pueden aislarse los propios procedimientos, de liderazgo de equipos, de desarrollo normativo, de planificación, de gestión de conocimiento o de gobernanza. Innovar hoy supone tener capacidad para abordar con otros la complejidad de los problemas, y adaptarse cultural, social, laboral, profesional y personalmente al ritmo de los cambios y a las oportunidades que estos representan.

Ahora bien, las experiencias innovadoras han proporcionado a las organizaciones internacionales material para identificar algunos de los factores que dan forma a esta capacidad de innovación. Las personas innovadoras del sector público no innovan en un vacío, sino en un ambiente organizativo es-

tructurado. Algunos factores organizacionales pueden ayudar a impulsar la innovación mientras que otros pueden ir en su contra o entorpecerla. Pedir a los empleados públicos que innoven puede no producir resultados si el ambiente organizacional en sí no apoya a la innovación.

La innovación en las Administraciones Públicas puede hacerse desde diversas perspectivas. Por un lado, porque esa innovación puede hacerse en diferentes direcciones: fomentando la innovación en el interior de la organización, o hacia el exterior, en la relación con su entorno. Por otro lado, porque parece claro que esa innovación no es igual a la que se hace en el sector privado. De esta forma, se plantean básicamente dos estrategias de innovación: con los profesionales a través de grupos colaborativos, o con la ciudadanía desde la cocreación con ésta de las políticas públicas.

Asimismo, la gestión del conocimiento abarca, en un acercamiento conceptual comúnmente compartido, el conjunto de actividades realizadas con el fin de utilizar, compartir y desarrollar el conocimiento de una organización y de los individuos que en ella trabajan, encaminándolos a la mejor consecución de sus objetivos.

La gestión del conocimiento genera recursos para las organizaciones, el denominado capital intelectual, como elemento intangible y perdurable para una gestión eficiente y sostenible en el tiempo. Mediante la gestión del conocimiento las organizaciones favorecen que el individuo se desarrolle en su trabajo aportando ideas, y al mismo tiempo se evita la fuga de conocimiento cuando las personas abandonan la organización.

La gestión del conocimiento dentro de una organización depende de un gran número de factores tanto internos (perfil de los empleados flujos de trabajo, etc.) como externos (contexto cultural, mercado, etc.), que influyen directamente en el ecosistema tecnológico que sustenta dicha gestión de tal forma que cada ecosistema es único.

Los elementos principales que una organización madura debe poseer para alcanzar la dinámica y la capacidad de innovación que demanda una sociedad basada en el conocimiento y el aprendizaje se repiten en todos los casos que se analizan y son: red de conocimiento y un espacio físico y/o virtual; capacidad de crear procesos de generación, adquisición, discusión y utilización del conocimiento con objetivos de desarrollo claramente definidos; existencia de trabajadores del conocimiento que gestionan el sistema; lenguaje codificado para facilitar la circulación del conocimiento y la generación de nuevas categorías; capital intelectual definido y gestionado; y, por último, procesos de soporte de la gestión del conocimiento.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: CORRER MÁS RÁPIDO SI QUEREMOS MANTENERNOS EN EL MISMO LUGAR

Los cambios que acontecen en la sociedad actual, que se autodenomina como de la información y del conocimiento, está afectando, y más afectarán aún en el futuro, a un conjunto de sistemas relacionales y de funcionamiento de las sociedades occidentales. A nuestro sistema económico, pero también afectará progresivamente a la concepción tradicional del poder público y a sus formas de actuación. A su organización ciertamente, pero también ineludiblemente a los procedimientos de toma de decisiones y de consecución del interés general.

Si efectivamente, y como se reconoce con carácter general, nuestros países han sufrido importantes cambios en las últimas cuatro décadas, dichas transformaciones no se han traducido suficientemente en las formas de operar de nuestras instituciones públicas que no han experimentado similar transformación. Cambios necesarios para desempeñar una función de dirección estratégica respecto del ingente volumen de gasto y de gestión de los recursos que tienen las mismas. En definitiva, que sepan dar una respuesta, con todas las garantías de control y transparencia democráticas exigibles, a los problemas colectivos que acechan a la sociedad en su conjunto y ello hace preciso la introducción de nuevas claves y de nuevas herramientas y despojarnos de ciertos mitos y tabúes para afrontar la exigencia de resultados que una sociedad madura y desarrollada plantea a nuestras Administraciones públicas.

## BIBLIOGRAFÍA

GRAELLS, J. y RAMILO, M., *Ciudadanía y administraciones en red: la administración pública ante la nueva sociedad en red*. INAP y Netbiblio S., La Coruña, 2013.

MARSHALL, T.H., *The Crisis in Marxist Sociology*, Cambridge, 1950.

PASCUAL ESTEVE, J.M., *El papel de la ciudadanía en el auge y decadencia de las ciudades: el fin del gerencialismo o la recuperación de lo público y sus actores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

PETIT, P., REPUBLICANISM, Oxford, Oxford University Press, 1997.

RAMIÓ Matas, C. *La Administración 2050: La Administración Pública del Futuro en la Sociedad de la Innovación y del Aprendizaje*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

RAMIÓ C, y SALVADOR M., "Relevo intergeneracional y procesos selectivos: ¿cómo puede la Administración Pública captar talento joven?" IVAP, 2018.

SKINNER, Q., *The foundatión of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

SHMIDT-ASSMANN, E. "El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea", *Justicia Administrativa*, 2001.

UVALLE BERRONES, R., "Condiciones, procesos y tendencias de la administración pública contemporánea"*, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 16, núm. 49, enero-abril, pp. 73-102, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 2009.

# IV. ESTUDIOS SOBRE OTRAS ÁREAS DEL DERECHO

## ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA "CIUDAD ORDENADA" DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Luciano PAREJO ALFONSO*

La motivación del estudio de la ciudad hispanoamericana en tanto que obediente a un trazado cuadricular; el sentido político y no solo urbanístico del poblamiento de la América hispana.

El Estado y el Derecho venezolanos –su construcción y perfeccionamiento como Estado administrativo articulado, sobre el suelo de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, conforme a los principios democrático y de Estado de Derecho– han constituido y constituyen sin duda el núcleo de los intereses intelectuales de A. R. Brewer Carías, que los ha satisfecho en la doble dimensión científico-dogmática (como Profesor universitario y Abogado) y político-práctica (como Ministro en la fugaz Presidencia de Ramón J. Velásquez en la primera mitad del S. XX y miembro de la Asamblea Constituyente que elaboró el texto constitucional de 1999). La ocupación en, y preocupación por, las cuestiones constitucionales y de funcionamiento del Estado han pasado, además, a un primer plano como consecuencia del rumbo tomado por el régimen político venezolano, muy acusadamente ya bajo la Presidencia de Nicolás Maduro Moros.

Ocurre que la inquietud y curiosidad que caracterizan a A. R. Brewer desbordan con mucho el campo estrictamente jurídico, siendo el fruto de la dedicación a las que no encajan sin más en él igualmente abundoso y no menos sobresaliente. Así lo revela un simple repaso a su extensa producción bibliográfica. La sorpresa que esto puede suscitar se despeja inmediatamente si se tiene en cuenta que de A.R. Brewer Carías se puede decir (con paráfrasis

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

carente de todo ánimo comparativo alguno) lo que, según Rüdiger Safranski[1], dijo en una conferencia Martin Heidegger a propósito de Aristóteles: su vida se resume en un infatigable trabajar. Lo que conociendo a A.R. Brewer sí que sorprende con razón, pues tratándose de una persona de temperamento sereno y afable, capaz de disfrutar desde luego de la familia, los amigos y la vida en general, es inevitable interrogarse sobre su secreto para que ello no le haya impedido una producción científica fuera de lo común. La respuesta no es otra que la capacidad y la disciplina para un trabajo sistemático, esforzado y continuado.

Uno de los temas cuando menos en las márgenes de la corriente principal de los que han ocupado a A. R. Brewer es el del proceso de poblamiento o fundación de ciudades en la América hispana, de creación de la ciudad hispanoamericana. Hay desde luego conexión con la expuesta línea de trabajo central: la de la conveniencia de la descentralización de la estructura del Estado venezolano y, por tanto, la revitalización de su instancia territorial basal. En su etapa de Ministro, Brewer desplegó una política que perseguía justamente esa revitalización, de donde el interés por el origen y desarrollo en América del municipio (pues el trasplante de éste al nuevo mundo no es sino la otra cara de la fundación de ciudades y su importancia en aquél, y desde luego en Venezuela, es indudable (la declaración en 1811 de la independencia en el primer Congreso de Venezuela –en el que estaban representadas siete Provincias, las siete estrellas iniciales de la bandera nacional[2]– no puede desligarse del movimiento autonomista encabezado por el Cabildo de Caracas en 1810[3]). No puede olvidarse que la fundación de ciudades y, por tanto, de "repúblicas

---

1 R. Safranski, *Ein Meister aus Deutschland. Heidegger und seine Zeit*, Ed. Fischer, 2000, p. 15.

2 Las estrellas son en la actualidad ocho, al sumarse la Guayana, octava Provincia integrante del territorio que se independizó de España.

3 Como es bien sabido, este protagonismo de los Cabildos locales en los procesos de independencia se dio prácticamente en todos los territorios de la América hispana.

El Cabildo fue a todo lo largo del periodo colonial una institución con variadas e destacadas funciones: desde la prestación de los servicios básicos a la población (por virtud de la convivencia) y desde luego las obras públicas, hasta el control del mercado, la administración de justicia en primera instancia y el cobro de impuestos.

Conforme a las Ordenanzas ya de Felipe II de 1573, el régimen municipal, que estaba esta basado en el de los municipios españoles, dependía de la categoría de la población. Por eso se mandaba especificar primero el tipo de población que se va a fundar (ciudad –metropolitana o sufragánea-, villa o lugar), pues de ello dependen el número de miembros del concejo o cabildo y los nombramientos a efectuar. Los cargos eran electivos y duraban generalmente un año, celebrándose las elecciones en cabildos. Los llamados "Oficiales de oficio para la república" eran los que cobraban un salario público o de las arcas municipales.

urbanas" como a sí mismas se calificaban entonces en su relación con la Corona, tiene sin duda una lectura profunda en clave –diríamos hoy– constitucional, toda vez que en el nuevo mundo alcanzaron –dadas las distancias y las dificultades de comunicación– un alto grado de independencia y capacidad de decisión. En todo caso, esta desviación ésta (relativa, como queda dicho) del camino principal nos ha regalado, además de algunos artículos[4], dos versiones del libro *La ciudad ordenada*, una editada en España por el Instituto Pascual Madoz de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado a finales de la década de los años 90 y otra por la editorial Criteria en Caracas en la segunda mitad de la primera década del S. XXI. Libros éstos fruto de una detenida investigación (a la que se deben extraordinarias reproducciones de planos fundacionales) incluso en el Archivo General de Indias sito en Sevilla, creado por Carlos III en la segunda mitad del S. XVIII.

Las características sobresalientes de la acción pobladora española en América: ¿actos fundacionales conforme a un plan preestablecido en instrucciones de la metrópoli?.

La atención prestada a la acción pobladora española tras el descubrimiento de América, que se traducía en la fundación de ciudades en términos jurídicamente formales (por exigencia del Derecho del Reino de Castilla, aplicable en el nuevo mundo) y, en consecuencia, en la constitución de su expresión institucional: los correspondientes Cabildos, obedece sin duda a dos circunstancias, singulares por su dificultad en las condiciones propias de la época: la cantidad de fundaciones efectuadas en un limitado lapso de tiempo en tan extenso territorio y la obediencia en la generalidad de ellas a un plan rector (unas instrucciones) determinante de la homogeneidad de su morfología [5].

---

[4] A. R. Brewer Carías, "*La ciudad colonial hispana en América como patrimonio cultural de la humanidad: ensayo de un itinerario*", en J. R. Fernández Torres, J. Prieto de Pedro, JM. Trayter Jiménez (Coords.), *El Camino de Santiago y otros itinerarios*: *cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente: liber amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota*, 2014; y *Poblamiento y orden urbano en la conquista española de América*, trabajo aportado a las Jornadas Internacionales sobre Derecho urbanístico celebradas en la Universidad Santiago de Compostela los días 2 y 3 de julio de 1998.

[5] Como señala el propio A.R. Brewer-Carías en el trabajo aportado a las jornadas internacionales celebradas en Santiago de Compostela citadas en nota anterior: "En un lapso de dos siglos (XVI y XVII) en el Nuevo Mundo americano español se produjo la fundación del mayor número de ciudades jamás establecidas con un trazado regular, en toda la historia de la humanidad, en un espacio geográfico tan amplio y en un tiempo tan breve.

De las seis naciones europeas (España, Portugal, Francia, Inglaterra, Dinamarca y Holanda) que intervinieron en la colonización de América, sólo España fundó ciudades de acuerdo a un invariable plan regular y ordenado….".

Por lo que hace a lo cuantitativo, las cifras así lo corroboran en efecto, pues son más que elocuentes de la enorme dimensión del fenómeno: entre 1494/97 (la Isabela, Santo Tomás, La Vega, Santiago de los Caballeros, Santo Domingo y Bonao) y 1599 (San Gabriel de los Españoles y Macas), es decir, en el S. XVI se fundaron 700 ciudades. Y entre 1600 (Guasca, Zipaquirá, Soacha, Cáqueza, Barbacoas y Iscuandé) y 1699 (San Ysidro, Laguna, San Xavier del Bac, San Juan Bautista, San Javier, San Juan Bautistá Londó, Guamúchil, Jesús María, El Pao y San Juan Bautista), es decir, en el S. XVII, lo fueron 636.

La realización de los concretos actos fundacionales conforme a un plan preestablecido, es decir, siguiendo en todos los casos y desde el principio unas instrucciones impartidas al respecto, es decir, como algo controlado normativamente *ex ante* y desde el principio desde la metrópoli, es ya algo más dudoso. Pues las apuntadas instrucciones –las dictadas por Felipe II para el descubrimiento y la población en 1573– solo existen (se sistematizan) tres cuartos de Siglo de comenzado el proceso, sin perjuicio de la enorme influencia de Las Siete Partidas a pesar de las dificultades por las que hubo de atravesar hasta su entrada en vigor hacia mediados del S. XIV (permaneciendo, sin embargo, vigente, hasta prácticamente el S. XIX). Por eso el trazado de todas las ciudades conforme a un plano regular, ortogonal o cuadricular, con su plaza en el centro (y abierta al mar en los casos de ciudades costeras), se atribuye a la recepción de las ideas renacentistas (descubridoras la arquitectura urbana antigua), es decir, a las obras de Aristóteles, Vitruvio y Alberti (más, si acaso, el recuerdo histórico del *castrum* romano, como suelo feraz para la aludida recepción), y a su conversión en instrucciones de poblamiento por el Consejo Real de Indias, mas concretamente el Comité permanente creado ya en 1511 para atender los asuntos de las Indias; Comité que comenzó ya en 1513 a impartir instrucciones a los Adelantados. Esta interpretación de la razón de la morfología homogénea de las ciudades en los primeros decenios del proceso de poblamiento no requiere ser revisada, pero quizás sí complementada con la finalidad de proporcionar una visión más completa y ajustada de aquel proceso, siquiera en sus inicios. Pues como se señala, por ejemplo, en el reciente estudio de J. Díaz Ceballos[6], si bien la fundación de ciudades ha venido siendo interpretada como la labor puntual y casi solitaria de un jefe de expedición, siguiendo normas concretas de la Corona –a través de las capitulaciones individuales firmadas entre ésta y los respectivos capitanes o de instrucciones emitidas a tal efecto– y realizándola en un solo acto, lo cierto parece ser que no fue un hecho puntual (consumado con el levantamiento del correspondiente acta), sino una acción colectiva de construcción

[6] Díaz Ceballos, J. "Negociación, consenso y comunidad política en la fundación de ciudades en Castilla del Oro en el temprano siglo XVI", en *Investigaciones Históricas, época moderna y contemporánea*, 38 (2018), pp. 131-160.

DOI: https://doi.org/10.24197/ihemc.38.2018.131-160

de una comunidad, cuya clave no era otra que la participación efectiva de los miembros de dicha comunidad (pues la fundación debía conducir a la formación de la correspondiente pequeña "república urbana", calificativo que, como ya se ha dicho, se daban a sí mismas las ciudades en sus comunicaciones con la Corona.

Sobre este trasfondo no cabe excluir que la recepción del modelo urbano seguido en América no se haya producido más bien a través de las mas tempranas obras del catalán Fray Francesc de Eiximenis (cuya obra –incompleta- pertinente –los libros primero, tercero y duodécimo, especialmente este último, del Crestià– se escribe entre 1379 y 1392 y tuvieron gran predicamento y difusión) y de Rodrigo Sánchez Arévalo (cuya Suma de la Política es de 1455).

Siguiendo a A. Antelo Iglesias[7] parece claro que Eiximenis consideró, en la época de construcción de los Reinos, la ciudad-Estado como ámbito ideal de cultura superior, compatible con vastas construcciones políticas, presentando sus ideas analogía con las de Marsilio de Padua (lo que se explica por la común tradición urbana de los países mediterráneos). Es considerado justamente uno de los precursores del urbanismo solo luego va a establecerse a partir de la difusión del humanismo y la recuperación de Vitruvio y Alberti. En el libro duodécimo de La Cristiá esboza un modelo de ciudad bella, saludable y bien edificada en el que están presentes todos los elementos definitorios del trazado y la estructura destacados por A. R. Brewer. En efecto:

- Otorga importancia a los factores geográficos en la vida social. Pues, estando la alegría entre los fines de la comunidad, es de trascendencia el emplazamiento de la ciudad, siendo preferente el marítimo por razones comerciales y debiendo i) elegirse terreno llano para facilitar un ulterior ensanche natural, ii) cuidar de la salubridad de las aguas y aires, iii) no fundar sobre un río (por dificultar la defensa), y iv) orientar todo hacia el mediodía o el levante.

- La planta ha de ser cuadrada y protegida por una muralla. Esa planta se divide (de E. a O. y de N. a S) en cuatro distritos por dos amplias calles, colocándose i) una plaza en cada uno de los distritos; ii) el palacio del príncipe al costado y la catedral en el centro (dominando la plaza mayor); y iii) los barrios a su alrededor (según oficios).

- Caracteriza la vida en la ciudad por el cambio de residencia según las estaciones (en el campo durante el invierno, pero celebrando las fiestas en la ciudad; en la ciudad, sin embargo, durante el verano, con vuelta al campo para la recolección).

---

7 Antelo Iglesias, A. "La ciudad ideal según fray Francesc Eiximenis y Rodrigo Sánchez Arévalo", en *La ciudad hispánica siglos XIII al XVI*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1985.

Aunque se discute sobre las influencias que operaron en la obra de Eixemins (fue un personaje que probablemente tuvo acceso y leyó efectivamente las principales obras de su tiempo y desde luego los clásicos, comenzando evidentemente por Aristóteles, pero incluyen también por Vitruvio), lo cierto es que estuvo muy atento a la realidad en la que vivía y la que pudo observar en sus viajes por Europa. Téngase en cuenta que:

a) Conoció desde luego las Bastidas del Suroeste de Francia (la antigua Aquitania).

b) Tuvo a la vista desde luego las villas o ciudades surgidas en la península ibérica entre los siglos XII y XIII con planta precisamente ortogonal y contemporáneas a las del Midi (Castellón, Villareal), reconducibles también a un desarrollo del campamento militar.

Puede decirse, pues, que si Eiximenis fue un autor cronológicamente medieval, su obra anticipa ya las ideas renacentistas, pudiendo considerársele, así, un precursor de las mismas. Lo mismo puede decirse de Rodrigo Sánchez Arévalo, autor importante ya en el S. XV castellano[8]. En el libro I, "que fabla como deuen ser fundadas e edificadas las çibdades e villas", de su Suma de la Política (probablemente aparecida en 1455) acredita –como demuestran las citas que realiza– un conocimiento amplio de las fuentes coetáneas y clásicas, griegas y romanas y considera también la ciudad como ámbito superior de la vida social (dice, en efecto, "Asi que la çibdad fue constituyda e fundada porque los omes, uiuiendo juntamente en un lugar, conuersen e uiuan delectablemente"). En lo que importa enumera hasta 18 "consideraciones", de las que aquí interesa destacar, sintéticamente, las siguientes:

a) Al poblar una ciudad debe ante todo atenderse a la natural disposición de la región o provincia y, muy especialmente, "el sitio della", debiendo cuidarse si el sitio escogido tiene "conueniencia o propinquidad a sierras o montes o a otros lugares lagunos (¿) del mar" por la influencia que ello ejerce en la calidad natural de la ciudad (de la que depende la índole de sus habitantes).

b) Debe buscarse tierra que presente las apuntadas características según "la uirtud e figura del cielo e de los cuerpos celestiales", de modo que el sitio proporcione las condiciones precisas para "la sanedad de los cuerpos umanos", lo que guarda relación con la exigencia de que haya disposición de aguas sanas y abundantes (por lo que la ciudad debe abrirse al oriente y al septentrión). En todo caso, el emplazamiento debe situarse, a ser posible, ni muy lejos del mar (es preciso que cuente con posibilidades de acceso a uno o varios puertos) ni junto al mar (la condición costera o portuaria propicia la afluencia de extranjeros capaces de subvertir, con novedades, las costumbres establecidas).

---

[8] Las referencias al modelo urbano de este autor se toman igualmente de la obra citada en nota anterior.

c) La ciudad debe, además, poseer tierras de labor suficientes y una población acorde con la agricultura, el cultivo de los montes y la ganadería (es decir, de población que domine los oficios necesarios y útiles).

La evolución del urbanismo hispanoamericano y el español a partir de la segunda mitad del S. XIX.

Sea como fuere un dato mas que sobresaliente del modelo a que responde la ciudad hispanoamericana de raíz colonial, que había experimentado una segunda etapa en el S. XVIII (comparable a la de la iniciada en el S. XVI)[9], es su continuidad más allá incluso de la independencia de España, acreditando así, como ha señalado F. de Terán[10], la enorme inercia de la práctica urbanística colonial. A pesar de ello, la evolución, ya entrado el S. XIX, del urbanismo español a partir de la obra clave de I. Cerdá parece seguir un camino propio, paralelo al americano, según ha podido concluir el autor antes aludido, que señala que Cerdá –habiendo realizado elogios al modelo de ciudad hispanoamericana– eligió ciertamente, como base de su labor profesional y desde luego teórica, el trazado reticular, pero en unos términos que lo hacen susceptible de dar lugar a formas diferentes, de modo que ya no cabe hablar de una ciudad cuadricular como delo unitario.

En la época en que Cerdá elabora sus teorías de la construcción de las ciudades (1859-61) y general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona (1867) los modelos urbanos de referencia en Europa eran encuadrables en dos grandes grupos: i) el modelo estético derivado de la ciudad barroca, adoptado por el neoclasicismo (ejemplos: Washington o San Petersburgo); y ii) el modelo racional basado justamente en la retícula ortogonal que, generalizado en Europa, era utilizado desde luego en España (ejemplos: El Ferrol, Santander)[11] y en las

---

9 Felipe II, siguiendo el consejo de Juan de Herrera, fundó su Academia de Matemáticas y Arquitectura Civil y Militar en 1582. Los ingenieros salidos de esta Academia estaban dotados de amplias competencias, que les que les habilitaron para trabajas en terrenos tan diferentes en frentes como la fortificación, la agrimensura, las obras hidráulicas y la arquitectura. A principios del XVIII, fueron encuadrados en un Real Cuerpo, con competencias más definidas, entre las que estaba incluido el levantamiento de trazas de ciudades).

10 de Terán, F. "El urbanismo europeo en América y el uso de la cuadrícula. Cerdá y la ciudad cuadricular", *Rev. Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, XXXI (119-120), 1999, pp. 21 a 40.

11 De Terán, F. *op. cit*., dice al respecto textualmente que la tradición de utilización del modelo fue retomada por "… la Escuela de Ingenieros de Caminos fundada por Betancourt en 1808, cuya reapertura se había producido en 1834. Y algo más tarde, en 1853, esa tradición sería reconocida por la Junta Consultiva de Policía Urbana del Ministerio de Fomento, en su texto de Bases sobre alineaciones de calles, recomendando la formación de manzanas rectangulares de 300 a 500 pies en su lado mayor, y de 150 a 200 pies en el menor, de modo que se pudiesen ob-

fundaciones americanas posteriores a la independencia. Habiendo sido la de la de los ensanches proyectados por los Ingenieros la experiencia que tuvo mas a mano Cerdá, se entiende su inclinación por el modelo racional, pero introduciendo en su forma mas tradicional la variación consistente en la sustitución del módulo rectangular por el cuadrado y la asunción rígida de la homogeneidad de la cuadrícula. Sin embargo ni en las sucesivas formulaciones que hizo de la cuadrícula, ni en el resultado final obtenido, parece haber tenido la ciudad hispanoamericana una influencia decisiva. Según de nuevo F. de Terán es posible distinguir dos elementos, independientes entre sí, en el diseño de Cerdá: i) la organización del conjunto de las manzanas, entendidas como superficies cuadradas, delimitadas por las vías, cuyo destino es ser edificadas (el trazado geométrico es, así, el esqueleto, y la edificación su relleno, siendo determinante las formas de tal relleno); y ii) la evolución permisiva –en virtud del abandono del dogma de la edificación exenta (como había sido lo propio, al menos en sus inicios, de la ciudad hispanoamericana– del relleno de la manzana de diversas formas, aumentando la edificabilidad y haciendo aparecer, así, una manzana abierta por dos de sus lados, capaz de suprimir (gracias a las combinaciones posibles y los jardines) la monotonía del sistema de cuadrícula y dotada de un gran patio o espacio libre que la atraviesa por su mitad (separando las construcciones de un lado de las del opuesto). Es ésta una manzana de concepción original, que no responde a la tradición del modelo hispanoamericano. De lo que resulta que los urbanismos hispanoamericano y español ya asumen, desde sus inicios contemporáneos, una trayectoria que es paralela, pero no común.

tener por subdivisión, solares regulares, de fondo doble a la fachada, con previsión de patios y jardines".

# EL CONCEPTO DE MUNICIPIO EN ALLAN R. BREWER CARÍAS

Fortunato GONZÁLEZ CRUZ*

Cuando leo la obra del Dr. Allan R. Brewer-Carías con el ánimo de captar la naturaleza de sus ideas sobre el Municipio, o apelo al método weberiano para comprenderla, resulta claro de su adscripción a la corriente sociológica que afirma el Municipio es la forma de gobierno propio de las ciudades, a despecho de los estructuralistas. No es una creación del Derecho sino una manifestación que surge de la comunidad para administrar su vida y ordenarla en función de sus necesidades y aspiraciones Tampoco es un Poder como forma de dominación, sino una organización que participa de la naturaleza de la ciudad, como sus casas, sus espacios públicos, sus mercados y sus templos. Si existiese una ciudad sin Municipio es porque se le niega su propio gobierno, su libertad política que en Derecho Púbico es autonomía, un poder hacer del colectivo que la habita para decidir su propio desarrollo, para ejecutar su proyecto como obra colectiva, para atender libremente los asuntos que le son propios. La legislación constitucional lo integrará o no al Estado y al hacerlo como debe ser tendrá que tener cuidado de considerar esa particularidad más servicial que de jefatura, más horizontal que la visión jerárquica del Poder, a riesgo de desnaturalizarlo.

Para la existencia de un Municipio debe existir una población que vive de manera permanente en un territorio determinado, con un centro poblado y la posibilidad de disponer de recursos propios. Estos elementos no deben ser valorados en forma cuantitativa sino cualitativa, afirma nuestro homenajeado. Brewer-Carías (1984) lo define así:

> El Municipio es una realidad sociológica que deriva de la existencia de vínculos estables y permanentes de una población cualquiera. En realidad, lo que importa para calificar un Municipio es que sociológicamente permita configurarse en una unidad política primaria dentro de la organización territorial del país: puede tratarse de una comunidad pequeña, siempre que tenga vida y existencia propias y sea capaz de tener su propia autoridad local (p. 237).

---

* Abogado. Primer Alcalde de Mérida, Venezuela. Fundador y director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales CIEPROL.

Compartimos esa definición y agrego: "El Municipio es una institución política, un sistema de autogobierno urbano que atiende los asuntos propios de la vida local y una instancia de gestión de los servicios públicos." (González, Fortunato. 2019, p. 59) Ese centro urbano, ciudad en mi concepto independientemente de su número de habitantes, incorpora al gobierno su área de influencia.

La realidad que demanda su reconocimiento y calificación como Municipio es la existencia de un centro urbano, una comunidad cohesionada con sentido de pertenencia y con una identidad inconfundible porque tiene un caracterismo y un nombre propios. La ciudad es un lugar urbano, coherente, integrador, que tiene la cualidad de ejercer un liderazgo sobre un territorio que es influenciado por ella, tiene centralidad y ejerce una fuerza centrípeta, una atracción a quienes habitan el territorio cercano que acuden desde los suburbios, aldeas, caseríos y gente dispersa para satisfacer necesidades sociales y personales. El Municipio se encuentra en ese territorio con esa cabecera porque es una unidad política primaria al no identificarse otra con esas características por debajo de él. La centralidad se impone y le insufla como responsabilidad el ejercicio de su liderazgo político. Ese lugar es:

> "(…) íntimo y propio, es el sitio donde vives y satisfaces tus necesidades existenciales y espirituales. Ese lugar es donde eres, estás, haces y tienes. Es donde subsistes, amas, proteges, participas, recreas, educas, te identificas y ejerces tu libertad. Entonces no existe un espacio más importante que tu lugar." (González, Francisco. 2018, p. 60).

Como lo señala Allan R. Brewer Carías en su definición, es una comunidad que tiene vida y existencia propia porque allí viven personas, seres humanos. La consecuencia de este carácter tan particular es su diversidad. Como las personas humanas, no existen ciudades iguales. En lo político, la consecuencia es el reconocimiento a su diversidad. Como los derechos humanos que son iguales para todos y cada ser humano los goza en libertad de acuerdo con su personalidad; de la misma manera los habitantes de la ciudad tienen sus derechos e intereses colectivos o difusos iguales, pero cada comunidad los entiende y goza a su manera y en libertad, es decir, en forma autónoma.

Como la expresión política del gobierno de la ciudad es el Municipio, este tiene que ser autónomo. El Municipio se define como el sistema de gobierno autónomo de una ciudad. Es autónomo porque tiene las posibilidades de tomar decisiones sobre los asuntos propios de la vida local sin sujeción a otra autoridad política. La autonomía es política, porque sólo sus habitantes están habilitados para elegir a quienes van a ejercen el gobierno local y solo sus habitantes pueden ser elegidos para ocupar dichos cargos. Eso significa que el sistema electoral debe considerar el Municipio como una circunscripción electoral singular. La autonomía política comprende además la potestad de establecer las reglas jurídicas locales que aseguren la convivencia, la tranquilidad, el bienestar y la prosperidad de sus habitantes con arreglo a sus propios intereses tanto individuales como colectivos. Estas normas se denominan

ordenanzas y son leyes en sentido material y en sentido formal. El gobierno local es una responsabilidad de sus ciudadanos, por ello el órgano político que lo ejerce tiene que ser colectivo, un cuerpo pluripersonal que sanciona las ordenanzas y decide en última instancia sobre las materias que debe atender, los ingresos propios y en que se deben gastar, y sobre cualquier otro asunto de interés local. Este ente se denomina Concejo Municipal, Cabildo o Ayuntamiento, palabras equivalentes, aunque puedan significar pequeñas diferencias. En un Municipio bien organizado el Concejo debe asumir tanto el gobierno como la legislación y el control, si es pequeño puede también encargarse de la administración, pero lo recomendable es que la asuma un órgano unipersonal como el Alcalde, Intendente e incluso el Presidente del Concejo. No está demás está decir que al formar parte de una realidad provincial, regional, de un país, de un Estado y de una comunidad internacional cada vez más vinculada, la autonomía municipal se administra dentro de los principios de responsabilidad, cooperación, coordinación y solidaridad dentro del Derecho, que lo organiza todo.

La diversidad de las ciudades es un hecho indiscutible y el Derecho tiene, en consecuencia, que reconocer la pluralidad de regímenes municipales, distintas formas de establecer su organización política. Existe un modelo histórico y mundial de Municipio que admite su acomodo a las realidades locales y es esa una de las razones de su permanencia en el tiempo y también de su eficacia. El Concejo Municipal es el órgano insustituible porque sólo la representación de los vecinos elegidos democráticamente puede gobernarlo. No es una unidad administrativa sino representativa, de allí que los concejales deben ser personas con su modo de vida y sus ingresos personales, el servicio al Municipio debe ser ad honorem con una dieta que recompense en el tiempo de las sesiones el gasto en que puedan incurrir si es el caso. Luego puede haber otros órganos como Alcalde, Síndico, Secretario, Administrador y Cronista. No es lo mismo gobernar, a Caracas, a San Rafael de Mucuchíes, ni a Nueva York que son los lugares de Allan R. Brewer Carías. El ha estudiado la organización política de la capital de Venezuela como de los Municipios pequeños y sabe que tanto a Caracas como a San Rafael de Mucuchíes la legislación venezolana le han negado el gobierno autonómico, propio y racional que demanda. En la primera se ha establecido un caos y en la segunda se le niega su derecho al gobierno propio.

La diversidad municipal impone el reconocimiento de dos aspectos distintos en su organización: uno, respecto de su conformación territorial, de manera que cada Municipio reconozca su propia realidad y se estructure en comunidades urbanas y rurales otorgándole responsabilidades según sus demandas, necesidades, problemas y capacidades. Se pueden denominar comunas, comarcas, urbanizaciones, barrios, aldeas, caseríos, veredas o como lo indique cada realidad local. Un segundo aspecto es el de su estructura política interna y burocrática de Concejo, Alcalde, comisiones y demás formas de ejercer el gobierno; y la más simple o más compleja organización administrativa que deba establecer para cumplir con sus competencias, administrar con eficiencia y eficacia y prestar servicios de calidad.

Esa diversidad conduce a atender materias que son estándares mundiales, como la limpieza urbana y la recolección de desechos, y también asuntos particulares de determinados Municipios por su vocación como pueden ser ciertos servicios agrícolas, educativos, industriales, o turísticos, entre otros.

Otra de las condiciones para la existencia del Municipio es su permanencia en un lugar determinado, pues no les es natural a comunidades trashumantes, esporádicas ni temporales que tendrán otras formas de organización. La permanencia en un lugar desarrolla una relación entre sus habitantes que generalmente permanece en el tiempo. El paisaje natural y su propio quehacer cultural va generando un vínculo afectivo, sensual y cultural entre su población. Afectivo porque se ama y se añora, sensual porque permanece en la memoria cuando se ha captado por los sentidos de varias generaciones en sus paisajes, sonidos, texturas, olores y sabores; cultural porque la personalidad de cada uno de sus habitantes y la identidad comunitaria es producto en gran parte de un amasijo colectivo. La permanencia genera institucionalidad. Existen ciudades que van paulatinamente desapareciendo como consecuencia del éxodo de la población por razones de violencia, económicas o de otra índole y sin embargo mantienen su carácter. Existen pueblos abandonados cuyos habitantes regresan en vacaciones por la nostalgia de su lugar, por la búsqueda de la querencia y conservan sus menguadas instituciones hasta que desaparecen o renacen.

En cuanto a la capacidad para tener su propio gobierno depende mucho de los vínculos que se genera entre los habitantes de la ciudad, las relaciones entre ellos, la existencia de una división del trabajo por elemental que sea, familias que forman hogares, intercambios diversos que integran grupos de intereses sociales, económicos y culturales. Una comunidad con lengua común, costumbres propias, valores compartidos y sentido de responsabilidad para con ella. Esa comunidad es, además, política, primero porque es un compromiso común y luego porque la responsabilidad compartida impone una organización para establecer las normas de convivencia y atender los asuntos propios. Por esa necesidad de la relación social y comunitaria es tan importante la existencia de espacios públicos donde las personas se conozcan y compartan: calles, plazas y parques, mercado, escuela, templo, sitios para la cultura, servicios para el ocio, la recreación y el deporte. Hoy, cuando la ciudad y su Municipio alcanzan dimensiones gigantescas, megalópolis y metrópolis que confinan a sus habitantes en ambientes estrechos, es cuando más se requieren esos espacios abiertos y de calidad para el proceso de socialización. Entre estos espacios tiene que estar sede de su gobierno o la casa consistorial hermosa, abierta, amigable, que identifique y además sea un ícono que genere orgullo por su calidad estética. Este tema lo desarrolla Allan R. Brewer Carías en el que a mi juicio es su obra maestra: "La ciudad ordenada", por el enorme esfuerzo que demandó la investigación, por la calidad de su escritura, por la belleza de la edición y por sus significados. Tiene varias ediciones en las que amplía su trabajo.

La capacidad para tener gobierno propio y además de calidad depende de la calidad de sus relaciones políticas, de sus partidos políticos y de su sistema electoral, que Allan R. Brewer-Carías ha estudiado con profundidad y que desarrollo, siguiendo a Aristóteles, en el libro "Ciudad Política" aquí citado. De este libro extraigo unas notas sobre las relaciones de poder que vinculan a las personas por la preocupación que tienen por los asuntos públicos, el gobierno de la sociedad bien sea local, provincial o nacional. En este tipo de relaciones hay generalmente un trasfondo ideológico, es decir, ideas sobre cuáles son los objetivos comunes, cómo se puede organizar mejor la sociedad para lograr esos objetivos y que mecanismos son los más idóneos. Existen unos modelos establecidos por la experiencia y la reflexión que en general respetan los derechos humanos y garantizan el bienestar. También existen fundamentalismos que tratan de imponerse por la fuerza, o el populismo que se convierte en un virus que destruye la democracia y el Municipio no está exento de estas amenazas. La naturaleza de las relaciones de poder es política, es decir, une a las personas en torno a un ideario común que tiene que ver fundamentalmente sobre cómo se deben conducir los asuntos públicos. De hecho, las relaciones políticas unen y a la vez separan a las personas: las une la idea que comparten y las separa cuando la percepción es distinta. De allí surge la actitud e incluso la conducta de las personas frente a la política cuya expresión propia es el partido político y los grupos de opinión, que entran en competencia por lograr una mayor influencia en la conducción del colectivo, en particular desde la estructura de mayor importancia del poder: el Parlamento, bien sea local, provincial, nacional e incluso supranacional.

Otro asunto clave es que el Municipio debe atender sus gastos al menos los de administración y servicios básicos para que sea capaz de sostener su gobierno autónomo. En efecto, el Municipio debe tener capacidad para disponer de recursos propios suficientes. Este principio viene acompañado de la falsa idea de que cada Municipio debe generar los recursos que demanda la eficiente atención de los asuntos y servicios locales. No se trata de generar sino de disponer de ingresos propios, lo cual significa que además de eficiencia en la generación de recursos fiscales de acuerdo con las posibilidades o capacidades reales de la localidad, cuando los habitantes de la ciudad son de bajos recursos y poca o nula capacidad contributiva, debe haber transferencias de recursos fiscales nacionales y regionales que sirven además para corregir las diferencias territoriales generadas por la desigual distribución de la población, del territorio y de la riqueza. La enorme concentración de la riqueza en Venezuela, país petrolero y minero, determinó una economía dependiente de los ingresos de exportación todos nacionales, y de una debilidad estructural de sus ingresos fiscales. Esto ha determinado que pocos Municipios tengan una población que pague sus impuestos bien por la debilidad de sus economías o bien por la bajísima cultura contributiva. La gran mayoría de los Municipios dependen de las transferencias nacionales hasta para los gastos más elementales, como la nómina. Transparencia Venezuela elaboró un ranking que permite observar que en una muestra de 64 Municipios, 14 gozaban de

una autonomía tributaria de más del 70%; por debajo de ese porcentaje se ubican los otros 50 de la muestra, y 31 de la muestra están por debajo del Situado Constitucional y todas las transferencias nacionales. Es decir, un poco más del 70% de los Municipios venezolanos no tienen capacidad para generar recursos propios suficientes. Las razones son varias, unas nacionales ya señaladas, pero otras locales y destacan su negligencia en tener un buen catastro y una eficiente unidad tributaria que calcule y recaude, la pobreza de las economías de los potenciales contribuyentes y la casi inexistente tributación a las actividades económicas no urbanas. (Transparencia. Informe 2. Mayo 2014).

Lo sano, por supuesto, es que los habitantes sean contribuyentes y paguen los gatos de sus representantes, a su burocracia municipal y costeen y mantengan sus obras y servicios, lo que habría que alcanzarse, y esto es posible lograrlo cuando Venezuela, que vive una caída vertiginosa y monumental de sus ingresos petroleros, mineros y de endeudamientos externos, se vea obligada a impulsar un nuevo desarrollo sostenible, conforme a las metas fijadas por la ONU en ODS-30, basado en el trabajo productivo de sus habitantes. Mientras ello sucede se impone una organización municipal austera, eficiente y eficaz, que debiera ser normal en toda circunstancia, que cuente con planes, programas y proyectos de desarrollo social y económico, con financiamiento externo dirigido a estos planes y programas de desarrollo y no a sostener sus gastos corrientes; y el establecimiento de políticas dirigidas a su propio financiamiento mediante impuestos a la propiedad rural y urbana, a toda la actividad económica lucrativa y al autofinanciamiento de los servicios con tasas y precios reproductivos. Sólo con la generación de riqueza y de una cultura de responsabilidad contributiva se podrá tener capacidad de generar recursos propios y tener Municipios verdaderamente autónomos.

Allan R. Brewer-Carías tuvo un papel importante y destacado en el diseño del Municipio venezolano desde sus primeros pasos profesionales en 1964. Sus intervenciones respecto del régimen municipal venezolano ha tenido una gran coherencia desde aquellas primeras incursiones en este campo, que lo han convertido en un referente obligado en la doctrina municipalista, como del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo en Venezuela y en el ámbito internacional. Fue elegido por el pueblo venezolano como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente que redactó y sancionó la Constitución venezolana de 1999. Sólo destaco por razones de brevedad y con el objeto de sintetizar su largo camino en la defensa del Municipio lo siguiente:

> "Sin embargo, todavía está por diseñarse un Nuevo Municipalismo que supere el uniformismo legislativo actual, que hace inaplicable el esquema organizativo municipal, excesivamente burocratizado y diseñado para grandes aglomeraciones urbanas, a las pequeñas comunidades y centros poblados que están ávidas de participación y que no la encuentran. Con tal propósito, obligatoriamente, en el futuro, deben diseñarse diferentes regímenes municipales para la organización, gobierno y administración de los Municipios,

> atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes, que refleje la organización democrática diferenciada y responda a la naturaleza propia de la vida local. Ello estaba previsto en la Constitución de 1961 como una potestad del legislador (art. 27); ahora, en la Constitución de 1999, se ha establecido como una obligación impuesta constitucionalmente al legislador (art. 169), cuyo cumplimiento no puede eludirse (…). Lamentablemente, sin embargo, la incorporación al texto constitucional de la separación orgánica entre el Concejo Municipal y el Alcalde, ha constitucionalizado un ingrediente organizativo que, por su rigidez y uniformismo, podría impedir establecer la diferenciación de regímenes que se busca, sobre todo si se multiplica el número de Municipios en el ámbito rural y con territorios más pequeños." (Brewer Carías, 2001, p. 103)

Si bien las disposiciones constitucionales aparentemente abrieron en la Constitución de 1999 la posibilidad de establecer distintos regímenes municipales (Art. 169) le impone una gran rigidez cuando establece un régimen uniforme de separación de poderes, craso error en este nivel, de Alcalde con potestades de gobierno y administración, Concejo Municipal para legislar y control político, Secretaría, Sindicatura, Contraloría y Cronista. Esta rigidez se amplió mediante leyes que le imponen al Municipio cargas burocráticas adicionales y más tarde terminó por destruirlo.

Antes me referí a las amenazas de los totalitarismos y una consecuencia de uno de ellos ha sido la destrucción del Municipio venezolano. Estas reflexiones las amplía el maestro en su obra *El desmantelamiento de la Democracia y el Estado Totalitario*. Dice, después de un detallado análisis del Estado Comunal, lo siguiente:

> La estructuración paralela del Estado Comunal o del Poder Popular, con la creación de las Comunas, ha tenido un impacto fundamental en la Administración Municipal, con la creación, al margen de la Constitución, de las Comunas, que han sido concebidas en la Ley Orgánica del Poder Popular, precisamente para suplantar al Municipio constitucional, como la "célula fundamental" de dicho Estado Comunal … Ahora bien, en cuanto a calificar a las Comunas como "entidades locales," el Legislador olvidó que conforme a la Constitución (arts. 169, 173), esta expresión de "entidad local" sólo se puede aplicar a las "entidades políticas" del Estado en las cuales necesariamente tiene que haber gobiernos integrados por representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto (arts. 63, 169), ceñidos a los principios establecidos en el artículo 6 de la Constitución, es decir, que ser "siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables." (Brewer-Carías, 2017, pp. 640 y 641.)

Todos los avances alcanzados en la larga e histórica lucha por lograr Municipios fuertes, autónomos, capaces de asumir el liderazgo del desarrollo

de las ciudades y sus territorios, con los pequeños éxitos alcanzados por la lucha de los habitantes de las ciudades venezolanas, los logros constitucionales y legislativos, se acabaron en Venezuela con el montaje del Estado Comunal y totalitario. Ya no queda sino la doctrina de los especialistas entre los que destaca el pensamiento municipalista de nuestro homenajeado que será útil para la reconstrucción de la institución municipal. Cuando vuelva el tiempo de la democracia a Venezuela se abrirá una nueva oportunidad para establecer un buen gobierno municipal capaz de asegurarle a su población el bienestar y la prosperidad.

Estos tiempos trágicos son propicios para valorar al ciudadano y la importancia de su conducta cívica, de su capacidad para asumir su papel de resistir y subsistir en medio de la opresión e ir ganado palmo a palmo una salida. Es el tiempo de volver al encuentro con la persona humana y su dignidad, con los habitantes de la ciudad que son su valor más preciado que merecen que sus políticos asuman plenamente la responsabilidad del gobierno y de la administración de los asuntos comunes.

Es la población la que demanda de su dirigencia política, científica, social, económica y de cualquiera otra naturaleza la claridad, la sabiduría y la disposición para el diseño y gobierno de instituciones que permitan una vida tranquila y segura, libre y civilizada, con un gobierno local autónomo, lugarizado, sostenible, eficiente y eficaz, capaz de liderarlo con la seguridad y claridad que lo ha hecho en su largo camino intelectual el Dr. Allan R. Brewer-Carías.

## BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Estudios de Derecho Público. Tomo II*. (Labor en el Senado 1983). Ediciones del Senado de la República. Caracas, Venezuela 1984.

_____ "Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una Reforma Insuficiente y Regresiva)". En *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público*. Universidad Católica del Táchira Nº 7. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

_____ *El desmantelamiento de la Democracia y el Estado Totalitario*. Colección Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XV. Fundación de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2017.

_____ *La ciudad ordenada.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2017.

GONZÁLEZ, Fortunato. *Ciudad Política. El lugar de la democracia en un mundo globalizado. Un ensayo sobre la politeia aristotélica.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2019.

GONZÁLEZ, Francisco. *Desarrollo Humano Sostenible Lugarización*. Universidad Valle del Momboy. Valera, Venezuela 2018.

Transparencia Venezuela. Informe N° 2. *Ranking de ingresos propios municipales: Autonomía y capacidad tributaria. 2014.* www.transparencia venezuala.org.ve.

# ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA*

Luis COVA ARRIA**

A mi amigo Randy,

A quien conocí en mi juventud, cuando ambos éramos estudiantes de derecho de la Universidad Central de Venezuela. Él estaba en un curso inferior al mío, sin embargo, teníamos amigos en común, que nos llevó a tener una buena amistad. Recuerdo las veladas en la casa de sus padres, donde nos reuníamos para unas conversaciones de los temas relevantes del momento, fundamentalmente de la política de nuestra Venezuela de esos años 60 del pasado siglo, pues nos tocó ser testigos de la caída de Pérez Jiménez y del inicio de los cuarenta años de la era democrática, desafortunadamente truncados en esta tragedia a que hemos llegado con el mal llamado *socialismo del siglo XXI*. Siendo todavía estudiantes, trabajamos juntos como amanuenses en uno de los tribunales mercantiles de Caracas, cuyo Juez era nuestro común profesor, también administrativista, el recordado Gonzalo Pérez-Luciani. También nos acompañó como amanuense en ese tribunal, quien luego fuera su socio y miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACPS), el recordado, Alberto Baumeister Toledo. Ya graduados ambos de abogados, casados y con hijos, coincidimos como vecinos de la Urbanización Caurimare, época en la cual nuestras esposas, Beatriz y Moraima, se entendieron, para compartir el transporte de nuestros hijos al colegio donde estudiaban, el Instituto Educaciones Asociados, ubicado en El Peñón. Ya de esa época han transcurrido muchos años y, nuestros hijos ya son padres y nos han hecho abuelos. Randy, me ha demostrado su amistad de muchas maneras, pero nunca tendré palabras como agradecerle la postulación y apoyo para mi

---

* Artículo escrito para el libro homenaje al Dr. Allan Brewer-Carías.

** Abogado, magna cum laude (U.C.V). Doctor en Derecho (U.C.V). Master en Comparative Jurisprudence (New York University). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y Ex-presidente de la misma. Ex-Presidente Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Presidente del Comité que redactó la Ley de Comercio Marítimo venezolana, vigente desde el 2001.

ingreso a la ACPS. En los últimos años, su injusto exilio nos ha separado físicamente. Sin embargo, he seguido de cerca su brillante carrera de jurista y he disfrutado sus triunfos y éxitos, como si fuesen míos. Randy, no sólo ha sido un brillante jurista, sino también un destacado historiador y, para muestra de ello, son dos recientes trabajos, relativos a la vida de Francisco de Miranda: El primero, denominado, Francisco de Miranda y el fin de sus días en Cádiz por causa de la "*perfidia de uno y la infamia de otros"*, su discurso de incorporación como miembro correspondiente extranjero por Nueva York, a la Real Academia Hispano Americana de Ciencias, Artes y Letras de Cádiz, España; el segundo, su artículo, por publicarse en el libro que la ACPS ha acordado publicar, inmerecidamente, en mi honor, denominado "Thomas Paine y Francisco de Miranda: *El Common Sense y su influencia en Venezuela."* En ambos la dote de historiador de Randy es indiscutible. Pero sin duda, donde mi amigo Randy se ha destacado sobresalientemente es como un administrativista y, como prueba de ello, es lo que mi amigo maritimista, ya fallecido, quien fuera Presidente de la Academia de Derecho de Buenos Aires, Profesor Emérito de la Universidad del mismo nombre y miembro correspondiente por Argentina de la ACPS, el Profesor José Domingo Ray, me dijera y repitiera en sus muchos viajes a Caracas de que, en el Derecho Administrativo Iberoamericano habían dos épocas: Una, antes de Brewer-Carías, y, la otra, después de él.

## I. NOTA PRELIMINAR

Para una mejor comprensión, de estos comentarios sobre el procedimiento marítimo que se sigue por ante los tribunales de los Estados Unidos de América (EE.UU.), me permito aclarar lo siguiente:

1.1. Primero, en el derecho anglo-americano, el concepto de "*jurisdicción*", tiene diferente y muchos significados y, por ello, ha sido fuente de confusión y ambigüedad. La palabra es usada casi siempre con referencia al poder de un tribunal para conocer de un caso, aún cuando inclusive en tal contexto, tiene muchos significados: un sentido en el cual es usada en ese sistema es la llamada "*jurisdicción judicial*", que tiene que ver con el poder de una Corte de Justicia para actuar contra una persona o cosa en poder del demandado o de un tercero, contra la cual se le ha pedido a Corte que actúe.

El uso de la palabra en este sentido, indica si la Corte está ejerciendo la jurisdicción "*in personam*" o la jurisdicción "*in rem*". En el sistema anglosajón, se le llama "Jurisdicción Judicial", aquella que se ejerce sobre personas o cosas y cuya validez depende de la citación del demandado dentro del territorio jurisdiccional de la Corte o, fuera de ese territorio, si hay base para ello, conforme a las llamadas "*long-arm service statutes"*, leyes que permiten ello, si el demandado tiene una conexión con el Estado que justifique el ejercicio de la jurisdicción sobre el mismo.

La *"jurisdicción judicial*" sobre las cosas depende, igualmente, de la cosa específica que haya sido puesta bajo el control de la Corte para los propósitos del juicio de que se trata.

En todo caso, ese es uno de los sentidos en el cual la palabra jurisdicción es usada en el sistema anglosajón. También, es usada para referirse a lo que nosotros llamamos competencia sobre la materia ("*jurisdiction on the subject matter"*).

Otro sentido, en el cual se usa la palabra en ese sistema es la *"legislative jurisdition",* o, jurisdicción legislativa, la cual tiene que ver con el poder de un Estado, a través de sus órganos legislativos, para legislar promulgando reglas generales y abstractas de conducta. Es la autoridad de un Estado para hacer y hacer cumplir las leyes.

Sin embargo, para este artículo nos referiremos a la "*judicial jurisdiction*" (jurisdicción judicial) que, con notables diferencias, coincide con lo que nosotros llamamos competencia por el territorio, es decir, el poder de un tribunal o corte de justicia para conocer de un asunto contra una persona o una cosa determinada localizada dentro o fuera de su jurisdicción territorial.

En este contexto, es que aparece la doctrina del "*forum non conveniens*", por la cual una Corte aun teniendo la debida "competencia" o la "jurisdicción" suficiente para conocer de un juicio en contra de una persona determinada o sobre una cosa específica, sin embargo, puede discrecionalmente declinar tal competencia o jurisdicción. Es decir, nos es otra cosa, que un recuro, meramente discrecional, que permite al tribunal, como se ha dicho, declinar su jurisdicción o competencia, aunque por su ley aplicable la tenga.[1]

1.2. Segundo, para algunas citas bibliográficas y jurisprudenciales, he usado la guía del Libro Azul, una forma uniforme de citación compilado en los EE.UU., llamado así por el color de su carátula (*The Bluebook: A Uniform System of Citation*). El *Bluebook* ha sido compilado por la *Harvard Law Review Association*, la *Columbia Law Review*, la *University of Pennsylvania Law Review* y el *Yale Law Journal*. El propósito de este sistema es la fácil identificación de la fuente citada para el lector. El sistema, opera de la manera siguiente: Para la cita del autor de un libro con varios tomos, se indica, primero, el tomo, luego el nombre del autor o del repertorio jurisprudencial abreviado, luego, se indica la página de ese tomo y, por último, entre paréntesis, la fecha de la edición de la obra doctrinaria o de las sentencias o artículos de revista de derecho de que se trata. Así, por ejemplo, si quiero refe-

[1] Véase Cova Arria, Luis. "La Doctrina del Forum Non Conveniens y las Bases de la Jurisdicción en Venezuela", Estudio Comparado especialmente referido a asuntos marítimos. En *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, p. 57 y 58, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1957.

rirme al libro de derecho de la navegación del Dr. José Domingo Ray, publicado, editado en 1992, que consta de tres tomos, en la primera la cita que hagamos del mismo, indicaremos íntegramente la obra a la cual nos estamos refiriendo, pero en las próximas citas del texto se indicará solamente, en primer término, el volumen al cual nos referimos, luego el nombre del autor abreviado, después la página de ese volumen, y finalmente, entre paréntesis, la fecha de la edición. Si es una cita que está en la página 148 del primer volumen, diremos así: I Ray 148 (1992).

En lo que respecta a las citas de sentencias de los tribunales estadounidenses, se usa igualmente, el mismo método de citación y, así, se indica, en primer término, el número del tomo del repertorio de jurisprudencia de que se trate, luego las siglas del repertorio mismo, conforme a las mismas reglas del "*Blue Book*", después la página donde se encuentra la cita mencionada y, finalmente, entre paréntesis el año de la sentencia.

La Corte Suprema de los EE. UU., usa su propio estilo de citas único en sus opiniones. En los EE.UU., dada la importancia que tiene el precedente jurisprudencial como fuente de derecho, hay tanto una recopilación oficial, como recopilaciones privadas. Por ello, los abogados litigantes, en sus escritos y, los jueces, en sus decisiones, citan tanto el repertorio oficial, como el privado. Por ejemplo, "*The China, 74 US 53 (1868)*", significa que se trata de una decisión sobre la nave "*The China*", que se encuentra en el tomo 74 del Repertorio de la Corte Suprema de Justicia, en la página 53 de dicho tomo, dictada en 1868.[2]

En fin, para este artículo, hemos utilizado esta forma de citación, dado que se harán referencias a la doctrina y jurisprudencia de los EE.UU., al comentar el procedimiento por el cual se rigen los asuntos marítimos que se ventilan ante los tribunales de los EE.UU.; y,

1.3. Tercero, en este artículo, solo comentaremos el procedimiento marítimo ante los tribunales federales de los EE.UU. Por lo tanto, sólo tangencialmente, mencionaremos nuestro procedimiento marítimo, contenido en la Ley de Procedimiento Marítimo (LPM). El lector que tenga en interés en el mismo tiene –aparte de la Ley misma– varios artículos donde puede informarse acerca del mismo.

Solo a título meramente informativo y, con riesgo a omitir involuntariamente alguno, recomiendo los siguientes:

- Bernardo Bentata, "Avances Jurisprudenciales sobre el Procedimiento Marítimo".[3]

---

2 Cova Arria, *ob. cit*., p. 58-59.

3 En Libro "*Conmemorativo X Años de Legislación Acuática Venezolana*", Legis, Caracas, 2011, pp. 129-151.

- Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, "Sistema del Procedimiento Marítimo. Consideraciones sobre el Procedimiento Marítimo Ordinario".[4]

- Francisco Antonio Villaroel Rodríguez, "Jurisdicción Marítima Venezolana, competencia marítima, procedimientos marítimos"[5]; y, sus notas pronunciadas en el foro virtual del jueves 02-07-2020.[6]

- Mariolga Quintero "El Proceso Marítimo y la Tutela Efectiva."[7]

- Carlos Matheus G., "Régimen Probatorio en el Procedimiento Marítimo."[8]

- Salvador Benaim A., "La valoración de las pruebas por la regla de la Sana crítica en el procedimiento marítimo."[9]

- Alberto Baumeister Toledo, "Traslado de Pruebas en el Derecho Procesal Marítimo Venezolano."[10]

- Aurelio Fernández-Concheso, "Consideraciones sobre el Procedimiento Marítimo Venezolano".[11]

- Eugenio Hernández-Bretón, "Los Asuntos del Mar y la jurisdicción de los Tribunales Venezolanos".[12]

---

4 En Libro "*Análisis de 10 Años de Vigencia de las Leyes Marítimas Venezolanas*", ACPS, Colección Eventos # 28, Caracas, 2012, pp. 171-212.

5 En Libro *Análisis de 10 Años de Vigencia de las Leyes Marítimas Venezolanas*, ACPS, Colección Eventos # 28, Caracas, 2012, p. 141-170.

6 El 2 de julio de 2020, se celebró un foro virtual sobre el "*Discovery*", patrocinado por la Especialización de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la UCV, la ACPS, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM) y la Facultad de Derecho de la UCAB, en la cual se dio repuesta a la pregunta ¿El "*Discovery*" del "*common law"*, como procedimiento previo al juicio está previsto en la Ley de Procedimiento Marítimos (LPM) de Venezuela? Las ponencias escritas de dicho foro serán publicadas en el Boletín Julio-Diciembre 2020, de la ACPS.

7 En Libro *Análisis de 10 Años de Vigencia de las Leyes Marítimas Venezolanas*, ACPS, Colección Eventos # 28, Caracas, 2012, p. 213-252.

8 En Libro *Análisis de 10 Años de Vigencia de las Leyes Marítimas Venezolanas*, ACPS, Colección Eventos # 28, Caracas, 2012, p. 253-293.

9 En Libro *Análisis de 10 Años de Vigencia de las Leyes Marítimas Venezolanas*, ACPS, Colección Eventos # 28, Caracas, 2012, p. 343-348.

10 En Libro *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*, ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 11-33.

11 En Libro *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*, ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 131-144.

12 En Libro *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*, ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 145-169.

- Carlos Lepervanche M. y Manuel Lozada G., "La Trabazón de la Litis en el Procedimiento Marítimo Venezolano".[13]

- Gustavo A. Omaña P., "El forum non conveniens en los casos de abordaje marítimo de acuerdo con la legislación venezolana".[14]

- Iván Dario Sabatino Pizzolante, "La Jurisdicción Acuática"[15]

- Salvador R. Yannuzzi R., "Régimen de pruebas en el procedimiento marítimo venezolano".[16]; y, finalmente,

- El libro publicado por nuestra ACPS, con motivo de las Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo, en el cual se encontrarán otros trabajos, no propiamente de procedimiento marítimo, pero relacionados con el tema, de los autores María Grazia Blanco, Jesús Eduardo Cabrera Romero, Francisco Antonio Carrillo Rivero, José Hetcht, Henrique Irribarren Monteverde, M. Rafael Reyero Álvarez, y, quien escribe este artículo. [17]

## II. EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO ANTE LOS TRIBUNALES DEL ALMIRANTAZGO DE LOS EE.UU.

El tema que voy a tratar en este artículo, son unos brochazos del procedimiento marítimo, tal como rige en la actualidad en los tribunales federales de los EE.UU.[18] El Profesor Dr. José Domingo Ray, quien fuera miembro correspondiente por Argentina de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en su libro sobre derecho de la navegación, hace una amplia referencia del procedimiento marítimo estadounidense.[19]

Los orígenes de la jurisdicción de almirantazgo, se remontan a la oficina del señor Almirante Mayor de Inglaterra, una oficina cuasi-militar, la cual ya en 1360 se le había asignado jurisdicción para atender asuntos marítimos,

---

13 En Libro *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*, ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 225-245.

14 En Libro "*Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*", ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 269-285.

15 En Libro "*Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*", ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 305-316.

16 En Libro "*Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*", ACPS, Colección Eventos # 32, Caracas, 2015, p. 317-363.

17 Libro citado en las notas anteriores.

18 Véase el artículo que trata el tema, denominado "*El Procedimiento Marítimo*", de los abogados Charles G. De Leo y Euyelit Adriana Moreno Paredes, en libro "*Conmemorativo X Años de Legislación Acuática Venezolana*", Legis, Caracas, 2011, p. 292-311.

19 Domingo Ray, José. "Derecho de la Navegación", T. I, p. 148-151, Buenos Aires, 1992,

considerándose, ese año, como el de la fundación del Tribunal del Almirantazgo Inglés.[20]

Al Almirante Mayor, se le otorgó la facultad de nombrar un vicealmirante, como "*deputy*", o, sea como su sustituto, y, con la práctica, se le concedió la competencia para ventilar las controversias marítimas de naturaleza civil.[21]

A los fines de evitar roces con los jueces del "*common law*", por los poderes que habían recibido el Almirante y su *"deputy"*, se hizo un uso elegir como vicealmirante (*"deputy*) a una persona especializada en el derecho civil francés, también llamado "*derecho continental medioeval"*, más que en el derecho común inglés (*common law)*. Por ello, los procedimientos ante los tribunales del almirantazgo eran más parecidos a un juicio ante un tribunal del medioevo de los países continentales europeos que los procedimientos ventilados ante un tribunal inglés del "*common law"*.

Cuando Inglaterra, fundó las colonias británicas de norte américa, se crearon en cada una de ellas tribunales del vicealmirantazgo. Tal como se hacía en Inglaterra, estos tribunales, tenían competencia sobre asuntos marítimos, concurrentemente con la que tenían los tribunales coloniales del "*common law"*, con la diferencia que tenían mayor rango jurisdiccional que la que tenían los tribunales del almirantazgo en la metrópoli, es decir en Inglaterra.[22]

Sin embargo, hay que mencionar que el reclamante en un asunto marítimo podía intentar su acción ante un tribunal del "*common law"* de la colonia que se tratase, en lugar de uno del almirantazgo, haciendo uso de una de las acciones que por esa vía le estaba permitido ejercer. En ese caso, tenía derecho a un *trial by jury* (juicio por jurado). Pero ese reclamante, también podía elegir un tribunal del vicealmirantazgo, caso en el cual no había un juicio con jurado.[23]

Los tribunales del *common law*, no tenían facultad o posibilidad de ventilar procedimiento *"in rem"* (directamente contra la cosa); sólo tenían juris-

---

20 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo". Conferencia dictada en la Cátedra de Derecho de la Navegación de la Universidad de Buenos Aires y publicada por el Instituto de derecho de la navegación de la facultad de derecho y ciencias sociales de la misma Universidad. Publicadas por el Consejo Nacional de la Marina Mercante de la República Argentina, en 1973, p. 8.

21 Véase, Healy, Nicholas J. y Sharpe, David J. "Admiralty, Cases and Material", Second edition, West Publishing Company, 1986, p. 3.

22 Véase, Healy, Nicholas J. y Sharpe, David J. "Admiralty, Cases and Material", Second edition, West Publishing Company, 1986, p. 4.

23 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", obra citada, p. 7.

dicción en pleitos contra personas, naturales o jurídicas. Por su parte, los tribunales del vicealmirantazgo, sólo tenían jurisdicción para ventilar procedimientos *"in rem"*, si la parte damnificada alegaba un *"lien marítimo"* sobre una propiedad marítima, por ejemplo, un buque, carga o flete. En ese caso podía pedir el ejecutar su *"lien"*, presentando un *"libel in rem"*, contra la propiedad, ante un tribunal del vicealmirantazgo y, logrando así que el *"marshal"* (oficial de justicia) embargara el buque o tomara bajo su custodia el cargamento o flete, contra la cual se ejecutaba el *"lien"*, hasta que se decidiera la controversia o, hasta que se liberara la propiedad mediante el otorgamiento de una garantía.[24]

Estos procedimientos marítimos, se caracterizan por la existencia de procedimientos *in rem* sobre la cosa, sea el buque, sea la carga o el flete[25].

Un *"lien"* marítimo, conforme al derecho marítimo estadounidense es una forma de propiedad sobre una nave, cargamento o flete. Es algo similar a la hipoteca del derecho civil más que con cualquier otro concepto del *common law* inglés. En el caso de una nave, es una especie de prenda sin posesión y sigue la propiedad de la nave, aunque se encuentre en las manos de un comprador de buena fe.

Por otra parte, según el derecho marítimo estadounidense, hay una especie de personificación de la nave, es decir, se le considera una especie de persona jurídica, siendo la nave responsable por obligaciones contractuales de las que se ha beneficiado y por los hechos ilícitos por los cuales responde, es decir de los cometidos por quienes están legítimamente a bordo.[26]

Ahora bien, con la aprobación de la Constitución de los EE.UU., en 1789, los estados de la Unión cedieron al gobierno federal su jurisdicción civil que tenían en los tribunales del vicealmirantazgo. En efecto, en el artículo 3º, sección 2, de dicha Constitución, se introdujo la llamada *"cláusula del almirantazgo",* por la cual se prevé en parte que el poder judicial se extenderá a todas las causas de almirantazgo y de jurisdicción marítima[27].

Adicionalmente, la Constitución americana le confirió al poder legislativo, es decir al Congreso estadounidense, mediante la llamada cláusula "necesaria y apropiada" ("*necessary and proper clause*"), el poder de "*hacer todas las leyes que sean necesarias y convenientes para poner en ejecución los po-*

---

24 *Carl Ubblelorde, "The Vice-Admiralty Courts and the American Revolution" (Published by the Omohundro Institute of Early American History and Culture and the University of North Carolina Press), 1 diciembre 2012, p. 3-12; 18-20.*

25 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo". *Ob. Cit.*, p. 7.

26 Ver el caso del buque *"The China"*, Supreme Court of the United States, 1869,74 US 53. En Nicholas J. Healy y David J. Sharpe, ya citado, p. 191-195.

27 Nicholas J. Healy y David J. Sharpe, ya citado, página 6.

*deres procedentes y todos los otros poderes otorgados por esta Constitución al gobierno de los Estados Unidos o a cualquier Ministerio u oficina del mismo*". Al respecto, la Corte Suprema de los EE.UU., ha interpretado liberalmente esta disposición de la Constitución estadounidense, razonando que al otorgar jurisdicción de almirantazgo a los las leyes necesarias y convenientes de los otros poderes otorgados por la Constitución al gobierno federal, se le concedieron al Congreso el poder supremo de legislar en el campo marítimo.[28] La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha interpretado que estas normas de la Constitución dan al Congreso el derecho de decidir dentro de qué límites debe hacerse exclusiva la jurisdicción de almirantazgo en los tribunales.[29]

Inmediatamente después de la adopción de la Constitución, el Congreso de los EE.UU., promulgó la Ley Judicial de 1789, la cual le confirió a los tribunales de los distritos federales competencia exclusiva y original en todos los casos civiles de jurisdicción marítima y de almirantazgo, pero reservando en todos los casos al demandante el derecho a un recurso de *common law* cuando correspondiera.[30] En consecuencia, los tribunales federales de primera instancia, conocidos como tribunales de distrito, fueron creación posterior a la ratificación de esa Constitución Federal de 1789[31].

El Congreso, reservó para los actores en juicios marítimos, el derecho que tenían en la época colonial. Si el actor elegía optar por un recurso del *common law,* por ejemplo, el cobro de una suma de dinero contra una persona natural, o una jurídica, en un juicio *in personam*, el demandante podía intentar su acción ante un tribunal del *common law.* Generalmente, este será un tribunal estatal, salvo que el demandante sea ciudadano de un estado y el demandado de otro y la demanda excede –en su cuantía en dólares estadounidenses– al límite establecido por la ley, el demandante, tiene la opción para intentar la demanda civil ante un tribunal federal, no porque la demanda sea marítima, sino debido a la "diferente ciudadanía" (*"diversity citizenship"*).[32]

---

28 Ver el caso del buque *"The Thomas Barlum"*, Supreme Court of the United States, 1934, 293 US 21. En Nicholas J. Healy y David J. Sharpe, ya citado, páginas 221 a 225. Esta cláusula es conocida como la *"de los poderes implícitos."*

29 Ver el caso del buque *"The Moses Taylor"*, Supreme Court of the United States, 1866,71 US 411. En Nicholas J. Healy y David J. Sharpe, ya citado, páginas 66,77,80,81,455,734.

30 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", arriba citado, p. 13.

31 De Leo y Moreno, *ob. cit*., p. 293.

32 28 US Code $ 1332. Título 28 (*Judiciary and Judicial Procedure*), de las leyes federales de los EE.UU., el cual rige el sistema judicial federal de ese país. Está dividido en seis partes: Parte I: Organización de los tribunales (*Organization of Courts*); Parte II, Departamento de Justicia (*Department of Justice*); Parte III Directivos y Empleados (*Court Officers and Employees*); Parte IV: Jurisdicción y

Cuando se invoca la jurisdicción por *"diversity citizenship"* rige el procedimiento civil ordinario y hay derecho a un juicio con jurado. Pero, si el demandante desea un juicio marítimo, de almirantazgo, tal como una acción *in rem* contra una nave, puede hacerlo invocando la jurisdicción del almirantazgo del tribunal federal. Es de hacer notar que los tribunales estatales no tienen competencia para admitir acciones marítimas, o, de almirantazgo.[33]

La facultad dada a los tribunales federales de EE.UU., para ventilar los casos marítimos del almirantazgo, no abarca los asuntos penales, por delitos criminales ocurridos dentro de las aguas jurisdiccionales de los estados, los cuales han quedado bajo la jurisdicción de sus tribunales. Es decir, los estados de la Unión americana se han quedado con el poder de legislar, en lo relativo a delitos cometidos dentro de las aguas territoriales de esos estados.[34]

Ante estos tribunales federales, pueden acudir las partes interesadas para ejecutar hipotecas marítimas, así como un privilegio marítimo (*maritime lien*) sobre una nave, una carga o un flete. Conforme al derecho marítimo de los EE.UU., una hipoteca sobre una nave de bandera estadounidense, caso de que esté registrada por el administrador de la aduana del puerto de su registro, tal como lo es requerido por la Ley de Hipotecas Preferidas sobre Naves (*Prefered Ship Mortgage Act*), constituye un privilegio marítimo (*maritime lien*), ejecutable por una acción de almirantazgo *in rem.* Según esa ley, la hipoteca marítima, nace y se convierte en un privilegio marítimo (*maritime lien*) sobre la nave, a partir del momento de su inscripción en el Registro del Administrador de la aduana de su puerto de registro. Es el único privilegio marítimo (*maritime lien*) que requiere ser registrado. Los privilegios marítimos (*maritime liens*), de acuerdo con el derecho marítimo estadounidenses son los derechos por salvamento, las contribuciones por avería gruesa, las acciones derivadas de hechos ilícitos marítimos, como abordajes, daños culpables a los pasajeros y cosas por incumplimiento de contratos marítimos.[35]

En estos tribunales federales, en materia del procedimiento marítimo, al "*complaint*", se le conocía como "*libel*" o libelo, al demandante en vez de "*plaintiff*" se le llamaba "*libelant*" y al demandado, en vez de "*defendant*", se le conocía como "*respondant*". A los abogados dentro del foro se les llamaba "proctors", a diferencia de "attorneys", refiriéndose estos últimos a aquellos

---

competencia (*Jurisdiction and Venue*); Parte V: Procedimiento (*Procedure*); y, Part VI: Procedimiento Espaciales (*Particular Proceedings*).

33 28 US Code $ 1333, citado en la nota 14. Ver, Grant Gilmore and Charles L. Black, Jr., *The Law of Admirality*, The Fundation Press, Brooklyn, 1957, p. 35. Ver el caso del buque *"The Moses Taylor"*, arriba citado, en nota 12.

34 Véase, Nicholas J. Healy, "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", obra citada, p. 13.

35 Nicholas Healy, J. y Sharpe, David. "Admiralty, Cases and Material", *ob. cit*., p. 215-228.

abogados que ejercían en el foro común. Todas estas diferencias se mantuvieron hasta la unificación de las reglas de almirantazgo, como veremos más adelante, y las reglas civiles en el año 1966. Desde el año 1966, todo litigante que desea invocar la jurisdicción marítima, lo debe declarar expresamente al momento de introducir la demanda. Si no la invoca en ese momento[36].

## III. LA DOCTRINA DEL "*FÓRUM NON CONVENIENS*"

Los tribunales federales, tienen jurisdicción en los asuntos marítimos civiles originados por hechos ocurridos en los espacios acuáticos aptos para la navegación interestatal o internacional, entendiéndose que cubre no sólo las aguas territoriales de los EE.UU., sino también la alta mar y, aún las aguas territoriales de otros países, si forman parte de una ruta internacional, esto es, si se conectan con la alta mar o con aguas navegables de otros países.

Esta amplia jurisdicción que tienen los tribunales federales de EE.UU., de oír casos marítimos civiles nacidos de hechos ocurridos, no solo en sus propias aguas territoriales, sino en las de otros países, ha dado origen a la llamada teoría del "*forum non conveniens*", a la cual ya me he referido y por la cual, en aquellos casos en que todas las partes de la controversia son extranjeros, el tribunal puede a su discreción, declinar su jurisdicción sobre la base de *forum no convenies* (tribunal no conveniente). Salvo circunstancias excepcionales, el tribunal discrecionalmente puede rehusar ventilar el asunto en un caso en que las partes interesadas son ciudadanos del mismo país. Si fueren ciudadanos de distintos países, y, por lo tanto, no tuvieren un foro común para ventilar sus diferencias, el tribunal usualmente ejercerá su jurisdicción a menos que haya circunstancias extraordinarias que se opongan a ello.[37]

## IV. LAS REGLAS FEDERALES DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y LAS COMPLEMENTARIAS

Las actuales Reglas Federales de Procedimiento Civil de los EE. UU., están vigentes desde el 1 de diciembre de 2018 y, tienen como propósito regular los procedimientos civiles en los tribunales de distrito de los Estados Unidos. Su fin es asegurar una decisión justa, rápida y económica de cada proceso. Las reglas se promulgaron por primera vez por decisión de la Corte Suprema de los EE.UU., del 20 de diciembre de 1937, transmitidas al Congreso de ese país, el 3 de enero de 1938 y vigentes a partir del 16 de septiembre de 1938. [38]

---

[36] De Leo y Moreno, *ob. cit*., p. 295.

[37] Cova Arria, obra citada, p. 61 a 112.

[38] *Federal Rules of Civil Procedure*, 1918.

Esas Reglas, tienen unas "*Reglas Complementarias*", promulgadas para unificar el procedimiento civil y el de almirantazgo. Conjuntamente, con las Reglas Federales de Procedimiento, las *Reglas Suplementarias* para Ciertas Reclamaciones de Almirantazgo y Marítimo, reemplazaron por completo a las Reglas de Almirantazgo, vigentes a partir del 1 de julio de 1966.[39]

Desde su promulgación en 1966, las *Reglas complementarias* para ciertas demandas marítimas y de almirantazgo han preservado los procedimientos de embargo, en las acciones *in rem*, exclusivos de la ley de almirantazgo. Sin embargo, en los últimos años, estas Reglas han sido impugnadas por violar los principios del debido proceso. Debido a la controversia e incertidumbre que han rodeado las Reglas Suplementarias, los colegios de abogados locales y la Asociación de Derecho Marítimo de los Estados Unidos, han tratado de fortalecer la constitucionalidad de los embargos marítimos, por acciones *in rem,* proponiendo la promulgación de reglas de almirantazgo que prevean prontas audiencias posteriores después del embargo. Algunos tribunales de distritos también adoptaron reglas que exigen el escrutinio judicial de las solicitudes de embargo en demandas *in rem.* No obstante, el resultado ha sido una falta de uniformidad y una continua preocupación por la constitucionalidad de la práctica existente.[40]

---

[39] *Federal Rules of Civil Procedure, Supplementatary Rules.*

[40] Casos Sniadach v. Family Finance Corp., 395 US 337 (1969); Fuentes v. Shevin, 407 US 67 (1972); Mitchell v. W. T. Grant Co., 416 U.S. 600 (1974); y, North Georgia Finishing, Inc. v. Di-Chem, Inc., 419 U.S.601 (1975). Asimismo, algunos comentaristas han criticado las Reglas Suplementarias. Por ejemplo, Batiza y Perdiz, El desafío constitucional a las incautaciones marítimas, 26 Loyola Law Review 203 (1980); Morse, El conflicto entre las reglas del Almirantazgo de la Corte Suprema y Sniadach-Fuentes: ¿un curso de colisión ?, 3 Florida State University Law Review 1 (1975). A su vez, Los tribunales federales han variado en su disposición de impugnar las Reglas Complementarias. Los circuitos cuarto y quinto han afirmado la constitucionalidad de la Regla C. Amstar Corp. v. S / S Alexandros T., 664 F.2d 904 (4º Cir. 1981); Merchants National Bank of Mobile v. The Dredge General G. L. Gillespie, 663 F.2d 1338 (5th Cir. 1981). Sin embargo, un tribunal de distrito en el Noveno Circuito consideró que la Regla Suplementaria era inconstitucional. Alyeska Pipeline Service Co. v. The Vessel Bay Ridge, 509 F. Supp. 1115 (D. Alaska 1981). La regla B (1) ha recibido un tratamiento inconsistente similar. Los circuitos noveno y undécimo han confirmado su constitucionalidad. Polar Shipping, Ltd. v. Oriental Shipping Corp., 680 F.2d 627 (9º Cir. 1982); Schiffahartsgesellschaft Leonhardt & Co. v. A. Bottacchi S. A. de Navegacion, 732 F.2d 1543 (11th Cir. 1984). Por otro lado, un tribunal de distrito de Washington ha encontrado que es constitucionalmente deficiente. Grand Bahama Petroleum Co. v. Canadian Transportation Agencies, Ltd., 450 F. Supp. 447 (W.D. Wash. 1978). La constitucionalidad de ambas reglas fue cuestionada en Techem Chem Co. v. M / T Choyo Maru, 416 F. Supp. 960 (D. Md. 1976). Por lo tanto, existe incertidumbre sobre si las normas actuales pres-

Pese a la fusión de las reglas, y, las críticas a la misma, en conjunto, las *Reglas Suplementarias* de almirantazgo, anexas a las Reglas Federales de Procedimiento, mantienen en lo esencial, las prácticas antiguas del procedimiento de almirantazgo. Estas *Reglas Suplementarias*[41], regulan los procedimientos del *maritime attachment* (embargos marítimos) y del *maritime garnishment* (embargos de bienes en poder de terceros)[42], demandas reivindicatorias, posesorias, de partición, posesorias y procedimientos de limitación de responsabilidad[43].

La única diferencia que existe, desde que se fusionaron las Reglas, entre una acción de almirantazgo *in personam*, en que no se ha solicitado una garantía, y una acción civil ordinaria, es que, en una acción de almirantazgo todavía no existe el derecho del juicio por jurado.

En las acciones *in personam* de almirantazgo, hay la posibilidad de solicitar se decrete un "*maritime attachment"* (embargo marítimo) y un *"maritime garnishment"* (embargo de bienes en poder de terceros), que no deben confundirse con los procedimientos *in rem.*

Si un demandante hace valer un *"lien maritime"* sobre una nave, puede solicitar el embargo, en una acción *in rem*, sea que se cite o no al armador de la misma, dentro de su jurisdicción. El *ganishment* (embargo de bienes en poder de terceros) y el *attachment"* (embargo marítimo), no requieren la existencia de un privilegio marítimo (*maritime lien).* Son procedimientos accesorios a una demanda *in personam.* El derecho a solicitar el embargo de fondos en poder de terceros o un embargo marítimo, se da cuando no se puede citar al demandado dentro de la jurisdicción territorial del tribunal, pero si tiene una nave u otra propiedad tangible dentro de esa jurisdicción, susceptible de ser embargada, o tiene acreencias a favor de terceros, puede notificarse a éstos, embargándose los fondos a favor del demandado, en poder de éstos.[44]

El propósito fundamental del embargo de fondos en manos de terceros y del embargo marítimo es obligar la comparecencia en el juicio, en caso de una demanda *in personam* del demandado al que no se ha podido citar dentro del territorio jurisdiccional del tribunal.

---

criben procedimientos constitucionalmente sólidos para la orientación de los tribunales y los abogados.

41 Reglas Federales Suplementaria "C" de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure, Supplemnetal Rule C*).

42 Reglas Federales Suplementaria "B y E" de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure, Supplemnetal Rule B and E*).

43 Reglas Federales Suplementaria "F" de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure, Supplemnetal Rule F*).

44 Reglas Federales Suplementaria "B" de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure, Supplemnetal Rule B*).

También cumple la función de obtener bienes sobre los cuales ejecutar una eventual sentencia a favor del demandante.[45]

El titular de un *"lien"* sobre una nave, puede hacerlo valer mediante una acción *in rem,* aun después de la venta de la misma a un comprador de buena fe, porque el *"lien"* es un "interés", una especie de derecho real o propiedad sobre ella.[46]

Como hemos ya indicado, se puede embargar una nave en un proceso civil en un tribunal federal para obtener jurisdicción y una garantía de las resultas de la demanda. La Regla C de las Reglas complementarias para ciertas reclamaciones marítimas y de almirantazgo se utiliza para una acción judicial directamente contra una cosa. Cuando un demandante pide el embargo de una nave, lo hace conforme a esta regla suplementaria. Es una especie de acción real, por la cual se trata a la cosa embargada, como la parte demandada. Esto es diferente de la práctica de embargo bajo la Regla B. La Regla B es una extensión de la jurisdicción en persona a través de la propiedad personal del demandado. Un procedimiento *in rem* solo se puede presentar contra una propiedad sujeta a un *maritime lien* (privilegio marítimo). Solo un demandante que tenga un *maritime lien* puede interponer la acción, y solo puede presentarse ante un tribunal federal.

## V. EL *"PRE-TRIAL"* DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO EN LOS EE.UU.

El "pre-trial" o, el procedimiento antes del juicio (*procedure before trial*), es lo que se realiza en un procedimiento marítimo, antes de la que podríamos llamar nosotros la audiencia del juicio. Son diligencias previas que las partes en un juicio marítimo pueden desarrollar para asegurar las resultas del juicio o, para probar sus alegatos, como se desarrollan en los tribunales federales de los Estados Unidos de América.

En este sentido es conveniente indicar que, en los asuntos marítimos que se ventilan en los EE.UU., tanto en los casos de almirantazgo, como en los asuntos civiles, los procedimientos previos al juicio (*pre-trial procedure*), son muy importantes, tanto para el resultado final del juicio, como para su autocomposición por las partes en esa etapa del proceso.

---

45 Healy, Nicholas J. y Sharpe, David J. "Admiralty, Cases and Material", *ob. cit*. p. 856, 110-117.

46 Ver, Grant Gilmore and Charles L. Black, Jr., *The Law of Admirality*, ya citado, p. 488-492

## VI. EL *"DISCOVERY"* (EL DESCUBRIMIENTO)

La herramienta del *Discovery* (el descubrimiento), aún dentro del "*common law"*, es relativamente nueva, pues en el antiguo derecho inglés no existía y, lo más cercano que había, en la llamada "*equity"* de ese derecho, era el llamado "*Bill of Discovery*", en el cual las partes, previo al juicio, podían intercambiarse cuestionarios escritos.[47]

Fue solo en el siglo XIX, cuando comenzaron a surgir en Inglaterra y varios estados de EE.UU., leyes de *Discovery,* permitiendo a las partes de un juicio, sin la presencia del Juez, tomar declaración a la contraparte o, a testigos, en circunstancias muy limitadas. El mecanismo era complicado, pues la parte que buscaba la declaración de su contraparte o, de un testigo, antes del juicio tenía que obtener una orden judicial demostrando que la persona que deseaba interrogar era de una edad muy avanzada o, con una salud precaria, o que estaba por salir fuera de la jurisdicción territorial del tribunal o, de cualquier manera, no estaría disponible para comparecer ante el tribunal cuando tuviese lugar el juicio. También el ámbito o alcance de las preguntas que se le podían hacer era muy limitado.

Las Reglas federales que han sido promulgadas por el Congreso de los EE.UU., con fundamento a la facultad que en materia marítima le ha conferido la Constitución de ese país, contienen normas amplias con respecto al mecanismo procesal del "*Discovery*" Por esta vía se le pide a la parte contraria la exhibición y copia de documentos con anterioridad al *"juicio*" y que, comparezcan para "*un interrogatorio previo al juicio"*, en el cual puede ser interrogado en lo referente a su demanda, si es el demandante o, a sus defensas, si lo es el demandado. Estas reglas también permiten el interrogatorio antes del juicio de cualquier persona, cuyo testimonio puede ser importante para el juicio.[48]

A este respecto, la mayoría de los tribunales federales de los EE.UU., solicitan a las partes de un juicio, la presentación de un memorándum previo al juicio *(pre-trial memorandum)*, en el cual deben indicar los hechos que pretenden probar en el juicio, los nombres de los testigos y documentos, que presentaran en el juicio, como prueba de sus alegatos, y, las disposiciones legales y antecedentes jurisprudenciales, en los cuales los fundamentan. Se celebra una audiencia previa al juicio ("*pre-trial hearing"*), con la presencia de uno de los jueces, o en algunos de los distritos con un "*trial examiner",* que una especie de auxiliar del tribunal. En esta audiencia se trata de solucionar la mayor cantidad de desacuerdos que haya entre los memorándum del juicio de cada parte. Finalmente, un juez del tribunal firma una orden previa al juicio

---

47 Delman, Karlen. *"Procedure before Trial in a Nutshell",* West Puplishing Cp., St. Paul, Minn, 1972, p. 179.

48 Reglas Federales Suplementaria "C" de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure, Supplemnetal Rule C.*

("*pre-trial order*") en el que se fijan las reglas a seguir en el juicio en particular. En esta orden se indican la lista de testigos que serán llamados a testificar, los documentos que se pedirán su exhibición, los problemas de hecho y de derecho a decidir, etc. Solo en casos excepcionales el tribunal permitirá que el juicio se desarrolle fuera de los límites fijados en esa orden. Es decir, por ejemplo, no podrán ser llamados a testificar o, podrán exhibirse documentos, distintos de los indicados en la orden.[49]

Como los asuntos marítimos o del almirantazgo son ventilados por ante un tribunal unipersonal, sin jurado[50], son más informales que los juicios con jurado. Por ello, son muchos los jueces son más liberales al decidir las pruebas que deban evacuarse que en el caso de un juicio con jurado, primero por la dificultad que existe para evacuar las pruebas, en forma legalmente estricta, en los asuntos marítimos y, segundo, porque por su educación, un Juez, es más apto para apreciar si la prueba evacuada, es legalmente apropiada que un jurado compuesto por legos.

En 1938, se promulgó por el Congreso de los EE.UU., la primera *Ley de Discovery*. Desde ese momento, la herramienta fue tomada en las leyes de muchos estados de la Unión y, hoy en día es ampliamente usada en los procedimientos civiles, no sólo en los Estados Unidos, sino en el Reino Unido y la mayoría de los países del *common law*

La prueba más usada con la herramienta del *"Discovery"* de ese sistema legal, es la toma de declaraciones, no solo de las partes mismas, sino también de testigos. No hace falta una orden judicial para tomar esas declaraciones. Basta que la parte que desea tomarlas notifique a la otra que desea tomarlas, indicando el lugar y la hora en que desea se haga la declaración. La declaración la hace el abogado, sin supervisión de autoridad judicial.

Por lo demás, esas declaraciones no son tomadas en la sala de audiencias de ningún tribunal, sino en las oficinas del abogado que la ha pedido, y ante una persona autorizada para tomarle juramento, no un Juez, usualmente un Notario, e incluso un taquígrafo, legalmente autorizado, de la misma oficina de ese abogado que toma la declaración.

Ese Notario o taquígrafo comienza la declaración poniendo al declarante bajo juramento de decir la verdad y solamente la verdad, como si estuviera ante un Juez. Luego comienza el interrogatorio, en el cual las preguntas que pueden hacerse están limitadas a que sean relevantes al caso presentado en la demanda y no sea *confidencial o privilegiada.*

---

[49] Regla 16, Reglas Federales de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure, Rule 16).*

[50] Hay una excepción a los juicios que nacen en los Grandes Lagos, donde por razones históricas, es posible ventilar un juicio por jurado. *Title 28, United States Code, & 1873* (Título 28, Código de los EE.UU, & 1873).

Después que el testigo ha declarado ante el abogado solicitante de su declaración, el abogado de la otra parte, puede repreguntarlo. Una vez terminada la declaración, las notas taquígrafas son transcritas y entregadas al declarante para su firma, confirmando su autenticidad, pudiendo, si lo pide hacer cambios al final del documento, indicando que la versión final de sus repuestas difiere de las transcritas. Si se niega a firmar, el oficial que le tomo la declaración firma en su lugar, autenticando el documento.

Otra forma del *Discovery,* son las declaraciones hechas por escrito ante un Notario o taquígrafo autorizado. También la inspección de documentos y experticias, sin necesidad de intervención de un Juez, pueden efectuarse con el mecanismo del *Discovery*.

El procedimiento del *Discovery* en el *common law* ha logrado eliminar las sorpresas del juicio, permitiendo a ambas partes estar adecuadamente preparadas para el mismo. Asimismo, ahorran tiempo en los procesos y logran que haya una autocomposición anticipada de juicios.[51]

Ahora bien, cuando una persona llamada a declarar como testigo, no siendo parte del juicio, o se trata de un funcionario, director o representante legal de una persona jurídica que, sí es parte del juicio, el uso de este derecho de obtener una declaración suya en el juicio es limitado. Puede ser usado para contradecir testimonios dados por otros testigos en el juicio, pero solo puede ser usado como prueba en circunstancias muy especiales, por ejemplo, si el testigo ha muerto o se encuentra fuera de los EE.UU. o a más de 100 millas del lugar del juicio o incapacitado de concurrir por razones de edad, enfermedad, detención, etc.[52] No obstante, como es usual en los casos de almirantazgo, si los testigos no están disponibles en el momento del juicio, su testimonio suele tomarse por declaración oral, antes del juicio. Así si el capitán de uno de los buques, en un caso de abordaje, está en un puerto de los EE.UU., y el abogado del armador de esa nave desea obtener su testimonio oral antes del juicio, debe enviar una notificación al abogado de la contraparte con prudente anticipación para que este tenga oportunidad de estar presente y repreguntarlo. En el interrogatorio, el testigo presta juramento, como hemos dicho arriba, ante un notario público y su declaración es tomada por un taquígrafo público que las transcribe. Luego, si el testigo no está disponible en el momento del juicio, se puede presentar como evidencia el interrogatorio con el mismo efecto legal como si hubiera declarado en persona ante el tribunal.[53]

---

51 Delman, Karlen *"Procedure before Trial in a Nutshell",* West Puplishing Cp., St. Paul, Minn, 1972, p. 180 a 216.

52 Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26).

53 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", arriba citado, p. 21 y 22, nota de pie de página N° 67.

En fin, el procedimiento que se sigue en un juicio iniciado mediante una demanda de almirantazgo, ya sea *in rem* o *in personam*, o, en ambos procedimientos (*in rem* e *in personam* conjuntamente), lo establece en gran medida el Juez. Así, algunos jueces prefieren oír unas *"opening statements"* (declaraciones introductorias), es decir unas reseñas orales de los hechos que cada parte pretende probar, y los principios legales que considera aplicables. Otros, se conforman con las "*pre-trial order*" y los *"trial briefs"*, es decir, los escritos, con argumentos jurídicos presentados por los abogados con anterioridad al juicio. Los testigos en cuanto estén disponibles, testifican en persona, bajo juramento, quedando sujetos a un nuevo interrogatorio por parte del abogado oponente. Algunos jueces formulan unas pocas preguntas a los testigos, mientras que otros lo hacen con gran extensión.[54]

## VII. EL SUPUESTO *"DISCOVERY"*, DE LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO (LCM) VENEZOLANA

Esta exhibición previa de testigos, documentos e, incluso, de peritajes o experticias, podría semejarse al procedimiento previsto en el artículo 9º de la Ley de Procedimiento Marítimo.[55] Asimismo, podría semejarse, al "*retardo perjudicial"*, previsto en los artículos 813º al 818º de nuestro Código de Procedimiento Civil[56]. Sin embargo, no es lo mismo. Veamos:

---

54 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", arriba citado, p. 23.

55 El artículo 9º de la LCM, dice así: "*Verificada oportunamente la contestación a la demanda y subsanada o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, se entenderá abierto un lapso de cinco días dentro del cual cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal ordene a la otra: 1. La exhibición de los documentos, grabaciones o registros que se encuentren bajo su control o en su custodia, relacionados con el asunto objeto de la demanda, o permitir que sean reproducidos por cualquier medio. 2. El acceso a un buque, muelle, dique seco, almacén, construcción o área portuaria, con el fin de inspeccionar naves, mercancías o cualquier otro objeto o documento; medirlos, fotografiarlos o reproducirlos".*

56 Los artículos 813º al 818º del Código de Procedimiento Civil, contenidos en el Título VII del mismo, dicen así: "*Del retardo perjudicial. Artículo 813° La demanda por retardo perjudicial procederá cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente. Artículo 814° Para preparar la demanda el demandante deberá instruir justificativo ante cualquier Juez. Artículo 815° La demanda fundada en el temor de que desaparezcan algunos medios de prueba del demandante, deberá expresar sus fundamentos y tendrá por objeto solamente que se evacúe inmediatamente la prueba. Las funciones del Tribunal se limitarán a practicar las diligencias promovidas con citación de la parte contraria, la cual podrá repreguntar a los testigos quedando al Tribunal que venga a conocer de la causa, la facultad de estimar si se han llenado las circunstancias requeridas para dar por válida la prueba anticipada. Artículo 816° El pro-*

En un reciente foro virtual, realizado el día jueves 2 de julio de 2020, organizado por la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, conjuntamente con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, con la ayuda técnica de la *Fundación Universitas*, se trató ampliamente sobre el tema. En el foro, participaron los profesores Henry Morián Piñero, de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, quien disertó sobre "La génesis del Proyecto de Decreto Ley de Procedimiento Marítimo de finales de 2001", en la cual dio a conocer las intenciones del proyectista al insertar el artículo 9 de la Ley de Procedimiento Marítimo, así como las fuentes del mismo; Francisco Villarroel Rodríguez, Juez Superior Marítimo, quien habló sobre la "*aplicación del llamado "Discovery" de la Ley de Procedimiento Marítimo (artículo 9), aduciendo las críticas y dificultades en la aplicación de este procedimiento"*; Nelson Carreyó, Primer Juez del Tribunal Marítimo de Panamá, quien disertó sobre "El *Discovery en la Ley de Procedimiento Marítimo de Panamá",* destacando las bondades del uso de este procedimiento y la recomendación para su implementación los países latinoamericanos; y, finalmente, el Profesor Salvador Yanuzzi, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello", quien intervino para dar respuesta a la pregunta ¿Existe el Discovery del Derecho Anglosajón en el Procedimiento Marítimo venezolano?, concluyendo en una rotunda respuesta negativa.

La apertura de este evento, correspondió al abogado Juan Itriago, Director de Publicaciones y Eventos de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo; su moderación a la Profesora, Patricia Martínez de Fortoul, de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, correspondiéndome su cierre, como coordinador de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la citada Facultad, oportunidad en la cual repasé el origen histórico del Discovery del *"common law"*, sus bondades y su necesaria aplicación en los procedimientos marítimos de los países iberoamericanos[57].

---

*cedimiento de retardo perjudicial no será aplicable respecto de la prueba de confesión. Artículo 817° En los juicios de retardo perjudicial no se admitirá recurso de apelación a la parte contra quien se promuevan. Artículo 818° El Juez competente para conocer de estas demandas será el de Primera Instancia del domicilio del demandado, o el que haya de serlo para conocer del juicio en el cual se harán valer las pruebas a elección del demandante."*

[57] El texto de las ponencias de este foro, como se ha mencionado antes, serán publicados en el Boletín Julio-Diciembre, 2020, de la Academia Ciencias Políticas y Sociales.

Es interesante para este trabajo, hacer especial mención de la ponencia del Profesor Salvador Yannuzzi, con respecto a la equiparación de las normas procesales venezolanas mencionadas y el "*Discovery",* del procedimiento marítimo de los EE.UU. Señala al respecto, el Profesor Yannuzzi, lo siguiente:

> *En el procedimiento marítimo venezolano, como veremos, las exhibiciones se solicitan después de contestada la demanda y no previamente a la proposición del juicio. Por tanto, insistimos, no existe en el procedimiento marítimo venezolano, ni en el ordenamiento procesal venezolano, un mecanismo que permita exigir la presentación previa al juicio de la prueba documental que se encuentre en posesión de alguna de las partes o de terceros. Aunque en el artículo 9 de El Decreto se establece la posibilidad de que las partes pueden solicitar al tribunal que ordene a la otra la exhibición de documentos, grabaciones o registros que estén bajo la custodia o control del requerido, no se trata –como afirma un sector de la doctrina– del Discovery, porque esta petición se realiza y se instruye intralitem y no es previa al juicio. También pueden solicitar las partes, inspección de naves, de mercancías, documentos o cualquier otro objeto que esté relacionado con lo debatido en el juicio, cuya negativa permite al juez extraer las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje, siempre y cuando el motivo fuere injustificado.....pero todo ello se realiza una vez iniciado el juicio. En consecuencia, consideramos que las exhibiciones e inspecciones a que se refiere El Decreto no pueden asimilarse al Discovery regulado en el common law, e insistimos que estas se llevan a cabo dentro del juicio, mientras los mecanismos a los que estamos haciendo referencia se llevan a cabo extrajudicialmente, antes del inicio del juicio, en donde no interviene el juez, salvo en circunstancias muy excepcionales. De acuerdo a lo expuesto, en el procedimiento marítimo venezolano no existe la figura del Discovery, por lo que las exhibiciones y declaraciones de testigos se realizan una vez iniciado el procedimiento, en presencia del juez, en un acto que este fije al efecto, mientras que en el Discovery se realiza de manera anticipada al inicio del procedimiento y no interviene el juez, salvo situaciones muy excepcionales. En el Discovery se le puede exigir a las partes que declaren, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es posible, porque la intención de la declaración de parte es provocar la confesión, cuyo objetivo es fijar los hechos relativos al mérito de la controversia, que sean pertinentes, lo que se determinará cuando los litigantes hayan trabado la litis, al haber contestado la demanda el accionado, oportunidad en la cual se tendrá certeza de los hechos que se están controvirtiendo. En todo caso, las posiciones juradas (mecanismo para provocar la confesión) debe hacerse en un acto procesal, presenciado por el juez de la causa, quien debe juramentar a la parte; mientras que declaración de parte en el Discovery es extraprocesal, y no interviene el juez, sino en casos de excepción. En el ordenamiento venezolano no se permite evacuar de manera anticipada la prueba documental, porque por su naturaleza no desaparece, salvo que se conozca que pueda destruirse o que ha transcurrido el lapso legal para conservarla; por ello, la prueba documental no se anticipa y se aporta en el juicio, a los fines de que el contrario la acepta o proceda a su impugnación por las causales establecidas en*

*la ley. Solamente establece la legislación la posibilidad de que se solicite el reconocimiento de firma extendida en un instrumento privado, caso en el cual se puede tachar de falso y seguir el procedimiento respetivo, pero todo ello dentro de ámbito judicial y no extraprocesal. En cambio, es de la esencia del Discovery el mecanismo de la aportación de la prueba documental, antes y fuera del proceso. Como colofón de lo expuesto, debe concluirse que en el procedimiento marítimo venezolano no existe el Discovery*[58].

## VIII. LOS INFORMES FINALES Y LA SENTENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO EN LA EE.UU.

Aun cuando algunos tribunales marítimos estadounidenses prefieren oír los informes finales de los abogados de las partes (*summation*), o sea, un resumen oral del proceso en lo que respecta al alegato de los hechos y las pruebas evacuadas para probarlas, otros no[59].

Con respecto a las sentencias, en raros casos, un Juez puede decidir un caso *"from the bench"*(desde el estrado), esto es, tan pronto como los trámites concluyeron. En tales casos, el Juez, generalmente, anuncia oralmente que ha decidido el caso a favor del demandante o del demandado, según sea. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la sentencia se reserva y el juez otorga permiso a cada abogado a presentar un escrito posterior (*post trial brief*), resumiendo los hechos que estime probados y sus basamentos jurídicos. Luego, el Juez, escribe su opinión que, puede incluir su exposición sobre los hechos (*finding of facts*) y, sus conclusiones de derecho (*conclusions of law*). En algunas ocasiones, la exposición de los hechos y consideraciones sobre el derecho, se expresan en un documento separado de aquel en que expone su opinión.[60]

Una sentencia de almirantazgo puede ser interlocutoria o final. Si el demandado gana, es final. Pero si es el demandante quien gana, la sentencia será final si el Juez ha recibido pruebas suficientes a los daños reclamados durante el juicio. Sin embargo, en algunas ocasiones, particularmente en casos complicados de daños a la carga y, en casos de abordaje, solo se ofrecen en el curso del juicio pruebas sobre el mérito de la causa. En estos casos, si la decisión es favorable al demandante, el Juez dictará una sentencia *interlocutoria* a su favor por los probables daños y podrá referir su determinación a un perito especial ("*special master*"); generalmente designará a un abogado maritimis-

---

58 *El texto íntegro de esta ponencia será publicado en el artículo del Profesor Yannuzzi, a publicarse en el libro que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ha acordado publicar, en honor inmerecido al autor de estas líneas.*

59 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", arriba citado, p. 23.

60 Véase, Healy, Nicholas J. "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", arriba citado, p. 23.

ta, instruyéndolo para que reciba pruebas e informe al tribunal sobre el resultado de su investigación y decisión sobre los daños. Es raro que un perito especial deba cumplir estas instrucciones porque en la gran mayoría de los casos, los abogados revisan las facturas y otras pruebas documentales sobre los daños y, luego de un intercambio de puntos de vista, coinciden en una cantidad que aconsejan pagar o cobrar a sus respectivos clientes. Se concede apelación, ya se trate de una sentencia interlocutoria o final, a uno de los diez Tribunales de Apelación de los EE.UU. Por ejemplo, si la sentencia la pronunció el Tribunal para el Distrito Sur de Nueva York, que incluye la Isla de Manhattan, la apelación será para ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito que cubre los seis distritos judiciales federales que se encuentran dentro de los estados de Nueva York, Connecticut y Vermont.[61]

## IX. "WRITS OF CERTIORARI"

*"Certiorari"*, es el procedimiento judicial para buscar la revisión judicial de una sentencia de un tribunal inferior. *"Certiorari"* proviene del nombre de un mandato de prerrogativa en inglés, emitido por un tribunal superior para ordenar que el expediente del tribunal inferior se envíe al tribunal superior para su revisión. El término en latín significa "*estar seguro*", y proviene de la línea de apertura de tales escritos, que tradicionalmente comenzó con las palabras latinas "*Certiorari volumus ...*" ("*deseamos estar seguros ...*"). "*Certiorari*" fue heredado, como parte del derecho consuetudinario inglés, por EE.UU. Posteriormente ha evolucionado en el sistema legal de este país, a medida que se toman decisiones judiciales y enmiendas legales.[62]

En los EE.UU., se entiende el *"writ of certiorari",* como la orden judicial que la Corte Suprema de ese país, da un tribunal inferior para revisar su fallo por alegarse contener el mismo un error de derecho. Antes de la Ley Judicial de los EE.UU. de 1891[63], los casos que podían llegar a la Corte Suprema se escuchaban solo cuando se alegaba un error de derecho del tribunal

---

61 Título 28, Código de los EE.UU., & 1291-1292 (*Title 28, United States Code & 1291-1292).* Véase, Nicholas J. Healy, "Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo", arriba citado, páginas 24, nota 73.

62 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 42 (1765). Los Comentarios sobre las leyes de Inglaterra. Tratado sobre el derecho consuetudinario del siglo XVIII de Inglaterra de Sir William Blackstone, publicado originalmente por Clarendon Press en Oxford, 1765-1770. El trabajo se divide en cuatro volúmenes, sobre los derechos de las personas, los derechos de las cosas, de los errores privados y de los errores públicos.

63 Ley Judicial de 1891 de los EE.UU. (*Judiciary Act of 1891 § 6., 26 Stat. at 828*). Véase, también Russ Wheeler & Cynthia Harrison, *Creating the Federal Judicial System, Federal Judicial Center*, p. 17-18 (3d ed. 2005).

inferior. A medida que Estados Unidos se expandió en el siglo XIX, el sistema judicial federal se volvió cada vez más cargado de asuntos y la Corte Suprema tuvo una acumulación de casos atrasados durante varios años. La Ley resolvió estos problemas transfiriendo la mayoría de las apelaciones directas de los tribunales inferiores a las Cortes de Apelaciones de Circuito de nueva creación, cuyas decisiones en esos casos normalmente serían finales. Sin embargo, la Corte Suprema no renunció por completo a su autoridad judicial porque ganó la capacidad de revisar las decisiones de los tribunales de apelación a su discreción mediante un "*writ of certiorari*" (un auto de concesión de la apelación).

Desde la Ley Judicial de 1925 y la Ley de Selección de Casos de la Corte Suprema de 1988[64], la mayoría de los casos no pueden ser apelados directamente para que sea oídos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, como una cuestión de derecho. Una parte que busque que la Corte Suprema revise una decisión de una corte federal o estatal debe hacer previamente una "*petition for writ of certiorari*" (solicitud de auto de *certiorari*) ante la Corte Suprema. Si el Tribunal concede la petición, se programa el caso para la presentación de escritos y argumentos orales, y, por ende, la revisión de la sentencia por la Corte Suprema. Se requiere un mínimo de cuatro de los nueve jueces para otorgar ese derecho, es decir, para declarar procedente una solicitud de *writ of certiorari*, conocida como la "*regla de los cuatro*". El tribunal niega la gran mayoría de las peticiones y, por lo tanto, deja la decisión del tribunal inferior definitivamente firme, sin posibilidad de revisión. La Corte Suprema generalmente tiene cuidado de elegir solo los casos sobre los cuales la Corte tiene jurisdicción y que la Corte considera suficientemente importantes, como son los casos que involucran cuestiones constitucionales.[65]

Por otra parte, la negación de la Corte Suprema de un petición de *writ of certiorari*, no puede interpretarse como que la Corte Suprema aprueba la decisión de la corte inferior. Sin embargo, tal negación "*no importa ninguna expresión de opinión sobre el fondo del caso.*"[66] En particular, una negación de un *writ of certiorari* significa que no hay precedente vinculante creado por la propia denegación, y la decisión del tribunal inferior se trata como autoridad obligatoria solo dentro de la jurisdicción geográfica (o en el caso del Circuito Federal, sujeto a la materia) de ese tribunal.

---

64 La Ley del Poder Judicial de 1925, también conocida como Ley del Juez o Ley de "*Certiorari*", fue una ley del Congreso de los Estados Unidos que buscaba reducir la carga de trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

65 Ley de Selección de Casos de la Corte Suprema. "*Supreme Court Case Selections Act*, Public Law. 100-352, 102 Statute. 662 (1988)

66 Doctrina de la Corte Suprema de EE.UU., en el caso en *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), un asunto decidido el 12 de Junio de 1995 the Court, por el cual se revocó una decisión de la Corte de Distrito del Estado de Missouri, para corregir la inequidad racial de hecho en los programas de aumentos de salarios y los programas de correcciones educacionales.

En los juicios de almirantazgo, en consecuencia, no hay derecho automático para que, la sentencia de una Corte de Apelaciones sea apelada por ante la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. Cuando una parte perdidosa desea la revisión de esa decisión debe presentar un *writ of certiorari* que, en el fondo, no es otra cosa, como hemos arriba indicado, que una solicitud de permiso para apelar del caso ante la Corte Suprema. En los últimos años ha estado tan ocupada con asuntos referidos a los derechos civiles y otros asuntos constitucionales que muy raramente lo ha concedido en los recursos de juicios por almirantazgo. Sin embargo, si se puede demostrar que hay un conflicto sobre un punto importante de derecho marítimo entre los tribunales de apelaciones de los diferentes circuitos, la Corte puede otorgar un auto de avocación para solucionar el problema, de manera tal de ahí en adelante todas las cortes de apelación tendrán que considerarlo de la misma manera.[67]

## X. A MODO DE CONCLUSIONES

El tema tratado en este artículo, son solo unas breves notas sobre los procedimientos marítimos tal como se tramitan por ante los tribunales federales de almirantazgo de los EE.UU. Es una simple muestra de ese procedimiento, ajeno a los nuestros, o, una guía como esos tribunales abordan las numerosas controversias marítimas que se someten a su decisión.

Aun cuando no existe un procedimiento perfecto, el sistema estadounidense puede favorablemente compararse con el nuestro, contenido en la Ley de Procedimiento Marítimo, por ser eficiente, haber economía procesal, celeridad y justeza en los juicios marítimos.

Caracas, 07 de agosto de 2020

[67] Véase, Nicholas J. Healy, "*Procedimiento y Práctica en los Estados Unidos de Norte América en los casos de almirantazgo*", arriba citado, p. 24.

# EL PETROENGAÑO CONTABLE

## (ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO N° 4025, DE LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP Y DEL PROYECTO DE BA VEN NIF N° 12 DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS EEFF PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE LOS EEFF MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS)*

Humberto ROMERO-MUCI**

**Resumen**: *En esta investigación evidenciamos el absurdo técnico, la ilegitimidad jurídica y la inconveniencia práctica (ineficiencia) de una pretendida contabilidad dual para la presentación de información financiera en criptoactivos (veladamente el Petro) y en bolívares. Argumentamos la falta de idoneidad técnica y legal de los criptoactivos como una unidad de cuenta para fines de información contable. Se argumenta que el uso del Petro como unidad de reporte constituye una treta ideológica (otra) para manipular la técnica y la información contable y pretender ocultar la ruina económica del país*.

**Palabras clave**: *Criptoactivos, petro, moneda funcional, moneda de reporte, unidad monetaria, unidad de cuenta*.

**Summary**: *In this paper we demonstrate the technical absurdity, the ilegality and the inefficiencies of an alleged dual accounting for the presentation of financial information in crypto assets (veiled Petro) and in bolivars. We argue the lack of technical and legal suitability of crypto assets as an account unit for accounting reporting*

---

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje al académico profesor Allan R. Brewer-Carías, en sus 80 años, en celebración de su valiosa trayectoria, su talento, laboriosidad y humanismo.

** Abogado summa cum laude de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de Harvard Law School, Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón N° 14). Socio en el escritorio jurídico D' Empaire.

*purposes. It is argued that the use of Petro as a reporting unit constitutes double-speak (another) to manipulate technical and accounting information and hiding the country´s economic ruin.*

**Key words**: *Crypto assets, petro, functional currency, reporting currency, monetary unit, account unit.*

## INTRODUCCIÓN

La irrupción de la tecnología del ***block-chain*** y sus usos como medio de intercambio e inversión a través de los denominados criptoactivos constituye un fenómeno económico de innegable transcendencia jurídica y contable. Ello ha dado pie a iniciativas de regulación y también de reconocimiento adecuado de los criptoactivos en los estados financieros de las entidades económicas (EEFF) tanto en el derecho como en la técnica contable comparada.

Pero una cosa es la iniciativa plausible de reconocer, registrar, valorar y revelar la tenencia de criptoactivos en los EEFF de una entidad y otra es pretender el uso de criptoactivos como unidad de medida monetaria y más perturbador el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable con la intención de una "doble contabilidad" con el bolívar. Así aparece ordenado en el Decreto N° 4025 del 19 de noviembre de 2019[1] (el Decreto N° 4025) y en la Providencia N° 098-2019 de fecha 26 de diciembre de 2019, emanada de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP) sobre "*el registro contable de operaciones y hechos económicos expresados con criptoactivos*"[2] (La Providencia).

Tanto el Decreto No 4025 como la Providencia emplean un sofisma de tránsito para atribuir facultades monetarias a los llamados "criptoactivos", como si se tratara de unidades monetarias. Incurren en un abuso semántico a partir de la homonimia entre los términos, criptoactivos, criptomoneda y moneda.

No solo es un despropósito técnico exigir el uso de criptoactivos como unidad de medida contable, sino que, es más absurdo pretender un "reporte contable dual" con el bolívar como moneda de curso legal.

Las razones son obvias y contundentes: (i) Los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que los criptoactivos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, *per se*, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda. (ii) La pretensión de una "contabilidad dual"

---

1 *Gaceta Oficial* N° 41763 de fecha 19 de noviembre de 2019

2 *Gaceta Oficial* N° 41.788 de fecha 26 de diciembre de 2019, modifica la Providencia 097-2019 de fecha 23 de diciembre de 2019, Gaceta Oficial N° 41.787.

es irrazonable, pues solo hay una contabilidad. Ese desdoblamiento informativo no cumple un fin legítimo, es contrario al interés público asociado a la confianza y utilidad de la información financiera.

La pretensión de crear la obligación de reportar y presentar una doble contabilidad en criptoactivos (y veladamente el Petros) y bolívares, constituye una restricción al derecho constitucional a la corrección de la información financiera como expresión los derechos constitucionales a la información veraz, a la libertad económica y la seguridad jurídica. Como toda restricción a un derecho constitucional, solo puede legítimamente operar por vía legal, ser razonable, promover un fin legítimo y no contrariar el interés general.

Pero hay más: jurídicamente ni los "criptoactivos" ni el Petro tienen condición de "moneda" porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano. Solo el bolívar tiene la condición de moneda de curso legal y las funciones de reporte para fines contables. Así lo confirman los artículos 318 Constitucional y 106, 107 y 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV).

Porque los criptoactivos o el Petro no pueden utilizarse contablemente como unidad de medida contable, su pretendido uso como unidad de cuenta constituye jurídicamente un objeto ilícito y de imposible ejecución técnica, lo que hace inválido y nulo cualquier acto de aplicación que implique su uso obligatorio.

La pretensión de una "contabilidad dual" constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, es irrazonable, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias.

Lo cierto es que, el uso del Petro o de cualquier criptoactivo como medios de cuantificación contable no promueven un fin legítimo, no contribuyen al interés general ni al orden público. Es fundamentalmente ineficiente. No ayudará ni incrementará la utilidad de la información financiera, pues no implica información contable más comprensible, comparable o relevante. Por el contrario, la posibilidad del uso de distintos criptoactivos confundirá a los usuarios de la información con información incomparable y gravará a los preparadores de los EEFF con un costo de reporte contable adicional técnicamente innecesario y económicamente injustificable. Ya el bolívar es lo suficientemente disfuncional como moneda, para cumplir fines de reporte pues, aunque sea de curso legal, ni se usa, ni circula. Peor que eso es utilizar criptoactivos o el Petro que no significan ni designan económicamente.

Mas aun la idea de una "doble contabilidad" es posiblemente consecuencia de la ignorancia y del sesgo ideológico del régimen de imponer un nuevo nombre para la dominación y el control de la información económica y contable. Sin saberlo el régimen trasluce su intención de engaño. Proyecta su

propia falta, al hacer suyo el intento de la "doble contabilidad", artificio considerado como paradigma del fraude contable, esto es, una forma de engaño o encubrimiento de la realidad patrimonial con lesión a la seguridad jurídica y al interés público asociado a la confiabilidad de la información financiera correctamente elaborada.

Esta trama de la "doble contabilidad" para el uso del Petro como unidad de reporte constituye una treta ideológica, para, mediante un desdoblamiento semántico, esconder el propósito último de sustituir o descontinuar el uso del bolívar como unidad de cuenta e imponer con otro nombre encubierto alguna referencia monetaria efectiva (tipo dólar, euro, etc.) a la que el Petro estará forzosamente atado. Otra expresión de la *neolengua del poder* para manipular, esta vez, la técnica y la información contable y pretender ocultar la ruina económica del país.

La contabilidad es el lenguaje técnico universal con el que se informa de los derechos de los individuos a los recursos económicos en condiciones de transparencia y utilidad informativa para la toma de decisiones racionales sobre la asignación de recursos en la economía. El Petro y la contabilidad dual solo son medios deliberados para deformar el leguaje contable, idiotizándolo, con el objeto de ocultar la verdad patrimonial, instaurar unas mentiras valorativas y cimentar el control político de la información económica. En definitiva, incomunicar y confundir a los usuarios de la información contable.

Lo cierto es que, la contabilidad sirve a la verdad, a la libertad y a la seguridad del tráfico económico y con ello a la institucionalidad democrática. No al autoritarismo y menos al totalitarismo.

Al final del día, el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable, su reconocimiento contable o la pretendida "doble contabilidad", nada añadirán a la estabilidad monetaria mientras siga financiándose el déficit público con dinero inorgánico. Por lo pronto solo será un *petroengaño contable*.

La Providencia nos recuerda la disociación semántica que existe en Cuba entre el peso y el peso convertible. El primero, es el curso legal que no se usa ni circula y el segundo, convertible solo para turistas con valor equivalente a 1 US dólar, pero el dólar no puede mencionarse. Solo se usa con ese otro nombre. Un bimonetarismo que solo sirve a la discriminación[3] entre los que tienen moneda convertible y los que no la tienen.

---

[3] Ver Declaración de las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del gobierno nacional (sobre reconversión del bolívar y uso de criptoactivos) del 10 de abril de 2018, en http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronuncia-mientos/Comunicado%20conjunto%20corto%20%20Nuevo%20-cono%20monetario%20%20y%20Petro%20(I).pdf

Como señalamos en otra oportunidad, el Petro es el último eufemismo mendaz para esconder y evadir la ruina económica del país[4]. Como toda impostura ideológica, su equilibrio inestable terminará por no ocultar la realidad. La intención nefaria detrás del Petro trascenderá pronto.

## I. EL DECRETO N° 4025 Y LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP

La Providencia se fundamenta en El Decreto N° 4025, "…*mediante el cual se instruye a las personas naturales y jurídicas públicas y privadas en cuanto a la obligatoriedad del registro de información y hechos económicos expresado contablemente criptoactivos soberanos, sin su perjuicio de registro en bolívares según corresponda*".

El Decreto N° 4025 justifica su base normativa en el artículo 236 numerales 10, 11, 20 de la Constitución, que atribuyen al presidente de la República (i) la administración de la Hacienda Pública Nacional, (ii) que lo facultan para fijar las competencias de los distintos entes de la administración pública nacional, según la ley especial y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la administración pública, (iii) que le atribuye la acción de gobierno como jefe de estado.

---

[4] Ver nuestro trabajo "La mentira contable: Crónica de incomunicación y engaño1<Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC2 N° 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (en homenaje al académico profesor James-Otis Rodner), Caracas 2019.

El Petro es nuevo artilugio del régimen y partido de gobierno para continuar desarticulando el sistema monetario nacional. Un criptoactivo que encubre el propósito de ser un salvavidas financiero para el proyecto político fracasado y destructivo denominado *socialismo del siglo XXI*. Esta vez, amparado por el halo de impunidad que ofrecen la complejidad de la tecnología *blockchain*, la novedad del llamado dinero digital y la ambigüedad regulativa del tema, tanto de las criptomonedas como del propio "criptoactivo venezolano".

El llamado Petro no tiene futuro. Así lo confirman su falta de respaldo, o peor, su mal respaldo, su ilegitimidad jurídica y su falta de reconocimiento efectivo como medio de intercambio. Servirá para generar más inflación y pasar a la historia como el nombre infame de otro vehículo faccioso para ejercer el poder ideológico y la dominación en una economía arruinada. O simplemente para recordar que ese nombre es un mal nombre o el mismo nombre de un fetiche usado por los espiritistas (loas) del Vudú como representación de la violencia, la muerte, la venganza y como herramienta para afianzar la ambición de poder o de riqueza de aquellos que lo invocan. Ver nuestro discurso de contestación al discurso de incorporación del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, http://www.acienpol.org.ve/cmacien-pol /Resources/IndividuosDocs//246/Discurso2.pdf

El Decreto está motivado en los considerandos según los cuales (i) "…*el uso de criptoactivo soberano PETRO, supone hechos económicos que deben ser adecuadamente registrados, como garantía de transparencia ante la colectividad" y que (ii) "…es necesario adecuar los sistemas de registro de la información de los hechos económicos realizados, que involucren el uso de criptoactivo soberano PETRO y de cualquier otro criptoactivo que se creare…".*

Se ordena que los sujetos a que se refiere el decreto "… *adicionalmente al asiento ordinario de las operaciones en bolívares registrarán contablemente sus operaciones y hechos económicos expresados en cripto activos soberanos cuando corresponda atendiendo a la normativa que el efecto dicte la SUNACRIP*."[5]

## II. OBJETO Y ALCANCE DE LA PROVIDENCIA

La Providencia se fundamenta en las atribuciones de la SUNACRIP para (i) dictar actos administrativos a los sujetos de actividades reguladas por el llamado Decreto Constituyente sobre el sistema integral de criptoactivos[6] (Decreto Constituyente sobre criptoactivos) y (ii) dictar providencias necesarias para el cumplimiento de sus fines[7].

---

5 Artículo 2. "Los sujetos a que se refiere el artículo anterior, deberán cumplir con la presentación dual de su contabilidad, expresándose tanto en Criptoactivos soberanos como en la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela.

Los entes reguladores a quienes corresponde el establecimiento de los parámetros contables aplicables a los respectivos sujetos obligados dictarán las normas que correspondan tomando en consideración lo establecido en esta providencia y previa coordinación con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.

El órgano a quien corresponde ejercer la rectoría técnica en materia de contabilidad del sector público atenderá a lo establecido en esta Providencia en cuanto al registro de los hechos económicos con criptoactivos y coordinará con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, cualquier regulación a dictarse en esta materia".

6 *Gaceta Oficial* N° 41.575 de fecha 30 de enero de 2019.

7 Artículo 20 "El Superintendente Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, tendrá las siguientes atribuciones:

10. Dictar los actos administrativos aplicables a los sujetos que ejerzan actividades reguladas por este Decreto Constituyente y establecer las garantías que deban otorgar cuando corresponda.

12. Dictar las providencias necesarias para el cumplimiento de los fines atribuidos a la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP), de conformidad con este Decreto Constituyente."

La Providencia se limita a regular las bases de presentación de la información financiera, reexpresión de los registros contables de operaciones y hechos económicos con "criptoactivos"[8].

Para ese fin se impone un "deber de presentación dual"[9] (i) en moneda de curso legal (aunque no menciona el bolívar) y (ii) en criptoactivos soberanos (pero tampoco menciona el Petro).

Se delegó en la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV) el diseño técnico de esa regulación sobre reconocimiento, medición,presentación y revelación de operaciones con criptoactivos. Se condiciona la eficacia a la regulación a la aprobación de la SUNACRIP (incorrectamente denominada como "autorización")[10].

La Providencia dispone que los lineamientos técnicos (obligatorios) entrarán en vigor para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 2010[11].

---

8 Artículo 1 "Esta providencia tiene por objeto establecer los parámetros para la presentación de la información Financiera, reexpresión de los registros contables de operaciones y hechos económicos con Criptoactivos, realizadas por las personas naturales que se encuentren obligadas a llevar registros contables, así como las personas jurídicas, públicas y privadas, en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela"

9 Artículo 2 "Los sujetos a que se refiere el artículo anterior, deberán cumplir con la presentación dual de su contabilidad, expresándose tanto en Criptoactivos soberanos como en la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela.

Los entes reguladores a quienes corresponde el establecimiento de los parámetros contables aplicables a los respectivos sujetos obligados dictarán las normas que correspondan tomando en consideración lo establecido en esta providencia y previa coordinación con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.

El órgano a quien corresponde ejercer la rectoría técnica en materia de contabilidad del sector público atenderá a lo establecido en esta Providencia en cuanto al registro de los hechos económicos con criptoactivos y coordinará con la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, cualquier regulación a dictarse en esta materia".

10 Artículo 3: "Los registros contables de las operaciones con criptoactivos, se someterán a las normas técnicas que en materia de reconocimiento, medición, presentación y revelación emanen de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela de la República Bolivariana de Venezuela, previa autorización de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas".

11 Artículo 4 "Los lineamientos técnicos en materia de registro contable contenidos en esta providencia, se aplicarán al ejercicio económico que inicien a partir del 1ero de enero de 2020".

## III. PROYECTO DE BOLETÍN DE APLICACIÓN DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE CRIPTOACTIVOS Y LA PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS

En diciembre de 2019 la FCCPV elaboró un borrador de un boletín de aplicación de los VEN NIF N° 12, v. 0, sobre "tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de estados financieros medidos en criptoactivos".

El proyecto divide su ámbito de regulación en dos áreas temáticas de atención: (i) el tratamiento contable de la tenencia de criptoactivos propios, el principio para su reconocimiento, las bases de medición, presentación y la información a revelar y la (ii) presentación *"complementaria"* de "estados financieros medidos en criptoactivos".

En este último aspecto, el proyecto establece los procedimientos de presentación de estados financieros con carácter complementarios de los estados financieros de propósitos generales preparados, cuando sea requerida su medición en criptoactivos y *"...estos no sean la moneda funcional de la entidad"*.

Distingue dos procedimientos.

a. Si la moneda funcional de la entidad no es la de una economía hiperinflacionaria (el dólar), los activos y pasivos deben ser convertidos al valor de mercado del criptoactivo a la fecha del estado de situación financiera y deben ser convertidos los ingresos y gastos al valor de mercado del criptoactivo vigente a la fecha de la transacción, pudiendo utilizarse valores promedios de mercado[12]

b. Si la moneda funcional de la entidad es la de una economía hiperinflacionaria (el bolívar), deberá ajustarse por inflación con fundamento en la NIC 29 sobre presentación de estados financieros en una economía hiperinflacionaria y después convertir los EEFF al valor del criptoactivo en la fecha del estado de situación financiera[13].

[12] Párrafo 18 encabezado.

[13] Párrafo 18, parte final

## IV. NULIDAD ABSOLUTA DEL DECRETO N° 4025 Y DE LA RESOLUCIÓN N° 097-2019 DE SUNACRIP. INCOMPETENCIA MANIFIESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LA SUNACRIP PARA REGULAR MATERIA SOBRE LA CONTABILIDAD E IMPONER OBLIGACIONES A LOS PARTICULARES SOBRE LA LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD

La imposición de obligaciones específicas sobre la llevanza de una pretendida doble contabilidad en criptoactivos y en moneda de curso legal, constituye una restricción ilegitima e irracional al derecho a la información veraz, a la libertad económica y la seguridad jurídica de los particulares en materia reservada a la ley formal y competencia de la Asamblea Nacional como poder legislativo Nacional. Sin habilitación legal ni el presidente de la Republica ni la SUNACRIP tienen facultades normativas para restringir los derechos y garantías de los particulares, máxime cuando dichos actos normativos son y se fundamentan en actos subalternos al rango legal como el Decreto No 4025, en base a limitadas facultades de organización interna de la administración pública y de la hacienda pública nacional, que no se extienden a los particulares, pues el Decreto N° 4025 no tiene rango de Ley (no es dictado en ejecución de una Ley habilitante, ni como consecuencia de una emergencia económica). Mas precaria es la base legal de la Providencia, que se fundamenta en aquel, y en abstractas facultades normativas en las materias de su competencia, pero que en ningún caso tienen virtualidad para restringir ni para modificar el derecho de los particulares de llevar contabilidad según las reglas previstas en el Código de Comercio y otras leyes nacionales que regulan la cuantificación y presentación de la información financiera.

La materia sobre legislación contable es competencia del Poder Legislativo Nacional[14]. Lo propio hay que añadir del ejercicio de la profesión conta-

---

[14] Artículo 156, ord. 11 y 32 de la Constitución Nacional, *"Es de la competencia del Poder Público Nacional: …ord. 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda"*, y *"ord. 32 La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público;* la de bancos y la de seguros; *la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional".*

ble[15], a quienes se le encarga la función de dar fe[16] de la corrección de la información financiera de uso general, como garantía de certeza y seguridad de la situación patrimonial de los entes económicos en el país. De modo que la normación material de las reglas y los principios generales de los estatutos respectivos debe ser consagrados en normas de rango legal y no pueden ser vulnerado, ni invadido, modificado o derogado por determinaciones jerárquicamente inferiores como las normas sublegales contenidas en el Decreto No 4025 o en la Providencia.

La legislación contable es competencia del Poder Legislativo Nacional en la medida que el desarrollo legislativo puede afectar *derechos, deberes y garantías constitucionales* [17] y para evitar restricciones arbitrarias o injustificadas se somete a la reserva de ley, justamente porque puede, como en efecto ocurre, constituir limitaciones, cargas o gravámenes que afectan tanto el derecho a la información veraz, la libertad de empresa, industria o comercio [18],

---

15 Artículo 105 de la Constitución Nacional. *"La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación".*

16 Artículo 8 de la Ley de ejercicio de contaduría pública: *"El dictamen, la certificación y la firma de un contador público sobre los estados financieros de una empresa, presume, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ha ajustado a las normas legales vigentes y a las estatutarias cuando se trate de personas jurídicas; que se ha obtenido la información necesaria para fundamentar su opinión; que el balance general representa la situación real de la empresa, para la fecha de su elaboración; que los saldos se han tomado fielmente de los libros y que estos se ajustan a las normas legales y que el estado de ganancias y pérdidas refleja los resultados de las operaciones efectuadas en el período examinado".*

17 Artículo 156, ord. 11 y 32 de la Constitución Nacional: *"Es de la competencia del Poder Público Nacional: ...ord. 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda", y "ord. 32 La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público;* la de bancos y la de seguros; *la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional".*

18 **Artículo 112** de la Constitución Nacional. "Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y

así como la libertad de iniciativa privada[19], sólo limitable por el derecho de las demás personas, la seguridad jurídica el orden público y social.

La contabilidad es un sistema de información cuantitativo especializado que tiene por objeto la representación de la imagen fiel de los patrimonios de los entes económicos para que sea útil a los usuarios de esa información y puedan tomar decisiones racionales sobre el suministro de recursos a la entidad. Esa información para ser útil debe ofrecerse de una manera ordenada, inteligible, sistemática y bajo estándares técnicos que garantizan su comparabilidad, comprensión, relevancia y fiabilidad, puesto que va destinada a personas e intereses vinculados a la seguridad del tráfico jurídico y económico merecedores de protección jurídica.

La razonabilidad de la información financiera viene garantizada por la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)[20]

Cualquier regulación jurídica que entorpezca, degrade o comprometa la razonabilidad de la información financiera, la priva de utilidad en perjuicio de la veracidad informativa que interesa al orden público económico.

Así las cosas, toda restricción de los derechos constitucionales a la veracidad y acceso a la información contable, inherente a la imperiosa necesidad de los contadores públicos de dar fe de la corrección de los hechos con relevancia contable, debe ser la mínima necesaria, mientras que su goce y ejercicio el máximo posible, pero siempre debe emanar del legislador, de modo que toda restricción sólo será legítima si se hace mediante Ley y no en un simple mandato de autoridad, en la medida que toda restricción de derechos debe implicar un contenido material plausible (justificable) y estar dirigida a una finalidad legítima.

La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del poder público, a las cuales debe sujetarse las actividades que realicen (artículo 137 constitucional). Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos nulos (artículo 138 Constitucional).

---

justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país".

19 **Artículo 20** de la Constitución Nacional. "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social".

20 Norma Internacional de Contabilidad N° 1 (NIC 1), sobre presentación de estados financieros (párrafo 13). Las Normas Internacionales de Información Financiera son las normas e interpretaciones adoptadas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (CNIC). Esas normas comprenden las Normas Internacionales de Información Financiera, las Normas Internacionales de Contabilidad y las interpretaciones originadas por el Comité de Interpretaciones Internacionales de Información Financiera (IFRIC) o las antiguas interpretaciones (SIC)

Por lo tanto, al imponer reglas sobre presentación de la información financiera mediante una pretendida contabilidad dual en criptoactivos (veladamente el Petro) y el bolívar, mediante actos normativos sublegales, tanto el presidente de la República como la SUNACRIP a través del Decreto N° 4025 y la Providencia, usurparon funciones del poder legislativo nacional, incurriendo en incompetencia manifiesta de sus facultades, lo que vicia de nulidad absolutos dichos actos, haciéndolos inválidos e ineficaces.

## V. ABUSO EQUIVOCO DEL TÉRMINO CRIPTOACTIVO COMO PRETENDIDA UNIDAD MONETARIA Y UNIDAD DE CUENTA

Pero no solo el Decreto N° 4025 y la Providencia son nulos, inválidos e ineficaces, por incompetencia manifiesta, al usurpar la competencia normativa de la Asamblea Nacional, para pretender legislar en materia contable reservada al Poder legislativo, sino que además son nulos por incurrir en usurpación de la competencia constitucional al atribuir funciones monetarias a los criptoactivos y veladamente al Petro y con ello contrariar el carácter exclusivo y excluyente del bolívar como unidad monetaria de la Republica, por mandato del artículo 318 Constitucional y los artículos 106 y 107 de Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV), todo ello con la finalidad de aplicar los llamados "criptoactivos" y veladamente del Petro, como unidades monetarias y de cuenta para un reporte financiero dual con la moneda de curso legal (el bolívar).

En efecto, mediante el abuso del léxico técnico sobre tecnología de ***block-chain***, la novedad de la materia, la homonimia de los términos criptoactivo, criptomonedas y monedas y con el manejo de una sintaxis enrevesada, la SUNACRIP emplea un sofisma de tránsito para atribuir facultades monetarias a los llamados "criptoactivos", como si se tratara de unidades monetarias.

Con ese abuso equivoco del término "criptoactivo" la SUNACRIP contrarió la designación monetaria constitucional y legal modificándola, usurpó el rango constitucional y la función constituyente, al imponer pretendidas funciones monetarias a los llamados "criptoactivos" que son objeto de imposible uso técnico y práctico como unidad de medida contable, exclusivas de las monedas.

Asimismo, la pretensión de una "contabilidad dual" constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias.

A este fin conviene enfatizar que, según pacífica línea de jurisprudencia del Tribunal Supremo, "… *la contabilidad mercantil de una empresa se lleva*

*en los libros Diario, Mayor e Inventarios y no en cualquier clase de libros o papeles, por lo que no podrá en estos casos ordenarse experticias complementarias del fallo sobre papeles, documentos o correspondencia distinta de la contabilidad mercantil*…"[21]. En palabras resumidas: la contabilidad de una empresa mercantil es una sola y es la que se registra en los libros de contabilidad exigidos por el ordenamiento jurídico y son los habilitados por el Registro Mercantil, *ex* artículos 32, 33, 34, 36 y 37 del Código de Comercio (C.Com)[22]. Los EEFF con propósitos generales son los documentos contables que exteriorizan la información registrada en los libros de contabilidad obligatorios[23]. Cualquier otro documento sobre la contabilidad es complementario y simplemente informativo, con la advertencia de que llevar más de una contabilidad constituye un fraude.[24]

La unicidad informativa es la garantía de confiabilidad y de integridad de la información patrimonial que representan los EEFF, de la "realidad" o "verdad contable", que es una sola. Cualquier disociación informativa degrada las condiciones de comprensión a los usuarios de dicha información, así como los otros muchos usos institucionales de dicha información (i.e. medio de prueba documental de la situación patrimonial de un ente).

La Providencia silencia la referencia al Petro, aunque su uso esta implícitamente incluido en el campo semántico del término genérico "criptoactivos" y su condicionamiento desde el Decreto N° 4025, para imponerlo como pretendida unidad monetaria en el reporte financiero "dual".

---

21 Sentencia de la extinguida Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de fecha 10 de noviembre de 1989, citado en la obra de Arrieta Zinguer, Miguel, "La contabilidad mercantil de los empresarios", en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*; T. I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004, p. 49.

22 *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 475, de fecha 21 de diciembre de 1955.

Los estados financieros contienen y sintetizan la información que es representación de la situación financiera, la actividad o rendimiento financiero y los flujos de fondos financieros de una entidad económica, que no debe ser confundido con un juicio de certeza sobre la misma, pues como se ha dicho, la información contable no es exclusivamente descriptiva, sino también valorativa de los hechos contables relevantes que allí se sintetizan. *Se trata, entonces, de un juicio de razonabilidad respecto de los hechos contables, no de un juicio de certeza.*

24 En materia tributaria considerado *"indicio"* de defraudación tributaria (*"…llevar dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos"*), ***ex*** artículos 116 y 117, ord. 6 del Código Orgánico Tributario. Del mismo modo constituye un ilícito tributario formal relacionado con el deber formal de llevar libros y registros contables y todos demás libros y registros especiales (artículo 102 (8)): *"No llevar en castellano o en moneda nacional los libros de contabilidad y otros registros contables, excepto para los contribuyentes autorizados por la Administración tributaria a llevar contabilidad en moneda extranjera".*

Ni el uso del Petro o de algún criptoactivo ayuda ni incrementa la utilidad de la información financiera, pues no implica información contable más comprensible, comparable o relevante.

Una pretendida contabilidad medida en criptoactivos desquicia frontalmente las bases de comparabilidad de la información financiera de propósito general, pues la variedad de los tipos que puedan ser hipotéticamente utilizados impide la comparación de la información, tanto con los EEFF de la entidad, como con los de cualquier otra entidad[25].

Por el contrario, el uso de criptoactivos o veladamente el Petro grava a los preparadores de los EEFF con un costo de reporte contable adicional económicamente injustificable, así como sus corolarios adicionales, que pueden extenderse mecánica e inconvenientemente a contextos de cumplimiento fiscal como los del IVA en libros de compra, venta y facturas de uso masivo. Esa pretendida doble contabilidad –si llegare a establecerse– generará una complicación práctica innecesaria que hará más irrelevante a la información contable en hiperinflación y en una economía dolarizada de facto.

## VI. INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS CRIPTOACTIVOS (O DEL PETRO) COMO UNIDAD DE MEDIDA CONTABLE

Jurídicamente los "criptoactivos" ni el Petro tienen condición de moneda porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano.

(i) La cualidad legal de moneda esta institucionalizada a través de la designación normativa del medio de pago y la atribución a dicho medio del poder liberatorio ilimitado de obligaciones pecuniarias en una jurisdicción política. En Venezuela solo el bolívar tiene reconocimiento como tal moneda de curso legal. Así lo confirman el artículo 318[26] de la Constitución y los artículo

---

25 Así lo establece el objetivo de la NIC 1 sobre presentación de EEFF: *"El objetivo de esta norma consiste en establecer las bases para la presentación de los estados financieros con propósitos general, a fin de asegurar que los mismos sean comparables, tanto con los estados financieros de la misma entidad como los de otras entidades diferentes"* (párrafo 1).

26 **Artículo 318**. Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

106[27] y 107[28] de LBCV. La Constitución solo faculta alternativamente la posibilidad jurídica de una moneda en el contexto de la integración latinoamericana y caribeña. No prevé otras formas monetarias legales.

(ii) La legalidad administrativa implica y exige que, lo no previsto expresamente, está implícitamente prohibido jurídicamente, es nulo e invalido (artículo 137 constitucional). Adicionalmente, contrariar la designación monetaria constitucional, implica una usurpación del rango constitucional y de la función constituyente, para modificarlo, imponiendo una pretendida nueva moneda de curso legal o funciones de curso legal de imposible cumplimiento práctico.

(iii) Ni siquiera bajo el pretexto de una superior jerarquía normativa del llamado Decreto constituyente sobre "el sistema integral de criptoactivos"[29] pudiera justificarse la modificación exclusiva del bolívar como moneda de curso legal o imponer funciones monetarias a otros medios, pues ese Decreto solo limita su superioridad a los actos de rango legal y no a la Constitución, norma intangible como acto supremo y vértice del orden jurídico en Venezuela[30].

---

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

27 **Artículo 106**. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

28 **Artículo 107**. Corresponde al Banco Central de Venezuela el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República. Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias.

Queda a salvo la regulación relacionada con la emisión de especies para el intercambio de bienes y servicios entre prosumidores, en el ámbito comunal.

29 *Gaceta Oficial* N° 41.575 de fecha 30 de enero de 2019

30 Artículo 2.

(iv) Demás esta decir que el denominado Decreto constituyente sobre criptoactivos ni es decreto ni es constitucional, por ser una vía de hecho normativa producto de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente[31].

(v) Toda autoridad usurpada es invalida y sus actos nulos (artículo 138 constitucional). Por lo tanto, cualquier pretensión normativa subalterna de instituir especies monetarias o pretendidamente monetarias al margen de las posibilidades definidas constitucionalmente, constituye una usurpación de funciones y una extralimitación de atribuciones tanto del presidente de la República, como por la SUNACRIP que vician tanto el Decreto N° 4025, como la Providencia, de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad y determinan la nulidad e invalidez de todos sus actos de aplicación.

## VII. EL BOLÍVAR COMO MONEDA DE PRESENTACIÓN OBLIGATORIA EN VENEZUELA

Precisamente porque el bolívar es la moneda de curso legal, es la unidad monetaria de reporte obligatorio para fines contables. Así lo confirma el artículo 129 de la LBCV[32].

Que el bolívar sea moneda legal de reporte no implica que sea contablemente la moneda exclusiva para la cuantificación de la situación financiera de los entes económicos en Venezuela. La cuantificación de las transacciones y la valoración de los elementos de los estados financieros corresponde a la moneda funcional[33], esto es, aquella que represente sustancialmente la denominación de las transacciones, activos, pasivos, patrimonios, ingresos y gastos, en el entorno económico del ente de cuyo reporte financiero se trate.

---

31 Ver pronunciamiento de las academias nacionales de fecha 6 de mayo de 2017 por el cual denunciaron la ilegitimidad de la actual Asamblea Nacional Constituyente, porque su elección se llevó a cabo en fraude a nuestra constitución (http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronuncia-mientos/2017-05-05%20Pronunciamiento%20conjunto%20sobre%-20ANC%20%20final.pdf).

32 Artículo 129: *"En la contabilidad de las oficinas, públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el Código de Comercio, los valores se expresarán en bolívares. No obstante, pueden asentarse operaciones de intercambio internacional contratadas en monedas extranjeras, cuya mención puede hacerse, aunque llevando a la contabilidad el respectivo contravalor en bolívares. Igualmente, pueden llevarse libros auxiliares para la misma clase de operación, con indicaciones y asientos en monedas extranjeras".*

33 NIC 21, párrafo 8, definiciones: *moneda de presentación "…es la moneda en que se presentan los estados financieros". Moneda funcional "…es la moneda del entorno económico principal en el que opera la entidad". Moneda extranjera (o divisa) "…es cualquier moneda distinta de la moneda funcional de la entidad".*

Así lo prescribe la Norma Internacional de Contabilidad N° 21 (NIC N° 21) sobre "efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera", vinculante legalmente por devenir del reenvío normativo a la técnica contable fundada en la cláusula general prevista en los artículos 35, 304 y 307[34] del CCom, en su referencia al deber de descripción estimatoria del patrimonio del comerciante, así como la determinación del valor real o el que se presuma del acervo social (activos y pasivos) y a la determinación de la utilidad líquida y recaudada como presupuesto de distribución del beneficio como dividendo en el derecho de sociedades. Estas son las únicas proposiciones normativas que hacen referencia a la valoración de elementos de los EEFF en el Código de Comercio[35].

> La presentación de la información contable en bolívares complementa el deber de presentación de la misma información en castellano[36], con el propósito de garantizar la comprensibilidad de esta por los usuarios o destinatarios de aquella. Así lo confirman los artículos 130 y 131 de dicha Ley. El primero establece *"…que todos los memoriales, escritos, asientos o documentos que presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativas a operaciones en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares"*. El segundo enfatiza que, si el documento ha sido otorgado o ha de producir efectos fuera de la República, *"…puede contener expresión de cantidades pecuniarias en moneda extranjera, sin necesidad de indicación de su equivalencia en bolívares".* Por lo tanto, solo debe expresarse en bolívares los documentos –incluidos los contables– que deban producir efectos en Venezuela.

Lo típico es que la moneda funcional sea la moneda de curso legal. En este caso la información contable se cuantifica en bolívares y se reporta en bolívares.

---

34 *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

35 Se trata de una cláusula general que permite activar la regulación técnica contable a través de dichas reglas jurídicas como norma abierta de reenvío hacia la técnica en todo aquello que la haga compatible con la regla legal. La legitimidad del reenvío al tipo, estándar, o al concepto técnico contable dependerá de la justificación en cada caso concreto en que se pretenda su aplicación y por la misma razón será controlable por el Juez con base en razones de pertinencia, consistencia y buena fe. *Vid*., Romero-Muci, Humberto, *El derecho <y el revés> de la contabilidad*, Serie Estudios N° 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011, p. 131.

36 **Artículo 32** del Código de Comercio: *"Todo comerciante debe llevar en idioma castellano su contabilidad, la cual comprenderá obligatoriamente, el libro diario, el libro mayor y el de inventarios. Podrá llevar, además todos los libros auxiliares que estimará conveniente para el mayor orden y claridad de sus operaciones".*

Pero como el bolívar perdió funcionalidad como moneda (como medio de pago y como garantía de valor), no representa como unidad de cuenta la denominación ni la cuantificación de la mayoría de las transacciones que ocurren en la economía actual.

Esa calidad se desplazó al dólar por cumplir esa función de forma más difundida y, en consecuencia, más efectiva. Por eso el dólar americano representa hoy, contablemente, la moneda funcional de muchos operadores económicos en el país para la preparación de sus EEFF. Estos documentos contables deberán traducirse después al bolívar para fines de reporte al tipo de cambio oficial a la fecha de la traducción en cumplimiento del artículo 129 LBCV. Esa información así preparada sirve de insumo para el reporte financiero y fiscal y para todos los demás propósitos legales. En todo caso, independientemente de que el reporte financiero puede hacerse en una moneda distinta a la funcional o de cuantificación (para lo cual el EEFF en moneda funcional deberá traducirse a la moneda de reporte), lo cierto es que, las funciones de cuantificación y reporte contable se cumplen exclusivamente en "unidades monetarias", no mediante el uso de elementos patrimoniales con valor pecuniario transferible como es el caso de cualquier "criptoactivo" o del llamado Petro. La NIC 1 sobre presentación de EEFF[37] es enfática al exigir que la presentación de EEFF es en "unidades monetarias" tal como lo define la NIC 21 sobre efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera.

## VIII. INIDONEIDAD TÉCNICA DE LOS CRIPTOACTIVOS Y DEL PETRO PARA SERVIR COMO UNIDAD DE CUENTA CONTABLE

Ni los "criptoactivos" ni el Petro tienen funcionalidad monetaria para servir como unidad de cuenta. Esto lo comprueba su falta de condición económica de dinero y por lo tanto su inidoneidad para ser utilizado como denominador homogéneo de valor para la expresión cuantitativa de los elementos de los EEFF.

---

[37] Párrafo 46 (d). De igual forma lo exige el Marco conceptual para la información financiera *"los elementos reconocidos en los estados financieros se cuantifican en términos* monetarios. *Esto requiere la selección de una base de medición. Una base de medición es una característica identificada -por ejemplo, costo histórico, valor razonable o valor de cumplimiento- del elemento que está siendo medido"* <párrafo 6 (1)>. (ii) *"Las medidas basadas en el costo histórico proporcionan información monetaria sobre activos, pasivos …"* <párrafo 6 (4)>, (iii) *"…el rreconocimiento involucra la representación del elemento en uno de los estados -solo o como parte de otras partidas- en palabras y mediante un importe monetario y la inclusión de ese importe en uno o más totales del Estado correspondiente. El importe por el que un activo como un pasivo o patrimonio se reconocen en los resultados de situación financiera se denomina como su <<importe en libros>>".*

Tanto es así que, ni siquiera para fines contables los criptoactivos se clasifican como "efectivo" o como "monedas" según los estándares técnicos de las Normas internacionales de información financiera (NIIF)[38]. Entre otras razones porque los criptoactivos no tienen calidad de curso legal en ninguna jurisdicción, esto es, no son de recepción obligatoria ni están respaldados por gobiernos o instituciones oficiales. En Venezuela ya dejamos claro que el Petro no está instituido ni designado como moneda de curso legal.

Los criptoactivos independientemente de que puedan ser usados como medios de cambio, no tienen idoneidad para fijar precios de bienes y servicios directamente. Para denominar precios la unidad de cuenta requiere ser divisible al céntimo, lo cual no es fácil en todos los casos por la volatilidad de los precios de los criptoactivos. Siempre dependen de la referencia a una moneda para cumplir una función de cambio. Si el precio del criptoactivo varia, solo se conoce su valor en términos de esa otra moneda de referencia, lo cual genera confusión, complica su función comparativa de valor y resulta ineficiente[39].

Tampoco los criptoactivo califican como activos financieros porque no suponen un derecho de conversión o redención de algún derecho subyacente al criptoactivo.

Las más recientes clasificaciones para fines contables identifican los criptoactivos como un inventario especial de bienes intangibles, pues su tenencia está asociada en el corto plazo fundamentalmente a su circulación como medio de transferencia de valor, esto es, compra y venta del criptoactivo, generando ganancias y pérdidas por fluctuaciones de valor por tenencia o por realización de estos. El asunto se disipa de la condición de inventario si la tenencia de los criptoactivos es con fines de inversión a largo plazo, en cuyo caso calificaría como inversión[40].

En definitiva, los criptoactivos no son de uso generalizado en la denominación de los elementos patrimoniales que típicamente representan transacciones o hechos económicos con relevancia contable. No representan la sustancia de la actividad económica o de los recursos empleados por los entes

---

38 International financial reporting system (IFRS). Ver PRICE, WATERHOUSE COOPERS, "Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS", No 2019-05 *In depth: a look at current financial reporting issues*, December 2019. Consultado en https://www.google.co.ve/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjHvtzGzPzmAhWRjFkKHVjJAAAQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pwc.com%2Fgx%2Fen%2 Faudit-services%2Fifrs%2Fpublications%2Fifrs-16%2Fcryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf&usg=AOvVaw0WanW8JzR1yMVbpzaGNXbt. El día 11 de enero de 2020.

39 *Cfr*. Bal, Aleksandra, *Taxation, virtual currency and blockchain*, N° 68 Series on international taxation, Wolters Kluwer, the Netherlands, 2019, p. 51.

40 Ver PCW, *op.cit*., p. 5.

económicos en la forma de transacciones sobre compras, ventas, mantenimiento de instrumentos sobre el patrimonio y de deuda, extinción de pasivos y otras formas de crédito. Tampoco cumple por sí mismo una función de significación económica confiable o de almacenamiento de valor de aceptación general. Su falta de uniformidad de valor implica inestabilidad y por lo tanto no puede facilitar la comparación de elementos patrimoniales en el tiempo. No aporta a la eficiencia económica ayudando a los inversores a identificar oportunidades y riesgos para mejorar la asignación del capital mediante el uso de un lenguaje confiable que reduzca los costos de capital y los de información.

En el caso del Petro su uso como un pretendido medio de pago tiene una funcionalidad liberatoria limitadísima, impuesta autoritariamente (normativamente) para transacciones solo de tipo administrativo (que impliquen pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de esas obligaciones monetarias en Petros o como token para el intercambio de bienes proveídos exclusivamente por entes gubernamentales[41]).

---

41 Ver Decreto N° 4.096 de fecha 14 de enero de 2020, "…mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican", publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 6.504 de fecha 14 de enero de 2020. Desde la publicación del Decreto en cuestión en Gaceta Oficial, los servicios desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente de la República, con o sin fines empresariales, acreedores de pagos en moneda extranjera por concepto de tasas, contribuciones, tarifas, comisiones, recargos y precios públicos, procederán a la liquidación y cobro de estas obligaciones monetarias en PTR.

A los efectos de lo previsto en el presente artículo, la acreencia por los conceptos indicados debe responder a la exigencia del pago de aquellos en divisa como moneda única de pago, tales como, entre otros, los correspondientes a:

1. Tasas por servicios prestados por el SAPI (Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual), SAREN (Servicio Autónomo de Registros y Notarías), a las que se refiere el penúltimo aparte del artículo 6 del presente decreto.

2. Tasas administrativas por el SAIME (Servicio Autónomo de Identificación, Migración y Extranjería, previstas en el Decreto-ley de Timbre Fiscal, pagaderas en divisas por extranjeros por actos o documentos vinculados a migración o extranjería.

3. Tasas a favor del INC (Instituto Nacional de Canalizaciones) establecidas en el artículo 17 del Decreto-ley del Instituto Nacional de Canalizaciones.

4. Tarifas por servicios prestados por BOLIPUERTOS (Bolivariana de Puertos) a las que se contrae el artículo 7, numeral 1, de la Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular de Economía y Finanzas y para el Transporte N° 065.

5. Tarifas por servicios prestados por el INEA (Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, a que se refiere el encabezamiento de la Disposición Final Pri-

El Petro siempre estará referido a otra unidad monetaria que signifique el valor efectivo de intercambio, lo cual evidencia su precariedad e impostura monetaria.

Peor aún el Petro es un pretendido criptoactivo radicalmente cuestionado en su validez jurídica[42] y hasta sancionado internacionalmente[43], lo que lo hace inapropiado para generar confianza. Tanto es así que, la pequeña historia del Petro es equívoca e incierta. La mejor doctrina sobre la materia da cuenta que desde que se anunció su creación (enero 2018), el Petro se presentó como criptoactivo, en tanto que para octubre de ese mismo año había sido implementado adicionalmente como unidad de cuenta fluctuante (UCF), para el caso de emisión y renovación de pasaportes. Desde entonces el valor del Petro ha sido ajustado en varias ocasiones con máxima *"…informalidad, imprecisión, inconsistencia, dispersión y complejidad…"* por anuncios del presidente de la Republica. Incluso la última intención es convertirlo en medio de pago para tasas por servicios públicos[44].

Lo más grave es que, el valor del Petro es un misterio[45]. No hay un mercado eficiente que transparentemente evidencie su valor. En medio de tanta

---

mera de la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para el Transporte N° 033 del 2 de mayo de 2018.

6. Tarifas e incentivos pagaderos en divisas para los trámites, derechos aeronáuticos y servicios prestados por el INAC (Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, el IAIM (Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía), así como los Aeropuertos administrados por BAER (Bolivariana de Aeropuertos, S.A.), previsto en la Resolución dictada por el Ministerio del Poder Popular para el Transporte N° 004 del 6 de febrero de 2019."

42 *Cfr*. Carmona Borjas, Juan Cristóbal, *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2019.

43 "A la luz de las recientes acciones tomadas por el régimen de Maduro para intentar eludir las sanciones de los EEUU mediante la emisión de una moneda digital en un proceso que la Asamblea Nacional democráticamente electa de Venezuela ha denunciado como ilegal, *ordenaremos que (...) todas las transacciones relacionadas con (...) cualquier moneda digital o ficha digital, emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela a partir del 9 de enero de 2018, están prohibidas"*. https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/vzeopetro.pdf. https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executi-ve-order-taking-additional-steps-address-situation-venezuela/

44 Ver Carmona Borjas, Juan Cristóbal, *Pago de pasaportes en Petros*, inédito.

45 a) Inicialmente se pretendió que 1 Petro equivaliera al precio de 1 barril de petróleo. Así apareció en el primer borrador del Whitepaper.

b) Cuando Maduro el 17 de agosto de 2018 aludió al Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante para fijar el monto del salario mínimo, mantuvo esa misma posición -1 Petro equivale a 1 barril de petróleo-. En ese momento el barril se cotizaba a US$ 60. De allí que se dijera que un Petro equivalía o valía US$ 60.

opacidad hoy el "valor" del Petro es el que aparece en la página web de la SUNACRIP, esto es, *el valor del Petro no es propio, es el que le fije el gobierno.*

Por lo tanto, ni los "criptoactivos" ni el Petro pueden cumplir función de unidad monetaria contable para fines de reporte y mucho menos de cuantificación de la situación patrimonial.

Pero hay más. Porque los criptoactivos o el Petro no tiene la condición jurídica de moneda ni cumplen función de unidad de cuenta monetaria, no pueden ni deben utilizarse como unidad de medida contable, no son idóneos, ni necesarios para tal fin. Por esa razón, su uso jurídico constituye un objeto ilícito y de imposible ejecución técnica, lo que hace inválido y nulo cualquier acto de aplicación.

---

c) A medida que fue avanzando la idea del Petro y seguramente habiéndose emitido el supuesto criptoactivo, la SUNACRIP comenzó a publicar su valor. Poco después se modificó el whitepaper y se estableció que el valor del Petro *a efectos de su primera emisión* estaría determinado por una fórmula que se basa en una cesta de commodities integradas por: petróleo, hierro, oro y diamántes. Nunca quedó del todo claro si cuando se decía a efectos de su primera emisión era la fijación del precio de venta inicial o si permanentemente esa emisión se valoría con base en esa fórmula.

Debe tenerse en cuenta que el Petro teóricamente puede transarse en el mercado secundario libremente y, por tanto, su valor de mercado pudiera ser diferente al de la fórmula del whitepaper.

d) Luego, el BCV dejó de publicar en su página web el valor del Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante que valga observar se quedó en US$ 80 desde abril de 2019. De esta cotización más nunca se habló. Hoy día, únicamente se encuentra en la página de la SUNCARIP la cotización del Petro como criptoactivo.

e) Es de observar que el último aumento de salario mínimo no se basó en el Petro. Muchas ordenanzas que habían adoptado al Petro (Unidad de Cuenta Fluctuante/ US$ 80) tuvieron que hacer cambios para adaptarse y adoptar a esos mismos fines al Petro como Unidad de Valor.

En todo caso el Petro como Unidad de Cuenta Fluctuante desapareció.

El valor del Petro que actualmente es posible conseguir oficialmente es el que publica la SUNACRIP que en principio obedece a la fórmula del Whitepaper.

A tal punto es cierto lo señalado que, conforme a las publicaciones efectuadas por la SUNACRIP, el 23 de julio de 2019, el "criptoactivo soberano" se cotizaba a Bs. 447.533,19, el 30 de agosto de 2019 en Bs. 1.225.583,02, el 9 de diciembre de 2019 en Bs. 2.513.711,58 y el 8 de enero de 2020 en Bs. 3.349.956,26. Es así como, en menos de seis (6) meses experimentó una variación del 748%.

Recuérdese que, según el artículo 19 (3) de la Ley orgánica de procedimientos administrativos (LOPA), son nulos los actos administrativos particulares o generales cuyo objeto es ilícito o de imposible ejecución[46].

## IX. EL BORRADOR DE BOLETÍN DE APLICACIÓN DE LOS VEN NIF N° 12, V. 0, SOBRE "TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS ESTADOS FINANCIEROS PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS"

La Providencia delegó en la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV) el diseño técnico de esa regulación sobre reconocimiento, medición, presentación y revelación de operaciones con criptoactivos. Se condiciona la eficacia a la regulación a la aprobación de la SUNACRIP (incorrectamente denominada como "autorización").

Es importante observar que la SUNACRIP no tiene competencia administrativa para regular la función normativa técnica de la FCCPV, ni para imponer obligaciones sobre la regulación contable del uso de criptoactivos. Ya hemos dicho que esto es materia de estricta reserva legal.

Pero más allá del tema sobre la incompetencia manifiesta de la SUNACRIP y de la invalidez de la imposición de la Providencia para que la FCCPV regule técnicamente el uso y reporte contable en criptoactivos, una cosa es la iniciativa plausible de reconocer, valorar, presentar y revelar la tenencia de criptoactivos en los EEFF de una entidad y otra es pretender el uso de criptoactivos como unidad de medida monetaria y más perturbador el uso de criptoactivos (veladamente el Petro) como unidad de medida contable con la intención de una "doble contabilidad" con el bolívar.

El proyecto de BA de la FCCPV se hace eco de la intención ilegitima de la SUNACRIP de imponer la medición de EEFF en criptoactivos (y con ello el Petro) y asume erradamente la idoneidad de los criptoactivos como unidad de cuenta monetaria. Esta conclusión se deduce de la propia denominación que usa el proyecto de BA bajo el comprometedor título de *"presentación de estados financieros medidos en criptoactivos"*.

---

[46] **Artículo 19, LOPA**. Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

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

Sin embargo, en el discurso del borrador se distancia de la pretendida "contabilidad dual", haciendo evidente que esa presentación sería con "…*carácter complementario de los EEFF de propósitos generales*", "…*cuando estos no sean la moneda funcional de la entidad*", esto es, hace evidente que los EEFF son unívocos y que esa presentación sería una traducción con limitados efectos complementarios.

La FCCPV asume que los criptoactivos tienen virtualidad monetaria y función cuantificadora como unidad valorativa para fines contables. Así afirma que puede ser utilizado para la presentación de EEFF medidos en criptoactivos. La máxima condescendencia se evidencia de la definición del término "*valor de mercado*" (párrafo 3) señalando que: " *... cuando un Criptoactivo esté sujeto al control de un organismo jurisdiccional que fije su valor, este será el valor de mercado a los efectos indicados en este Boletín*."

1. *Tratamiento genérico para todos los criptoactivos impide la comparabilidad*

La normación de las condiciones de reconocimiento, registro, valoración y revelación de transacciones y tenencia de criptoactivos de forma uniforme (sin discriminar sus características, sentido económico de las transacciones, intenciones de uso y riesgos asociados a las distintas especies), bajo un modelo contable único, como si todos los criptoactivos fueran iguales, constituye una simplificación deformante que desdice de los principios de sustancia sobre forma y realidad económica en el reconocimiento de esos elementos patrimoniales.

2. *El criterio de valoración de los criptoactivos*

El borrador del BA se alínea con el principio de valoración según el principio del valor razonable. Sin embargo, se desvía del principio en lo que respecta a la pretendida valoración de los criptoactivos controlados por la administración pública, según el valor que esta fije, como un equivalente del valor de mercado. Ello contradice frontalmente las propias NIIF y en particular el principio valorativo del "valor razonable", que presupone un mercado, esto es, que nunca es producto de una medición específica y mucho menos de una imposición administrativa. Es más, la técnica contable comparada considera que si un criptoactivo no tiene un mercado activo debe considerarse que su valor razonable vale igual a cero.

Aquí trasluce el despropósito autoritario del régimen de vincular el Petro a un valor artificialmente fijo y con ello descontinuar el uso del bolívar como moneda de presentación debido a su envilecida e inútil condición de unidad de cuenta.

### 3. *Tratamiento ambiguo sobre la medición de EEFF en criptoactivos*

Aparte de incurrir en la misma suposición errada sobre la idoneidad de los criptoactivos como unidad de cuenta monetaria para la medición de EEFF, la FCCPV entra en contradicciones, pues solo los reconoce para fines de presentación y excluye, implícitamente, su uso como moneda funcional. La contradicción consiste en que no puede lógicamente afirmarse a la vez que los criptoactivos tienen función monetaria para fines de presentación y no la tienen como moneda funcional. Si los criptoactivos tienen función monetaria son unidad de medida para fines de presentación como de cuantificación. Pero la realidad es que los criptoactivos no tienen función monetaria como unidad de cuenta ni para fines de presentación y mucho menos de cuantificación.

La contradicción lógica solo evidencia la intención de la FCCPV de servir al despropósito de la Providencia, sin abjurar absolutamente de la técnica y de los principios contables. De un lado se desdobla para (i) aceptar los criptoactivos como unidad de reporte, pero, del otro, maniobra para (ii) rechazar dicha medición como parte de una contabilidad dual, sino solo como información complementaria a los EEFF de propósitos generales.

Por eso también esta maniobra retórica de la FCCPV evidencia un doble discurso defensivo frente la pretensión del gubernamental de imponer una doble contabilidad a través del lenguaje contable.

La FCCPV, en su ambigüedad discursiva, parece que prefiere aceptar la pretendida imposición de la vía de hecho administrativa de medición de EEFF en criptoactivos, a cambio de que no se exija una presentación dual, sino complementaria de los EEFF de propósitos generales.

### 4. *Reflexión final*

En nuestra opinión la FCCPV como máxima autoridad técnica sobre la contabilidad en el país, debe y tiene que desechar toda palabra que no tenga utilidad. Sencillamente debe oponerse a toda pretensión del uso de los criptoactivos (y veladamente del Petro) como unidad de cuenta contable.

Debe actuar con coherencia y con honestidad en el uso de los conceptos y prescripciones de la técnica contable, según el marco conceptual y las normas internacionales de información financiera (NIIF):

(i) *Solo las unidades monetarias tienen funcionalidad como unidad de cuenta*. Ni los criptoactivos ni el Petro cumplen esa función.

(ii) El uso de criptoactivos degrada las condiciones de comparabilidad de la información financiera.

(iii) Solo es imaginable un hipotético uso de criptoactivos para presentación de información adicional no monetaria a la información financiera básica.

Esta es una posición que debe adoptarse previamente al propio discurso contable sobre criptoactivos, con la valentía para negarse a usar el lenguaje de la manipulación y de la opresión.

## CONCLUSIONES

(i) Los criptoactivos no cumplen función de unidad de medida porque no tiene la condición económica ni jurídica de moneda. Que los criptoactivos cumplan funciones de medio de cambio y puedan ser valorados económicamente (siempre en términos de alguna moneda), no los convierte, ***per se***, en unidad monetaria, ni en unidad de cuenta y mucho menos en moneda.

(ii) Jurídicamente ni los "criptoactivos" ni el Petro tienen condición de "moneda" porque no están designados, ni se le atribuye función monetaria de curso legal como tal por el ordenamiento jurídico venezolano. Solo el bolívar tiene la condición de moneda de curso legal y las funciones de reporte para fines contables. Así lo confirman los artículos 318 Constitucional y 106, 107 y 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV).

(iii) La pretensión de una "contabilidad dual" constituye una yuxtaposición de conceptos intrínsecamente contrarios, es irrazonable, pues técnicamente solo puede y debe haber una contabilidad, independientemente de que esa misma información pueda reportarse o traducirse en otra moneda o ser objeto de informaciones complementarias o adicionales, monetarios o monetarias.

(iv) La posibilidad del uso de distintos criptoactivos confundirá a los usuarios de la información con información incomparable y gravará a los preparadores de los EEFF con un costo de reporte contable adicional técnicamente innecesario y económicamente injustificable, contrarios al interés público en la utilidad y confianza en la información contable.

## BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA ZINGUER, Miguel, "La contabilidad mercantil de los empresarios", en *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*; Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004.

BAL, Aleksandra, *Taxation, virtual currency and blockchain*, N° 68 Series on international taxation, Wolters Kluwer, the Netherlands, 2019.

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal, *Pago De Pasaportes En Petros*, Inédito.

_____ *Mundo jurídico de las criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2019.

ROMERO-MUCI, Humberto, *El derecho <y el revés> de la contabilidad*, Serie Estudios N° 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2001.

_____ "La mentira contable: Crónica de incomunicación y engaño1<Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC2 N° 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019>", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13 (en homenaje al académico profesor James-Otis Rodner), Caracas 2019

FEDERACIÓN DE COLEGIOS DE CONTADORES PÚBLICOS DE VENEZUELA, *Proyecto de BA VEN NIF N° 12, v. 0*, sobre "tratamiento contable de la tenencia de los criptoactivos en los estados financieros preparados de acuerdo con VEN NIF y la presentación de estados financieros medidos en criptoactivos", Directorio Nacional Ampliado Extraordinario, Caracas, diciembre 2019.

*Legislación.*

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial N°* 5.908 *Extraordinaria*, de fecha 19 de febrero de 2009.

Venezuela. Código de Comercio, publicado en *Gaceta Oficial* N° 475 Extraordinaria, de fecha 21 de diciembre de 1955.

Venezuela. Ley del Banco Central de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* N° 6.211, de fecha 30 de diciembre de 2015.

Venezuela. Ley de ejercicio de la Contaduría Pública, publicada en *Gaceta Oficial N°* 30.273 de fecha 5 de diciembre de 1973.

Venezuela. Decreto N° 4.025 "Mediante el cual se instruye a las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas en cuanto a la obligatoriedad del registro de información y hechos económicos expresados contablemente en Criptoactivos Soberanos, sin perjuicio de su registro en bolívares, según corresponda", publicada en *Gaceta Oficial* N° 41.763 de fecha 19 de noviembre de 2019.

Venezuela. Decreto N° 4.096 que "mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican", publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 6.504 de fecha 14 de enero de 2020

Venezuela. Providencia N° 098-2019 de fecha 26 de diciembre de 2019 emanada de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos, sobre "Providencia que regula el registro contable de operaciones y hechos económicos expresados con criptoactivos", publicada en *Gaceta Oficial* N° 41.788 de fecha 26 de diciembre de 2019.

*Documentos electrónicos.*

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, "Declaración de las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del gobierno nacional. (sobre reconversión del bolívar y uso de criptoactivos)" del 10 de abril de 2018, en [http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronunciamientos/Comunicado%20conjunto%20corto%20%20Nuevo%20-cono%20monetario%20%20y%20Petro%20(I).pdf]

_____ "Pronunciamiento de las Academias Nacionales denunciando la ilegitimidad de la actual Asamblea Nacional Constituyente, porque su elección se llevó a cabo en fraude a nuestra constitución", del 6 de Mayo de 2017, en: (http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronunciamientos/20 17-05-05%20Pronunciamiento%20conjunto%20sobre%-20ANC%20%20final.pdf).

COMITÉ DE NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD (IASC), Norma Internacional de Contabilidad N° 1 (NIC 1), sobre *presentación de estados financieros,* http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/010.NIIF%20Vigente/130.NIIF%2013%20Valoraci%C3%B3n%20del%20valor%20razonable.pdf

_____ Norma Internacional de Contabilidad (NIC) N° 21 sobre *efectos de las variaciones en los tipos de cambio de la moneda extranjera,* disponible en web: [http://eifrs.ifrs.org/eifrs/bnstandards/es/2019/ias21.pdf]

_____ Norma internacional de información financiera No 13 (NIIF N° 13) sobre *medición del valor razonable.* http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/010.NIIF%20Vigente/130.NIIF%2013%20Valoraci%C3%B3n%20del%20valor%20razonable.pdf

GALEA, Jean, "Accounting for Cryptoassets", September 2019. Disponible en web: [https://jeangalea.com/cryptocurrencies-accounting/]

INSTITUTE OF SINGAPORE CHARTERED ACCOUNTANTS, "Accounting for Cryptoassets: From a Holder's Perspective", *In depth: ISCA Financial Reporting Guidance ("FRG").* November 2019. Disponible en web: [https://isca.org.sg/media/2823668/ed-frg-2-accounting-for-cryptoassets-from-a-holder-s-perspective.pdf]

PRICE, WATERHOUSE COOPERS, "Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS", No 2019-05 *In depth: a look at current financial reporting issues*, December 2019. Disponible en web: [https://www.google.co.ve/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjHvtzGzPzmAhWRjFkKHVjJAAAQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pwc.com%2Fgx%2Fen%2Faudit-services%2Fifrs%2Fpublications%2Fifrs-16%2Fcryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf&usg=AOvVaw0WanW8JzR1yMVbpzaGNXbt]. El día 11 de enero de 2020

SIXT E., and HIMMER K, *Accounting and Taxation of Cryptoassets*, July 2019. Disponible en web [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3419691]

WALKER C.W, Martin y LUU, Jose, *Block chain and the nature of money*, https://www.academia.edu/attachments/49526119/download_file?st=MTU3OTk4NTg3MywxODYuMTY3LjI0NS45OQ%3D%3D&s=swp-splash-paper-cover

# EL PROCESO DE CANONIZACIÓN
## LA PERSPECTIVA JURÍDICA EN RELACIÓN A LA CAUSA DEL VENERABLE DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ

Gerardo FERNÁNDEZ V.*

**Palabra clave**: *Proceso de canonización. Perspectiva jurídica del proceso de canonización. Causa de santidad del Venerable Dr. José Gregorio Hernández.*

El presente trabajo tiene por objeto el análisis y descripción de las normas jurídicas aplicables al proceso de canonización establecidas por la Iglesia Católica; todo ello en relación y a propósito del proceso, que, en tal sentido, se sigue al Venerable Doctor José Gregorio Hernández, por ante las autoridades eclesiásticas competentes.

## I. INTRODUCCIÓN A LAS CAUSAS DE CANONIZACIÓN

En los términos de José Luis Gutiérrez, se entiende por causa de canonización "el conjunto de pasos que, según un procedimiento minuciosamente determinado, se suceden desde que la autoridad competente da inicio a las averiguaciones sobre la santidad de un Siervo de Dios hasta que esa santidad es proclamada por el Papa, en acto solemne de canonización"[1].

Agrega dicho autor, que tanto la beatificación como la canonización:

> Son actos pontificios mediante los cuales se autoriza el culto público en honor de un Siervo de Dios: santa misa, liturgia de las horas, exposición de imagen con la aureola u otros signos de santidad, veneración de reliquias, etc. La diferencia consiste en que la beatificación concede ese culto dentro de un ámbito limitado (una diócesis o institución de la Iglesia, etc.), mientras

---

* Profesor de Derecho Constitucional. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

1 Gutiérrez, José Luis. *La normativa actual sobre las causas de canonización*, Ius Canonicum, XXXII, N° 63, 1992, 39-35.

que la canonización –que, desde el punto de vista dogmático, es también un acto infalible del Papa– permite un culto en toda la Iglesia, sin ninguna restricción de lugar.[2]

La beatificación conlleva a que una persona fallecida, en virtud de una declaración papal, se le pueda rendir un culto limitado y en ciertos lugares; la canonización, por su parte, es la declaración definitiva de santidad, se le registra en la lista del canon, pudiéndose rendir culto ilimitado al virtuoso cristiano.

Pedro María Reyes V. señala, que:

> Por canonización se entiende el acto pontificio por el que el Santo Padre declara que un fiel ha alcanzado la santidad. El proceso de canonización es uno de los procesos especiales que están regidos por una norma específica. Por la canonización, se autoriza al pueblo cristiano la veneración del nuevo santo de acuerdo con las normas litúrgicas. La canonización actualmente es un acto reservado exclusivamente a la autoridad pontificia.[3]

La beatificación es un paso previo a la canonización, siendo que esta última es un proceso más avanzado y constituye la declaración final de santidad. *Para ser canonizado, previamente el fallecido debe haber sido declarado por el Papa como beato. Una vez que es canonizado se incluye al beato en el canon, que no es más que la lista de santos. El santo tiene un privilegio divino y se entiende, desde el punto de vista religioso, que está en contacto directo con Dios.* En una beatificación, lo que se reconoce es que alguien ha entrado en el cielo y puede interceder por aquellos que rezan en su nombre. Al nombrar a alguien beato, la iglesia reconoce que ha llevado una vida virtuosa y santa, al canonizarlo, el culto es universal e ilimitado.

Así, la Carta Apostólica en forma de *Motu Proprio "maiorem hac dilectionem*" sobre el ofrecimiento de la vida de fecha 11 de julio de 2017, establece que son dignos de consideración y honor especial para la beatificación y, eventualmente, posterior canonización:

> Aquellos cristianos que, siguiendo más de cerca los pasos y las enseñanzas del Señor Jesús, han ofrecido voluntaria y libremente su vida por los demás y perseverado hasta la muerte en este propósito. Es cierto que el ofrecimiento heroico de la vida, sugerido y sostenido por la caridad, expresa una imitación verdadera, completa y ejemplar de Cristo y, por tanto, es merecedor de la admiración que la comunidad de los fieles suele reservar a los que han aceptado voluntariamente el martirio de sangre o han ejercido heroicamente las virtudes cristianas.

---

2 *Ídem.*

3 Reyes Vizcaíno, Pedro María. *El proceso de beatificación y canonización, Ius Canonicum* - Derecho Canónico - Otros procesos especiales. Consultado vía página web.

Igualmente, el Papa Juan Pablo II declaró:

> Entre ellos Dios elige siempre a algunos que, siguiendo más de cerca el ejemplo de Cristo, dan testimonio preclaro del reino de los cielos con el derramamiento de su sangre o con el ejercicio heroico de sus virtudes. La Iglesia, que desde los primeros tiempos del cristianismo siempre creyó que los Apóstoles y los Mártires en Cristo están unidos a nosotros más estrechamente, los ha venerado particularmente junto a la bienaventurada Virgen María y a los Santos Ángeles, y ha implorado devotamente el auxilio de su intercesión. A ellos se han unidos también otros que imitaron más de cerca la virginidad y la pobreza de Cristo y además aquellos cuyo preclaro ejercicio de las virtudes cristianas y de los carismas divinos han suscitado la devoción y la imitación de los fieles. La Sede Apostólica, que desde tiempos inmemorables escruta los signos y la voz de su Señor con la mayor reverencia y docilidad por la importante misión de enseñar, santificar y gobernar el Pueblo de Dios que le ha sido confiado, propone hombres y mujeres que sobresalen por el fulgor de la caridad y de otras virtudes evangélicas para que sean venerados e invocados, declarándoles Santos y Santas en acto solemne de canonización, después de haber realizado las oportunas investigaciones.[4]

Asimismo debemos señalar, que la declaratoria de "Siervo de Dios" es el primer calificativo o grado que se le otorga a un fallecido o candidato que se inicia en el proceso de beatificación y canonización; dicho grado lo concede el obispo diocesano cuando dicta el decreto de introducción de la causa, una vez que la Congregación para la Causa de los Santos dicta el decreto *nihil obstat,* que constituye la respuesta formal de la Santa Sede autorizando el inicio el proceso para la beatificación. El título de "Venerable" de la iglesia se otorga a todo "Siervo de Dios", una vez que el Sumo Pontífice dicta el decreto de virtudes heroicas, culminada la fase romana del proceso para la beatificación y antes de que se cumpla el proceso para el milagro, fase final que concluye con la beatificación decretada por el Papa.

Conforme a los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, las causas de beatificación y canonización se refieren a un fiel católico que en vida, en su muerte y después de su muerte, tuvo fama de santidad, viviendo heroicamente todas la virtudes cristianas; o que bien goza de fama de martirio. La fama de santidad es la opinión espontánea, auténtica, estable, continúa y extendida entre los fieles acerca de la muerte sufrida por el siervo de Dios por la fe o por una virtud relacionada con la fe o acerca de las gracias y favores recibidos a través de la intercesión del Siervo de Dios.

---

[4] Constitución Apostólica Divinus Perfectionis Magister del Sumo Pontífice Juan Pablo II Sobre La Nueva Legislación Relativa a las Causas de los Santos. Roma, el 25 de enero de 1983.

De esta manera quedan definidos en cuanto a su naturaleza y alcance los términos beatificación y canonización y quienes puede ser honrados a los fines de que se les incluya en la lista de beatos y luego, eventualmente, en el canon o lista formal de los santos. Como será analizado en su oportunidad, las virtudes requeridas para ello son el ofrecimiento de la vida o martirio de sangre y el ejercicio heroico y ejemplar de las virtudes cristianas y de los carismas divinos que han suscitado la devoción y la imitación de los fieles.

Debemos agregar, que en la causa de beatificación justificada en ofrecimiento de la vida, tal como lo estatuye la Carta Apostólica en forma de Motu Proprio "*maiorem hac dilectionem*" sobre el ofrecimiento de la vida. En tal sentido, el ofrecimiento a la vida como causa de beatificación debe cumplir con los siguientes criterios:

a) ofrecimiento libre y voluntario de la vida y heroica aceptación *propter caritatem* de una muerte segura, y a corto plazo;

b) relación entre el ofrecimiento de la vida y la muerte prematura;

c) el ejercicio, por lo menos en grado ordinario, de las virtudes cristianas antes del ofrecimiento de la vida y, después, hasta la muerte;

d) existencia de la fama de santidad y de los signos, al menos después de la muerte;

e) necesidad del milagro para la beatificación, sucedido después de la muerte del Siervo de Dios y por su intercesión.[5]

## II. NORMAS APLICABLES A LOS PROCESOS DE CANONIZACIÓN

La Iglesia Católica, desde hace varios siglos, viene regulando los procesos, para la declaración de Santos en acto solemne de canonización, después de haber realizado las oportunas investigaciones, mediante proceso complejos y prolijos.

En primer lugar, el Papa Sixto V, le otorgó a la Congregación de los Sagrados Ritos, por él fundada, la instrucción "*Causarum canonizationis*". Dicha norma se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo; en tal sentido, el Papa Urbano VIII promulga la Carta Apostólica *Caelestis Hierusalem cives* el 5 julio de 1634 y el Decreto *servanda in canonizatione et beatificatione Sanctorum* del 12 de marzo de 1642. Luego, el Papa Benedicto XIV fue el autor

[5] Artículo 1 de la Carta Apostólica en forma de Motu Proprio "*maiorem hac dilectionem*" sobre el ofrecimiento de la vida de fecha 11 de julio de 2017.

de la obra titulada "*De Servorum Dei beatificatione et de Beatorum canonizatione*", contentiva de normas que estuvieron vigentes durante casi dos siglos en la Sagrada Congregación de Ritos. Más tarde, dichas normas fueron recogidas sustancialmente por el "*Codex Iuris Canonici*" o Código de Derecho Canónico, promulgado en 1917.

Por su parte, el Papa Pío XI, mediante la Carta Apostólica *"Giá da qualche tempo*", promulgada "*Motu proprio*" el 6 de febrero de 1930, creó la Sagrada Congregación de Ritos, a la que confió el estudio de las causas históricas de canonización. Asimismo, el 4 de enero de 1939, dicho Papa Pio XI promulgó las "*Normae servandae in construendis processibus ordinariis super causis historicis* y, posteriormente, el Papa Pablo VI, dictó la Carta Apostólica "*Sanctitas clarior*", promulgada "Motu proprio" el día 19 de marzo de 1969 y la Constitución Apostólica "*Sacrae Rituum Congregatio*" del 8 de mayo de 1969, creando en esta oportunidad dos nuevos dicasterios: a uno le encomendó todo lo relativo al culto divino y, al otro, el examen de la causa de los santos.

Actualmente, el canon 1403 del Código de Derecho Canónico establece, que el proceso que se sigue en las causas de canonización se rige por una ley especial. Asimismo indica, que a la causas de canonización se aplican las prescripciones del Código, cuando esa ley haga remisión al derecho universal o se trate de normas que, por su misma naturaleza, rigen también esas causas.[6] Demos advertir que la norma en cuestión está inserta dentro del Libro VII, de los Procesos, Parte I, referente a los Juicios en General.

En tal sentido, el procedimiento de canonización está recogido en la Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*, de 25 de enero de 1983, en el *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* de 11 de julio de 2017 y en las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum* promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983 y en el Mensaje de Benedicto XVI al prefecto de la Congregación para las Causas de los Santos. Asimismo, la Congregación de la Causa de los Santos ha dictado el "*Santorum Mater*", que establece el procedimiento introductorio diocesano o eparquial en la causa de los santos.

Según lo señala el Preámbulo de la Constitución Apostólica *Divinus Perfectionis Magister* del Sumo Pontífice Juan Pablo II sobre la Nueva Legislación Relativa a las Causas de los Santos del 25 de enero de 1983, "El progreso experimentado por las disciplinas históricas en nuestro tiempo ha hecho ver la necesidad de dotar a la Congregación competente con un instrumento más adecuado de trabajo y que responda mejor a los postulados de la crítica."

---

[6] Código de Derecho Canónico. Canon 1403 § 1. Las causas de canonización de los Siervos de Dios se rigen por una ley pontificia peculiar. § 2. A esas causas se aplican además las prescripciones de este Código, cuando esa ley haga remisión al derecho universal o se trate de normas que, por su misma naturaleza, rigen también esas causas.

La Constitución Apostólica de 1983, tal como lo señala su preámbulo, indica

> Después de las más recientes experiencias, nos ha parecido oportuno revisar la forma y procedimiento de instrucción de las causas y estructurar la misma Congregación para las Causas de los Santos, de tal manera que queden satisfechas las exigencias de los peritos y los deseos de nuestros hermanos en el Episcopado, quienes varias veces solicitaron la simplificación de las normas, salvaguardando naturalmente la solidez de las investigaciones en un asunto de tanta importancia. Juzgamos también, a la luz de la doctrina de la colegialidad propuesta por el Concilio Vaticano II, que es muy conveniente que los mismos obispos estén más asociados a la Sede Apostólica en el estudio de las causas de los santos.

Igualmente, en dicho preámbulo se declara, que una vez entrada en vigencia dicha Constitución, para el futuro, quedarán abrogadas todas las leyes de cualquier orden que atañan a este asunto.

La Carta Apostólica en forma de *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* sobre el ofrecimiento a la vida, del 11 de julio de 2017, introducen nuevos preceptos para adelantar proceso de canonización, por ser dignos de consideración y honor especial:

> Aquellos cristianos que, siguiendo más de cerca los pasos y las enseñanzas del Señor Jesús, han ofrecido voluntaria y libremente su vida por los demás y perseverado hasta la muerte en este propósito. Es cierto que el ofrecimiento heroico de la vida, sugerido y sostenido por la caridad, expresa una imitación verdadera, completa y ejemplar de Cristo y, por tanto, es merecedor de la admiración que la comunidad de los fieles suele reservar a los que han aceptado voluntariamente el martirio de sangre o han ejercido heroicamente las virtudes cristianas.[7]

En tal sentido, una vez escuchada la opinión favorable de la Congregación para las Causas de los Santos, en el Pleno del 27 de septiembre de 2016, el Sumo Pontífice promulgó estas nuevas normas. Las mismas, fundamentalmente otorgan competencia a los obispos diocesanos y de más jerarquías equiparadas en derecho, dentro de los límites de su jurisdicción, sea de oficio, sea a instancias de fieles o de grupos legítimamente constituidos o de sus procuradores, el derecho a investigar sobre la vida, virtudes, ofrecimiento de la vida o martirio y fama de santidad, de ofrecimiento de la vida o martirio, milagros atribuidos, y, si se considera necesario, el antiguo culto al Siervo de Dios, cuya canonización se pide y que se haga por separado el examen de los milagros atribuidos y el examen de las virtudes, del ofrecimiento de la vida o del martirio.

---

[7] Preámbulo del *Motu proprio Maiorem hac dilectionem* de 11 de julio de 2017.

Además, se derogan parcialmente los artículos de la *Normae servandae in inquisitionibus ab Episcopis facendis in Causis Sanctorum* en cuanto a las causa justificadas en las virtudes o el ofrecimiento de la vida del Siervo de Dios.

Por su parte, las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum* promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983, establece normas que debe observarse en las investigaciones que hagan los Obispos en las Causas de los Santos. "De hecho, la Constitución Apostólica *Divinus Perfectionis Magister*, del 25 de enero de 1983, ha establecido un nuevo procedimiento para las investigaciones que en lo sucesivo han de realizar los Obispos en las causas de los santos; y también se ha encomendado a esta Congregación la tarea de redactar unas Normas peculiares para este fin. La Congregación redactó las Normas siguientes, que el Sumo Pontífice quiso fueran examinadas por la Congregación plenaria de los Padres que presiden la referida Congregación, en la reunión que tuvieron durante los días 22 y 23 del mes de junio de 1981 y, después de oír también a todos los Padres que están al frente de los Dicasterios de la Curia Romana, las confirmó y mandó que fueran promulgadas."[8]

Asimismo, la Congregación de las Causas de los Santos, el 17 de mayo de 2007, previo el parecer de los Cardenales y Obispos Miembros de la Congregación, y visto que el Sumo Pontífice Benedicto XVI la aprobó y ordenó su publicación; sancionó la "Instrucción sobre el procedimiento instructorio diocesano o eparquial en las Causas de los Santos". El preámbulo de dicha Instrucción establece:

> Después de la promulgación de la Constitución Apostólica y de las *Normae servandae*, la Congregación, con la experiencia adquirida, publica la presente Instrucción para favorecer una colaboración más estrecha y eficaz entre la Santa Sede y los Obispos en las causas de los Santos.
>
> Esta Instrucción tiene como finalidad aclarar las disposiciones de las leyes en vigor sobre las causas de los Santos, facilitar su aplicación e indicar la manera de llevar a cabo lo establecido en ellas, tanto en las causas recientes como en las antiguas. Por lo tanto, se dirige a los Obispos diocesanos, a los Eparcas, a quienes son equiparados a ellos por el derecho y a cuantos participan en la fase instructoria del procedimiento. Para tutelar de modo eficaz la seriedad del procedimiento instructorio diocesano o eparquial, la Instrucción expone los pasos sucesivos del mismo, determinados por las *Normae servandae*, subrayando de manera práctica y por orden cronológico el modo de su aplicación.

---

[8] Preámbulo de las Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983.

Se expone en primer lugar cómo se han de instruir los procedimientos diocesanos o eparquiales que tienen por objeto las virtudes heroicas o el martirio de los Siervos de Dios. Antes de aceptar la causa, el Obispo deberá hacer algunas averiguaciones previas, para comprobar si es o no conveniente instruirla. Tomada la decisión de admitir la causa, dará comienzo al procedimiento propiamente dicho, ordenando que se recojan las pruebas documentales de la causa. Si no aparecen obstáculos insuperables, se procederá al interrogatorio de los testigos y, finalmente, a clausurar el procedimiento instructorio y a enviar las actas a la Congregación, donde tendrá lugar la fase romana de la causa, o sea la fase de estudio y de juicio definitivo acerca de la misma.

Por lo que se refiere a los procedimientos acerca de supuestos milagros, la Instrucción pone en evidencia y aclara algunos aspectos de la aplicación de las normas que, en los últimos veinte años, han planteado a veces problemas prácticos.[9]

Igualmente, el Sumo Pontífice Francisco promulgó el 7 de marzo de 2016, las Normas sobre la Administración de los Bienes de las Causas de Beatificación y Canonización y el 5 de diciembre de 2017, aprobó las Instrucciones sobre las Reliquias en la Iglesia: Autenticidad y Conservación.

## III. TIPOS DE CAUSAS Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

### 1. *Naturaleza del proceso*

El canon 1403 del Código de Derecho Canónico establece, que el proceso que se sigue en las causas de canonización se rige por una ley especial. Asimismo indica, que a la causa de canonización se aplican las prescripciones del Código Canónico, cuando esa ley haga remisión al derecho universal o se trate de normas que, por su misma naturaleza, rigen también esas causas. Demos advertir que la norma en cuestión está inserta dentro del Libro VII, de los Procesos, Parte I, referente a los Juicios en General.

En efecto, si bien el Código de Derecho Canónico sitúa la regulación de las causas de canonización dentro del "Libro de los Procesos" y en la parte referente a los "Juicios en General", dichas causas no tienen una naturaleza judicial, ni constituyen un proceso litigioso en sentido estricto. En efecto, si bien en las causas de canonización se utiliza un léxico judicial, (libelo, tribunal, jueces, prueba documental y testimonial, admisión o inadmisión de la causa, ente otras expresiones), no estamos en presencia de un proceso en sentido estricto, sino en sentido general o amplio. El tribunal y los jueces no de-

[9] Congregación para las Causas de los Santos. Preámbulo "*Instrucción sobre el procedimiento instructorio diocesano o eparquial en las Causas de los Santos"*. Roma, 17 de mayo de 2007.

ciden, sólo tramitan y sustancian un procedimiento. El tribunal designado en las diferentes etapas y sedes del proceso únicamente recaba, procesa y valora las pruebas promovidas, admitidas y evacuadas, sin emitir ninguna decisión de fondo sobre el proceso; emiten dictámenes, relaciones o informes que tienen un valor referencial o informativo para el Sumo Pontífice, quien es el que decide en definitiva.

Sobre este particular y apoyando la posición anterior, José Luis Gutiérrez señala lo siguiente:

> El objeto de una causa de canonización difiere del que es propio de un juicio, ya que sus promotores pueden sólo pedir la canonización de un Siervo de Dios, pero no alegar un derecho a obtenerla. Además, la decisión de la causa no corresponde a los jueces que en las distintas fases han de intervenir o dar su parecer: los dictámenes emitidos por éstos tienen sólo un valor informativo para el Papa, a quien compete tomar la decisión. Estas características muestran que sólo en sentido amplio puede aplicarse a las causas de canonización la calificación de proceso y que su naturaleza meramente instructoria, previa a un acto pontificio, les hace asemejarse, por ejemplo, al procedimiento previsto para la concesión de la dispensa sobre el matrimonio rato y no consumado. Esto no impide que el procedimiento para la canonización deba desarrollarse de manera muy parecida a un juicio y que, por el peso de las pruebas que en él se exigen, haya sido comparado por la doctrina a un juicio contencioso e incluso a un proceso penal.[10]

En términos generales, el proceso de canonización transcurre, en su primera etapa, en sede diocesana, y una vez que la Congregación para las Causas de los Santos, examina el informe del obispo diocesano y, si considera que no existe impedimento para continuar la causa, dicta el decreto "Nihil obstat"; a partir de este momento, el obispo diocesano dicta el decreto de introducción de la causa y declara al fallecido candidato como "Siervo de Dios" y designada un tribunal que tiene competencia para sustanciar la causa. En tal sentido, dicho tribunal asume una función de sustanciación del proceso o causa para la beatificación; no tiene capacidad de decisión y su trabajo se limita a recabar pruebas testimoniales y documentales sobre el Siervo de Dios y presentar relaciones, informes o dictámenes sobre las pruebas recabas y el cumplimento de los requisitos exigidos para la beatificación y canonización.

El proceso se tramita sea, por el obispo con jurisdicción en el lugar donde falleció el candidato (sede diocesana) o por ante la Congregación para las Causas de los Santos (sede vaticana), cumpliendo complejas labores de investigación sobre la vida y virtudes del candidato y asumiendo un dedicado trabajo de promoción y evacuación de pruebas que avalen las virtudes y vida santificada y comprobación técnica y teológica del candidato.

---

[10] *Idem.*

Dichas instancias nada deciden, sólo otorgan mérito y valor técnico y teológico a las pruebas recabadas y obra analizada. Sólo, en última y única instancia, previo los informes o dictámenes favorables de los órganos antes mencionados y tras pasar con éxito todos los filtros desplegados en sede diocesana y en la Congregación competente y sus órganos internos, es que el Sumo Pontifico decide sobre la beatificación y canonización de un virtuoso cristiano y, en tal sentido, decreta su beatificación o su santidad.

### 2. *Tipos de causas y procedimientos*

Existe cuatro vías para tramitar las causas de santidad: i) la vía del martirio; ii) la vía de las virtudes heroicas y iii) la vía del ofrecimiento de la vida. Asimismo, existen cuatro etapas o grados en el complejo y prolijo proceso de canonización: i) siervo de Dios; ii) venerable; iii) beato y; iv) por último, santo.

Por su parte, el proceso sólo puede iniciarse cinco años después de fallecido el candidato. Comporta una etapa previa a la beatificación, transcurre, en primer lugar, en sede diocesana o local, en jurisdicción eclesiástica donde falleció el candidato y, luego, culminada esta etapa, transcurre el proceso en sede vaticana. La causa puede ser reciente o antigua. Las causas antiguas solo se admiten pruebas escritas y el procedimiento se centrar sobre las investigaciones de los peritos históricos y archivísticos; las causas recientes admiten pruebas testimoniales y documentales.[11]

El proceso o causa comienza, i) en esta etapa previa, con la postulación del candidato, lo cual tiene lugar en sede diocesana y luego de dictado el decreto "*Nihil obstat"*, por parte de la Congregación para las Causas de los Santos, el candidato es declarado siervo de Dios. Posteriormente, ii) en sede diocesana, se inicia el proceso para la declaratoria de venerable, una vez que culmina esta etapa en la correspondiente diócesis, se remiten las actas a la Congregación para las Causas de los Santos, a los fines de su verificación y, si se le da curso y se decreta el "Positio" por parte de la congregación señalada, se le declara venerable al siervo de Dios por parte del Cardenal correspondiente. iii) Una vez comprobado que el venerable ha realizado un milagro es que pude ser declara beato por parte del Papa y de esta manera culmina el proceso de beatificación. Por último, iv) el proceso de canonización, declaratoria de santidad, o el ingreso al canon de los santos, se decreta por el Sumo Pontífice cuando se ha comprobado un segundo milagro.

En caso de causas de mártires, el milagro no es requisito fundamental para la declaratoria de beatitud y santificación. La beatificación y la canonización son declaradas por decretos del Santo Pontífice.

---

[11] Artículos 28 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

Es importante señalar lo expresado por el Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre la naturaleza y objeto de las causas de los santos:

> Las causas se han de incoar y estudiar con sumo cuidado, buscando diligentemente la verdad histórica, a través de pruebas testimoniales y documentales *omnino plenae*, puesto que su única finalidad es la gloria de Dios y el bien espiritual de la Iglesia y de todos los que buscan la verdad y la perfección evangélica. Los pastores diocesanos, decidiendo coram Deo cuáles son las causas que merecen ser incoadas, han de valorar ante todo si los candidatos al honor de los altares gozan realmente de una sólida y difundida fama de santidad y de milagros o de martirio. Esta fama, que el Código de derecho canónico de 1917 quería que fuera "*spontanea, non arte aut diligentia procurata, orta ab honestis et gravibus personis, continua, in dies aucta et vigens in praesenti apud maiorem partem populi"* (can. 2050, 2), es un signo de Dios que indica a la Iglesia quiénes merecen ser puestos en el candelero para "iluminar a todos los que están en la casa" (Mt 5, 15). Es evidente que no se podrá iniciar una causa de beatificación y canonización si no se ha comprobado la fama de santidad, aunque se trate de personas que se distinguieron por su coherencia evangélica y por particulares méritos eclesiales y sociales.[12]

(i) *Etapa declaratoria de Siervo de Dios. Postulación del candidato en sede diocesana*.

Es la iniciación del proceso de canonización. La idea es presentar y dar a conocer al candidato a siervo de Dios y recabar sus datos biográficos, virtudes y testimonios.

En tal sentido, compete a los obispos diocesanos, dentro de los límites de su jurisdicción, sea de oficio o a instancias de los fieles o de grupos legítimamente constituidos o de sus procuradores, el derecho de investigar sobre la vida, virtudes, ofrecimiento a la vida o martirio y fama de santidad.[13]

Conforme a los artículos 7 y 8 de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, el postulador de la causa es el encargado de recoger la documentación a que se refiere la fama de santidad, de fama en virtud de favores y gracias por intercesión del siervo de Dios o martirio del candidato y el obispo diocesano del lugar donde falleció el candidato, evaluará y se cerciorará de dicha fama.

En esta investigación previa realizada en la diócesis donde falleció el candidato, el obispo debe proceder conforme a las normas muy estrictas y

---

12 Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para las Causas de los Santos. Vaticano, 24 de abril 2006.

13 Artículo 1 Constitución Apostólica *Divinus perfectionis Magister*. Ciudad del Vaticano 25 de enero de 1983 y art. 1 del *Motu proprio Maiorem hac dilectionem.* Ciudad del Vaticano, 11 de julio de 2017.

detalladas emanadas de la Congregación para la Causa de los Santos y de deberá recabar de manera exhaustiva información sobre la vida y virtudes del candidato. El obispo diocesano y el postulador de la causa solicitan el inicio del proceso para la beatificación y canonización presentando el detallado informe sobre la vida y virtudes de la persona de quien se trate.

Es requisito indispensable que la Congregación para la Causa de los Santos, examine el informe que produzca el obispo competente sobre la solicitud de inicio de la causa y, si esta Congregación considera que no existe impedimento para continuar la causa, dicta el decreto "*Nihil obstat*"; a partir de este momento, el obispo diocesano promulga el decreto de introducción de la causa y, a partir de ese momento, se declara al candidato "Siervo de Dios". [14]

Debemos señalar, que el "*Nihil obstat*", por naturaleza, no es una autorización o habilitación o buena pro para continuar la causa –iniciar la causa es competencia del obispo diocesano– sino que constituye una suerte de verificación o comprobación de que no existe a futuro algún circunstancia u obstáculo que impidan o perturben continuar la buena marcha de la causa.

(ii) *Etapa de declaratoria de venerable*

- *En sede diocesana*

Decretado el "*Nihil obstat*" por parte de la Congregación para las Causas de los Santos, el obispo diocesano competente designada un tribunal. Este tribunal sólo tiene competencia para sustanciar la causa; su naturaleza sustanciadora, no decisoria, implica recabar pruebas testimoniales y documentales sobre el Siervo de Dios y presentar los correspondientes dictámenes sin valor decisorio, únicamente informativos. Por su parte, una comisión de censores nombrada igualmente por el obispo diocesano competente analiza la ortodoxia de los escritos del Siervo de Dios. Una vez culminada la etapa de sustanciación de la causa se remite el informe a la Congregación para la Causa de los Santos, quien decreta el "Positio", declaración formal para decretar el grado de venerable por parte del cardenal competente.

Desarrollemos el proceso: Conforme al artículo 1 de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, el fin de dichas causas es recoger las pruebas para alcanzar la certeza moral acerca de las virtudes heroicas o del martirio del Siervo de Dios del que se pide la beatificación.

El tribunal en cuestión está conformado por el delegado episcopal (delegado del obispo), el promotor de justicia (encargado de que el proceso se cumplas las normas procesales), el notario (asume funciones secretariales y

---

[14] Artículos 45 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

certificación de actas) y los peritos (médicos, históricos y archivísticos)[15]. Asimismo, el obispo competente designa un postulador de la causa, experto en teología, derecho canónico e historia y conocedor de la praxis de la Congregación para las Causa de los Santos. Dicho postulador se encarga de seguir el proceso instructorio, realiza las investigaciones a que haya lugar e informa al obispo diocesano sobre el resultado de dichas investigaciones, además, está obligado a actuar en interés de la Iglesia y debe buscar la verdad con conciencia y honradez y, por último, administra los bienes de la causa.[16]

Conforme a los artículos 25 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos, el postulador presenta al obispo diocesano el libelo de demanda, que no es más que una petición escrita, solicitando el inicio de la causa. El libelo debe indicar los hechos y pruebas que afirma, afín de solicitar el inicio de la causa. A dicho libelo se le debe acompañar una relación breve, pero detallada sobre las circunstancias particulares que caracterizan el caso; la lista de testigo y; todos los documentos que se refiere la causa.[17]

Luego de presentado el libelo, el obispo competente informa y consulta a los obispos de la Conferencia Episcopal.[18] Asimismo, debe publicar el libelo en cuestión para abrir la consulta a los fieles e interesados.[19]

La instrucción de la causa está detalladamente regulada, en cuanto a las partes que actúan en el procedimiento, el régimen aplicable a las sesiones de instrucción de la causa, y las pruebas, su promoción, evacuación y valoración, en la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

Debemos señalar, que las pruebas documentales son analizadas por una comisión de censores teólogos, cuyos nombres deben permanecer en secreto[20] y, asimismo, el obispo diocesano debe nombrar a los peritos históricos y archivísticos que constituyen la comisión histórica, encargada de recabar

---

15 Artículos 53 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

16 Artículos 12 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

17 Artículos 36 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

18 Artículo 36 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

19 Artículos 43 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

20 Artículos 62 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

los documentos relacionados con el siervo de Dios sobre su vida, obra y virtudes heroicas.[21]

Por su parte, las pruebas testificales se inician luego de recabar las pruebas documentales y los interrogatorios son preparados por el promotor de justicia, con la colaboración de los expertos designados.[22]

El procedimiento instructorio implica la publicación, traducción, certificación y cotejo de las actas. Igualmente, el obispo diocesano designa a un portador de las acatas, quien deberá consignar ante la Santa Sede. Se debe llevar a cabo la última sesión o sesión de clausura, donde se culmina el informe que será llevado a la Congregación de las Causas para los Santos. [23]

- *En sede vaticana*

La Congregación para la Causa de los Santos, designa al Relator de la Causa, quien elabora el "Positio", donde se incluyen toda la información, testimonios y documentos recabados sobre la vida y virtudes del Siervo de Dios. Dicho "Positio" es discutido y analizado, previamente por una comisión de teólogos designada por la Congregación competente y, sobre el parecer de dicha comisión de teólogos, la plenaria de cardenales y obispos de dicha Congregación para la Causa de los Santos, discute y delibera para, si fuera el caso, aprueba el "Positio". Dicho "Positio" aprobado es remitido al Papa para que el decida sobre la promulgación del Decreto de Heroicidad de Virtudes y declare al Siervo de Dios, a partir de ese momento, "Venerable".

Con dicho título de "Venerable" se reconoce que el fallecido vivió y practicó la santidad y, las virtudes cristianas en grado heroico. La declaración en cuestión la lleva a cabo el cardenal con jurisdicción en el lugar donde vivió el virtuoso cristiano.

Para las causas por martirio, el declarado mártir en esta etapa puede ser beatificado de inmediato, mediante decreto del Sumo Pontífice. Para las causas sobre las virtudes heroicas del venerable, se debe probar un milagro.

(iii) *Etapa de la beatificación*

- *En sede diocesana*

El obispo del lugar en que haya ocurrido la sanación debe iniciar la investigación del presunto milagro con intersección del venerable.

---

21 Artículos 68 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

22 Artículos 77 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

23 Artículos 124 y subsiguientes de la Instrucción sobre el Procedimiento Instructorio Diocesano o Eparquial en las Causas de los Santos.

Sobre este tema el Papa Benedicto XVI, señaló:

> El segundo tema que afronta vuestra plenaria es el "milagro en las causas de los santos". Es sabido que desde la antigüedad el itinerario para llegar a la canonización incluye la comprobación de las virtudes y de los milagros atribuidos a la intercesión del candidato al honor de los altares. Además de asegurarnos de que el siervo de Dios vive en el cielo en comunión con Dios, los milagros constituyen la confirmación divina del juicio expresado por la autoridad eclesiástica sobre su vida virtuosa. Deseo que la plenaria profundice este tema a la luz de la tradición de la Iglesia, de la teología actual y de los avances más acreditados de la ciencia.
>
> No hay que olvidar que en el examen de los acontecimientos milagrosos afirmados confluye la competencia de los científicos y de los teólogos, aunque la palabra decisiva corresponde a la teología, la única capaz de dar una interpretación de fe del milagro. Por eso, en el procedimiento de las causas de los santos se pasa de la valoración científica de la consulta médica o de los peritos técnicos al examen teológico por parte de los consultores y, sucesivamente, de los cardenales y obispos. Además, hay que tener presente claramente que la práctica ininterrumpida de la Iglesia establece la necesidad de un milagro físico, pues no basta un milagro moral.[24]

Por milagro se debe entender la sanación que no se puede explicar científicamente y que se atribuye a la intercepción del venerable. El milagro debe ser físico y normalmente de naturaleza médica.

José Luis Gutiérrez, sobre este aspecto señala:

> Prescindiendo en este momento de un análisis teológico del concepto de milagro, a los efectos que aquí interesan podemos considerar como milagro un hecho que –en cuanto a su substancia, en cuanto al sujeto o en cuanto al modo– no pueda explicarse según las leyes de la naturaleza, y haya sido realizado por Dios respondiendo a la intercesión de un Siervo suyo. Por eso, en el proceso acerca de un presunto milagro, se habrán de recoger pruebas: a) sobre el hecho en sí mismo; b) sobre la atribución de ese hecho a la intercesión de un determinado Siervo de Dios.[25]

Tal como lo prescribe la normativa vigente, el proceso para el milagro se debe hacer por separado del examen por las virtudes, del ofrecimiento de la vida o el martirio.[26]

---

[24] Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para las Causas de los Santos. Vaticano, 24 de abril 2006.

[25] José Luis Gutiérrez. *La normativa actual sobre las causas de canonización*, Ius Canonicum, XXXII, N° 63, 1992, p. 60.

[26] Artículo 2.5 del Motu *proprio Maiorem hac dilectionem* del 11 de julio de 2017.

Sobre el proceso del milagro José Luis Gutiérrez lo resume citando, de una manera clara y precisa, las *Normae servandae in inquisitionibus ab episcopis faciendis in causis sanctorum,* promulgadas por la Congregación para las Causas de los Santos el 7 de febrero de 1983, en los siguientes términos:

> Antes de solicitar formalmente la apertura del proceso acerca de un milagro, el postulador ha de estar seguro de que su petición está bien fundamentada; para eso, solicitará previamente el parecer de expertos en la materia de que se trate. Dado que los milagros examinados en las causas de canonización suelen consistir en curaciones prodigiosas, nos referiremos exclusivamente a ellas en las observaciones que siguen: a) es competente para realizar el proceso el Obispo del territorio en el que ha tenido lugar el presunto milagro. Una vez recibido del postulador el escrito o súplica para que se abra el proceso, acompañado de un informe breve pero cuidadoso acerca del posible milagro y de la documentación relacionada con él, el Obispo solicitará el parecer de uno o dos expertos; b) si el Obispo juzga que debe abrirse el proceso, nombra a los componentes del tribunal, y el promotor de justicia (con la ayuda de un experto) prepara los interrogatorios; c) si se trata de una curación, el tribunal estará asesorado por un médico que, en todo lo que se refiera a los aspectos técnicos, ser quien formule las preguntas a los testigos y solicite las aclaraciones oportunas; d) si la persona curada vive todavía, habrá de ser visitada por algunos médicos, para comprobar su estado de salud actual y si su curación ha sido duradera; e) entre los testigos, deben ser llamados los médicos que asistieron a la persona durante su enfermedad. Si se negasen a comparecer ante el tribunal, el juez procurará que, por lo menos, presenten un informe jurado sobre el curso que siguió la enfermedad; si ni siquiera esto se consigue, tratará el juez de que al menos manifieste su parecer a una persona que sirva de enlace y pueda ser interrogada. Entre los documentos, habitualmente será indispensable incluir la historia clínica del enfermo. Habrá que presentar pruebas completas acerca de la enfermedad (diagnóstico, medicación y pronóstico), así como de la invocación del Siervo de Dios a cuya intercesión se atribuya el milagro (quiénes la han pedido, con qué oraciones, etc.).

Culminado el informe en sede diocesana, se remite el mismo a la Congregación para las Causas de los Santos, quien estudiara el milagro atribuido al venerable en una comisión de peritos médicos, luego en un congreso especial de teólogos y, más tarde, si dicho presunto milagro es aprobado por mayoría en estas dos instancias previas, pasa a la Congregación de los cardenales y obispos para su aprobación. Si ello sucede se presenta el presunto milagro al Sumo Pontífice para que decrete la beatitud.

Si bien la beatificación es un acto pontifico, será realizada por un Cardenal en nombre del Papa y el rito, que transcurre en una celebración eucarística, tiene lugar en la diócesis que ha promovido la beatificación.

iv) *Etapa de canonización*

Para lograr la canonización se debe probar un nuevo milagro. Con lo cual se debe seguir nuevamente el proceso descrito anteriormente. El milagro debe tener lugar en fecha posterior a la beatificación.

Una vez seguido el procedimiento antes descrito para comprobar que el milagro se produjo por intersección del beato, el Santo Padre decreta la canonización y su registro en el canon o lista de santos. La fecha de canonización y la celebración del rito correspondiente se decide en el Consistorio de Cardenales.

## IV. NORMAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES EN LAS CAUSAS DE BEATIFICACIÓN Y CANONIZACIÓN Y SOBRE LAS RELIQUIAS

### 1. *Normas sobre la administración de los bienes de las causas de los Santos*

En fecha 4 de marzo de 2016, el Sumo Pontífice Francisco, aprobó las Normas sobre la administración de los bienes de las Causas de beatificación y canonización, las cuales se promulgaron y publicaron el 7 de marzo de 2016, entrando en vigor *ad experimentun* por tres años a partir de la fecha de su aprobación.

Las normas en cuestión constan de seis artículos, sobre: los bienes de la causa y designación del administrador; la administración de los bienes; la vigilancia sobre la administración; la contribución del actor a la Sede Apostólica; el fondo de solidaridad y; por último, sobre la entrada en vigor de las normas.

Tal como lo señala la premisa de dichas normas, procesos de esta naturaleza, por su complejidad, requieren esfuerzo, dedicación y trabajo, lo cual comporta gastos importantes que de alguna manera se deben sufragar. Asimismo, estas normas pretenden la racionalización de los gastos y la transparencia en su administración, calificando dichos fondos o bienes como públicos.

De acuerdo al artículo 1 de las normas, una vez que se admite una causa, se debe constituir un fondo para sufragar los gastos de la misma. El fondo se constituye por la oferta o aportes de personas físicas o jurídicas. Dicho fondo, tendrá una naturaleza de "Causa pía". El solicitante o actor en el proceso de beatificación o canonización, con el consenso del obispo diocesano, designa al administrador del fondo, siendo que el Postulador General puede ejercer el cargo de administrador. El administrador debe llevar de manera profesional y transparente la gestión encomendada, llevando la contabilidad de acuerdo a las reglas del oficio.

El artículo 3, establece que en principio, durante la fase diocesana del proceso, le corresponde al obispo diocesano la vigilancia y supervisión de la administración de los fondos. Por su parte la Congregación para las Causas de los Santos, como alta autoridad de supervisión puede solicitar en cualquier momento al administrador, cualquier información financiera y la documentación relacionada y, asimismo, tiene competencia sancionatoria y disciplinaria, en caso de que haya lugar.

En el artículo 4 se consagra, que se deberá hacer una contribución por parte del actor o solicitante a la Sede Apostólica, estableciendo que, para la fase romana, se le pedirá una aportación fijada por la Congregación para las Causas de los Santos y se establecen las etapas en que dicha aportación debe tener lugar. Después de la canonización, la Congregación para las Causas de los Santos, en nombre de la Sede Apostólica, dispone del eventual remanente del fondo teniendo. Es posible, en caso de dificultad para sostener los costos en fase romana, que la Congregación para las Causas de los Santos haga su aporte o contribución, a fin de paliar tal situación.

### 2. *Normas sobre las reliquias en la Iglesia*

En fecha 5 de diciembre de 2017, el Sumo Pontífice Francisco aprobó la Instrucción sobre Las Reliquias en la Iglesia: Autenticidad y Conservación, cuyo texto ha sido publicado en *L'Osservatore Romano* del 17 de diciembre de 2017, entrando en vigor en esa misma fecha.

La introducción de dichas normas nos explica de manera clara que debe entenderse por reliquias, y de esta manera establecer el objeto de protección y conservación de las normas que nos ocupan; en tal sentido, señalan lo siguiente:

> Las reliquias en la Iglesia han recibido siempre una especial veneración y atención porque el cuerpo de los Beatos y de los Santos, destinado a la resurrección, ha sido en la tierra el templo vivo del Espíritu Santo y el instrumento de su santidad, reconocida por la Sede Apostólica mediante la beatificación y la canonización. Las reliquias de los Beatos y de los Santos no pueden ser expuestas a la veneración de los fieles sin el correspondiente certificado de la autoridad eclesiástica que garantice su autenticidad.
>
> Tradicionalmente son consideradas *reliquias insignes* el cuerpo de los Beatos y de los Santos o partes considerables de los propios cuerpos o el volumen completo de las cenizas derivadas de su cremación. A estas reliquias los Obispos diocesanos, los Eparcas, cuantos a ellos son equiparados por el derecho, y la Congregación de las Causas de los Santos reservan un especial cuidado y vigilancia para asegurar su conservación y su veneración y para evitar los abusos. Por lo tanto, deben custodiarse en específicas urnas selladas y colocadas en lugares que garanticen su seguridad, respeten su carácter sagrado y favorezcan el culto.

> Son consideradas *reliquias no insignes* los pequeños fragmentos del cuerpo de los Beatos y de los Santos o incluso objetos que han estado en contacto directo con sus personas. A ser posible deben ser custodiadas en tecas selladas. En cualquier modo, deben ser conservadas y honradas con espíritu religioso, evitando cualquier forma de superstición y de comercialización.
>
> Una disciplina similar se aplica también a los *restos mortales* (*exuviae*) de los Siervos de Dios y de los Venerables, cuyas Causas de beatificación y canonización están en proceso. Hasta que no sean elevados al honor de los altares por medio de la beatificación o de la canonización, sus restos mortales no pueden gozar de ningún culto público, ni de esos privilegios que están reservados solo para el cuerpo de quien ha sido beatificado o canonizado.

Asimismo, dicha introducción establece el contenido de las normas en cuestión; en tal sentido indica:

> Esta *Instrucción* presenta el procedimiento canónico a seguir para verificar la autenticidad de las reliquias y de los restos mortales, para garantizar su conservación y para promover la veneración de las reliquias mediante las posibles operaciones específicas: reconocimiento canónico, extracción de fragmentos y preparación de reliquias, traslado de la urna y enajenación de las reliquias. Se expone, además, lo que es necesario para obtener el consentimiento de la Congregación de las Causas de los Santos para llevar a cabo estas operaciones y el procedimiento a seguir para la peregrinación de las reliquias.

Debemos señalar, que el artículo 1 de las Instrucciones le otorga competencia "para realizar todas las eventuales operaciones sobre las reliquias o sobre los restos mortales al Obispo de la diócesis o de la eparquía, donde son custodiados, con el consentimiento previo de la Congregación de las Causas de los Santos." Y el artículo 2 es claro en consagrar, que "Antes de emprender cualquier operación sobre las reliquias o sobre los restos mortales es necesario observar todo lo prescrito por la legislación civil local y obtener, de conformidad con dicha ley, el consentimiento del heredero." Y que "Antes de la beatificación de un Venerable Siervo de Dios, el Obispo competente invite al heredero a donar los restos mortales a la Iglesia a través de un instrumento jurídicamente reconocido por las autoridades civiles y eclesiásticas, con el fin de poder salvaguardar su conservación."

Las normas en cuestión son precisas en regular, la disposición exacta de las reliquias, la traslación (es decir, el traslado permanente), la enajenación de las reliquias (es decir, ceder permanentemente la propiedad) y las peregrinaciones de reliquias (es decir, transferidas temporalmente a otras diócesis).

Asimismo, en fase diocesana de la causa, se debe hacer el reconocimiento canónico de los restos del siervo de Dios o venerable. Así, los artículos 13 y subsiguientes de las Instrucciones detallan la forma y procedimientos que se deben llevar a cabo a tal fin: sitio del reconocimiento, fecha y hora, personas

autorizadas para presenciar tal reconocimiento, el régimen de confidencialidad requerido, disposición de los restos mortales y manejo de los mismos, maneras de proceder con los restos mortales y solemnidades a cumplir, peritos autorizados para llevar a cabo la tarea, identificación analítica de todas las partes del cuerpo, descripción en detalle de su estado y de todo esto elaboración de un informe, para luego proceder a la conservación y disposición definitiva de los restos mortales.

Por su parte, los artículos 21 y subsiguientes detallan y regulan lo referente a la extracción de fragmentos y preparación de las reliquias. El caso es que cuando "la canonización de un Beato o la beatificación de un Venerable Siervo de Dios sea inminente (…), en el contexto de un legítimo reconocimiento canónico, se puede proceder, siguiendo las instrucciones del perito anatómico, a la extracción de algunas partes pequeñas o de fragmentos, ya separados del cuerpo". Asimismo se establece, que "dichos fragmentos deben ser entregados por el Obispo o por el Delegado Episcopal al Postulador o al Vicepostulador de la Causa para la elaboración de las reliquias."

Conforme al artículo 22 de las Instrucciones, "el Obispo, habiendo escuchado la opinión del Postulador de la Causa, decida el lugar donde serán custodiados los fragmentos extraídos.

Se hace evidente, en los términos del artículo 25, que "están estrictamente prohibidos el comercio (es decir, el intercambio de una reliquia a cambio de una compensación en especie o en dinero) y la venta de reliquias (es decir, la cesión de la propiedad de una reliquia tras el pago de un precio), así como su exhibición en lugares profanos o no autorizados."

### 3. *Régimen de la exhumación en el derecho venezolano*

Anteriormente hemos señalado, que de acuerdo a la Instrucción sobre las reliquias, el obispo diocesano donde se hallan los restos mortales el siervo de Dios o venerable, antes de emprender cualquier operación sobre las reliquias o sobre los restos mortales, debe observar todo lo prescrito por la legislación civil local y obtener, de conformidad con dicha ley, el consentimiento del heredero; asimismo, antes de la beatificación de un venerable siervo de Dios, el obispo competente debe invitar al heredero a donar los restos mortales a la Iglesia a través de un instrumento jurídicamente reconocido por las autoridades civiles y eclesiásticas, con el fin de poder salvaguardar su conservación. Asimismo, resulta indispensable obtener las autorizaciones o licencias, de las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación de cada país, para exhumar o trasladar los restos mortales del venerable siervo de dios.

Sobre el consentimiento de los familiares para para que la Iglesia pueda disponer de los restos mortales, no existe ninguna previsión expresa en la legislación venezolana. Sin embargo, una manifestación de esta naturaleza, conociéndose los herederos del venerable siervo de Dios, podría documentarse y autenticarse, dicha manifestación, por ante notario, que otorga fe pública

de la firma y fecha de la expresión de tal consentimiento. Sobre este tema se pueden resaltar dos asuntos: primero, si el siervo de Dios no tiene heredero conocido y, segundo, en caso de que se conozcan, quienes están habilitados para otorgar un consentimiento de esta naturaleza.

Si no hay herederos conocidos, lo lógico es que el obispo diocesano declare ante notario la imposibilidad de conseguir o determinar, en el caso concreto, heredero conocido y dicha declaración presentarla ante las autoridades competentes en caso de ser exigidas al momento de exhumar o trasladar los resto mortales el siervo de Dios o de alguna manera disponer de dichos restos mortales. Somos del criterio que, en caso de conocerse herederos, estarían habilitados para otorgar ese consentimiento, los sucesores directos asentados en la planilla sucesoral emitida por la autoridad tributaria competente o, también, aquellos herederos señalados en el acta de defunción emitida por el registro civil competente.

Pudiera haber transcurrido un tiempo importante entre el fallecimiento del siervo de Dios y la necesidad de realizar los señalados tramites y, por ello, no existir herederos directos, como lo antes indicados; en ese caso, el consentimiento, ante notario, lo podrían otorgar aquellos descendientes con capacidad de demostrar tal descendencia.

Para el caso del Venerable Siervo de Dios Dr. José Gregorio Hernández, tal consentimiento esta verificado, en la medida que ya la Arquidiócesis de Caracas, desde el 23 octubre de 1975, mantiene bajo resguardo y conservación en la Iglesia de la Parroquia La Candelaria, en la ciudad de Caracas, los restos mortales del venerable.

En lo referente a la exhumación y eventuales traslados de los restos de un venerable siervo de Dios en Venezuela, debemos señalar que está vigente la Ley para la Regulación y Control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios[27].

En primer lugar, dicho texto legal nos define qué se debe entender por exhumación y, en tal sentido, en el artículo 5.12 nos indica, que "Exhumación: es el acto de desenterrar el cadáver, previo cumplimiento de ley por solicitud de las autoridades judiciales competentes."

Asimismo, el artículo 32 de dicho texto legal nos indica, que:

> La exhumación de cadáveres o restos humanos podrá efectuarse después de transcurridos cinco años de la inhumación, previo el otorgamiento del permiso de exhumación emitido por el órgano competente, con correspondiente exposición de motivos y destino de los restos.

---

[27] Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.358 de fecha 18 de febrero de 2014.

La exhumación de cadáveres o restos humanos antes de haber transcurrido cinco años de la inhumación podrá realizarse, previo otorgamiento del permiso correspondiente por parte de las autoridades sanitarias, en los siguientes casos:

1. Cuando lo ordenen las autoridades judiciales.

2. Casos especiales determinados por la autoridad competente.

Quien incumpla lo dispuesto en el presente artículo será sancionado con multa entre trescientas Unidades Tributarias (300 U.T.) y cuatrocientas Unidades Tributarias (400 U.T.).

De otra parte, conforme a los artículos 34 y 35 de la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Cementerios y Servicios Funerarios, publicada en Gaceta Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal Extra N° 1.454-C de fecha 22 de abril de 1994, reimpresa en la Gaceta Municipal del Municipio Libertador del Distrito Federal Extra N° 1.695-A de fecha 3 de octubre de 1997, actualmente vigente, para el caso del municipio Libertador, por vía especial o excepcional se admiten las exhumaciones cuando los restos mortales vayan a ser trasladados al Panteón Nacional o una edificación de carácter religioso y que en cada caso se deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley o reglamentos sobre la materia.

De la normativa citada anteriormente podemos concluir, en primer lugar, que en Venezuela están permitidas las exhumaciones; en segundo término, la exhumación de cadáveres o restos humanos podrá efectuarse después de transcurridos cinco años de la inhumación; en tercer lugar, que dicha exhumación puede llevarse a cabo, previo el otorgamiento del permiso de exhumación emitido por el órgano competente, con correspondiente exposición de motivos y destino de los restos y, por último, que está previsto, para el caso del Municipio Libertador, las exhumaciones cuando los restos mortales vayan a ser trasladados a una edificación de carácter religioso, cumpliéndose los requisitos establecidos en la ley o reglamentos sobre la materia.

Debemos señalar, que el único permiso o requisito establecido para una exhumación de esta naturaleza, parece ser el permiso sanitario expedido por el misterio de salud.

En el caso específico de los restos del Venerable Siervo de Dios Dr. José Gregorio Hernández, los mismos se encuentran bajo cuidado y protección de la Iglesia, en recinto religioso. Dichos restos ya fueron exhumados en fecha 23 de octubre de 1975, y trasladados del Cementerio General del Sur a la capilla del antiguo baptisterio en la Iglesia de la Candelaria, donde reposan actualmente. A los efectos de un eventual reconocimiento canónico de sus restos mortales y verificación de reliquias, con motivo de su beatificación, somos del criterio que se debe tratar como un acto interno, un rito litúrgico, de la Arquidiócesis de Caracas, para lo cual la legislación venezolana vigente no

establece particular requisito o autorización. Eso sí, se deben cumplir los extremos, requisitos, ritos y formalidades exigidos por las normas eclesiásticas, señaladas anteriormente.

Asimismo, es menester señalar, que el Artículo 22, de la ley comentada, regula las inhumaciones (acto de disposición final del cadáver o restos humanos), de la siguiente manera:

> Las inhumaciones se efectuarán, a excepción de cenizas, únicamente en los cementerios, previo cumplimiento de lo dispuesto por la presente Ley, sin que le sea permitido a ninguna autoridad expedir ordenes, para que aquellas se efectúen fuera de éstos, salvo en las situaciones planteadas en este Capítulo. La inhumación se efectuará de las siguientes formas: inhumación de cenizas, en bóveda, en nicho, en osario y en fosa. La inhumación en bóvedas, fosas o nichos; el cadáver o restos humanos deben encontrarse dentro del ataúd. La inhumación en osarios contendrá los restos en ataúd con características especiales. En el caso de la inhumación de cenizas, las mismas deberán estar contenidas en un cenizario. **Solo se permitirán las inhumaciones de cadáveres o restos humanos sin ataúd por razones religiosas o culturales. Las inhumaciones especiales se harán fuera de los cementerios cuando la autoridad competente así lo decida y lo autorice en las siguientes situaciones:** 1. Por epidemias, se harán bajo las especificaciones e instrucciones sanitarias del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, quien podrá habilitar otros lugares para tales fines. 2. Las que hayan de efectuarse en el Panteón Nacional. **3. La inhumación de los prelados de la Diócesis Arzobispal, quienes serán inhumados en los lugares donde las autoridades eclesiásticas así lo dispongan y cualquier tipo de regulación que sus autoridades determinen. 4. En el caso de personalidades, cuya trayectoria la haya hecho acreedor o acreedora al honor de ser sepultado o sepultada en un monumento u otro sitio que a tal fin se determine, previa autorización de los familiares y de acuerdo a lo establecido por el Ejecutivo Nacional**." (subrayado nuestro)

## V. EL PROCESO DE BEATIFICACIÓN DEL VENERABLE DOCTOR JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ

El 16 de enero de 1986, su Santidad Papa Juan Pablo II dictó el Decreto de Heroicidad de Virtudes y declaró al Siervo de Dios al Dr. José Gregorio Hernández, a partir de ese momento, "Venerable".

Tal como lo relata la crónica consultada en los medos de comunicación y rede sociales:

> El proceso se inició en junio de 1949, a los 30 años de su muerte, siendo Arzobispo de Caracas Mons. Lucas Guillermo Castillo quien ordenó la etapa informativa. En agosto de 1957 se hizo el proceso rogatorial realizada en la Habana donde su Cardenal Manuel Arteaga Y Betancourt había estudiado

con el Doctor en Caracas. En abril de 1964 se declaró que no había impedimento para proseguir con el resto del sumario. La Causa se introdujo oficialmente el 4 de mayo de 1972. Para ello se realizó en Caracas, entre julio de 1973 y enero de 1976, un juicio apostólico para recopilar información. El caso se trasladó a Roma para que en la Congregación de la Causa de los Santos donde se llevó a cabo las llamadas animadversiones, a cargo del –abogado del diablo–, que intenta desvirtuar al candidato. El 23 octubre de 1975 los retos fueron trasladados a la iglesia parroquial la Candelaria. En septiembre de 1985 es aprobado el expediente sobre las virtudes heroicas y es declarado Venerable, título que da la Iglesia a quienes considera un modelo de vida cristiana, digno de ser imitado por los fieles. El heroísmo y las virtudes fueron proclamadas por Juan pablo II en enero de 1986. La Comisión de la Iglesia venezolana presentó tres milagros, los cuales fueron rechazados. En la actualidad se está por presentar un milagro en la curación de hidrocefalia. Se está a la espera de la respuesta de médicos especialistas quienes lo estudian con mucha delicadeza.[28]

Asimismo, el sacerdote Francisco Javier Duplá, S.J. y Axel Capriles M. nos relatan sobre este particular, lo siguiente:

El primer paso en este trámite consiste en solicitar la apertura de la causa de beatificación por parte del tribunal apropiado de la Santa Sede, que es la Congregación de Ritos, solicitud que debe ser encabezada o al menos refrendada por alguna autoridad eclesiástica de la zona. Este paso fue dado el 19 de marzo de 1948 por el sobrino de José Gregorio, Ernesto Hernández Briceño, con el refrendo del arzobispo de Caracas, monseñor Lucas Guillermo Castillo. Hecha la solicitud, el secretario del arzobispo pidió al sobrino de José Gregorio que escribiera una biografía de su tío para acompañar el expediente.

El segundo paso consiste en nombrar un postulador de la causa, o sea, una persona que se preocupe de impulsarla, recogiendo testimonios de las personas que conocieron al difunto sobre su fama de santidad, que en el caso del doctor José Gregorio Hernández era espontánea y mantenida. El postulador debe recoger y revisar sus escritos y demostrar que no hay un culto anticipado, es decir, una veneración como si fuera santo, con estatuas en los altares y oraciones en las que se le tributa culto. El primer postulador de la causa de beatificación de José Gregorio Hernández fue el padre Antonio de Vegamián, Custodio de los padres capuchinos. El proceso de beatificación comenzó su andadura en septiembre de 1949. Se hizo una lista de muchas personas que le conocieron y le trataron personalmente, entre los que se encontraba su amigo Santos Aníbal Domínici, el doctor José Manuel Núñez Ponte, cronista de Caracas, varios eclesiásticos de Venezuela, el cardenal de Cuba, y sus testimonios quedaron incorporados al proceso judicial.

---

[28] https://es.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Gregorio_Hern%C3%A1ndez

Desafortunadamente no se tomaron todas las declaraciones y después de cinco años el proceso se estancó.[29]

Como quedo evidenciando anteriormente en este trabajo, las causas de los santos son largas, rigurosas y llenas de formalismo; en los términos del Sumo Pontífice Benedicto XVI, "Las causas se han de incoar y estudiar con sumo cuidado, buscando diligentemente la verdad histórica, a través de pruebas testimoniales y documentales *omnino plenae*, puesto que su única finalidad es la gloria de Dios y el bien espiritual de la Iglesia y de todos los que buscan la verdad y la perfección evangélica."[30]

Como muchos venezolanos nos preguntamos y también se lo preguntan el sacerdote Francisco Javier Duplá, S.J. y Axel Capriles M.[31], ¿porque la causa de beatificación del Venerable José Gregorio Hernández ha tardado tanto?:

> La respuesta más sencilla es doble: porque los trámites son largos y rigurosos, y porque han surgido inconvenientes en ese largo camino.
>
> La razón del estancamiento del proceso está en el enfrentamiento entre monseñor Castillo y monseñor Nicolás Eugenio Navarro, Vicario General de la Diócesis, quien no podía aceptar el hecho de que no le nombraran arzobispo de Caracas en lugar de monseñor Castillo. Como éste último inició la causa de beatificación de José Gregorio, Navarro la obstaculizó, escribiendo por su cuenta un testimonio sobre José Gregorio que no le era favorable. Se lo entregó al Nuncio, monseñor Rafael Forni y éste lo envió a la Congregación de Ritos, que detuvo el proceso. En su diario, que él tituló Efemérides, descalificaba con frases muy duras los intentos de llevar adelante la causa de beatificación del doctor Hernández, a quien él por otra parte había alabado sin reservas con motivo de su fallecimiento. Entonces lo había calificado de gran amigo, de hombre de elevada espiritualidad, gloria de la iglesia católica en Venezuela.
>
> En 1955 muere monseñor Lucas Guillermo Castillo y la Santa Sede designa como Arzobispo de Caracas a Monseñor Rafael Arias Blanco, quien manda reanudar la causa en enero de 1957, nombrando postulador o impulsor de la misma a monseñor José Rincón Bonilla, obispo auxiliar de Caracas. En 10 meses rindieron su declaración 16 testigos y el proceso siguió su curso. En 1961, siendo arzobispo de Caracas el Cardenal José Humberto Quin-

---

29 Duplá, Francisco Javier S.J. y Capriles M. Axel. *Se llamaba José Gregorio Hernández*. Colección Ediciones Especiales ABendiciones y Fundación Amigos José Gregorio Hernández. Caracas, Venezuela, 2018, p. 153. Consultada en versión digital.

30 Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para las Causas de los Santos. Vaticano, 24 de abril 2006.

31 *Ídem*.

tero, se concluye el proceso adicional, instruido para dar respuesta a las objeciones de monseñor Navarro, pero transcurrieron todavía once años hasta que la Congregación para la Causa de los Santos (antigua Congregación de Ritos) declare una vez más a José Gregorio Siervo de Dios, primer título en el camino hacia la canonización.

En 1973 emite esa Congregación el decreto de no culto, es decir, que no ha habido hasta entonces culto público a la figura de José Gregorio que impida seguir adelante el proceso. A continuación, se hizo el examen de sus virtudes y la Congregación concluyó que: "no hubo sombra alguna que pudiera cubrir de dudas la noble figura de ese médico y profesor universitario que resplandece en todo su fulgor, como un modelo para los laicos, por haber empeñado su vida en construir una sociedad basada en el amor y en la enseñanza del evangelio" (Citado por Suárez y Bethencourt, p. 383).[32]

En definitiva, habiéndose declarado venerable al Dr. José Gregorio Hernández, la causa de canonización se encuentra actualmente en sede romana en la etapa de aprobación del primer milagro, como lo hemos analizado, requisito indispensable para su beatificación. En tal sentido, según información difundida a través de los medios de comunicación, primero, la Comisión de Peritos Médicos y la Comisión Teológica de la Congregación para las Causas de los Santos, aprobaron, por unanimidad, el milagro por intersección del venerable doctor José Gregorio Hernández en la curación de la niña de 10 años de edad Yaxury Solórzano Ortega, quien recibió un tiro en la cabeza durante un asalto a su padre en fecha 10 de marzo de 2017.[33]

De acuerdo a información recaba en diferentes medios de comunicación, el estado de la niña antes del milagro implicaba una herida de bala en la cabeza, pérdida de sangre, de la masa encefálica y huesos y el pronóstico de los médicos, en caso de sobrevivir, era que quedaría con discapacidad motriz, lingüística, pérdida de memora y de la visión. Después del presunto milagro o sanación, la niña fue dada de alta del hospital a los veinte días de haber sido ingresada, completamente sana, caminando y hablando con normalidad. Se alega, que la madre de la niña solicitó la sanación por intersección del Venerable Dr. José Gregorio Hernández.[34]

---

32 *Ibídem*. p. 154.

33 https://efectococuyo.com/la-humanidad/vaticano-aprueba-primer-milagro-del-venerable-doctor-jose-gregorio-hernandez/Arquidiócesis de Caracas.

34 https://www.josegregorio.org/testimonios/yaxury-sol%C3%B3rzano-ortega

https://efectococuyo.com/la-humanidad/vaticano-aprueba-primer-milagro-del-venerable-doctor-jose-gregorio-hernandez/

http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130926/el-papa-mostro-interes-por-beatificacion-del-dr-jose-gregorio-hernandez.

Después de las investigaciones exigidas por las normas eclesiásticas antes analizadas, adelantadas en la Diócesis de San Fernando de Apure, Venezuela, por el obispo diocesano el viernes 18 de enero de 2019, Baltazar Cardenal Porras, Administrador Apostólico de la Arquidiócesis de Caracas, consignó por ante la Congregación para las Causas de los Santos el correspondiente informe, habiéndose cumpliendo con los requisitos y formalidades exigidos en sede diocesana.

Tal como lo señalamos en su oportunidad, culminado el informe en sede diocesana, se remite el mismo a la Congregación para las Causas de los Santos, quien estudiara el milagro atribuido al venerable en una comisión de peritos médicos, luego en un congreso especial de teólogos y, más tarde, si dicho presunto milagro es aprobado por mayoría en estas dos instancias previas, pasa a la Congregación de los cardenales y obispos para su aprobación. Si ello sucede se presenta el presunto milagro al Sumo Pontífice para que decrete la beatitud. Si bien la beatificación es un acto pontificio, será realizada por un Cardenal en nombre del Papa y el rito, que transcurre en una celebración eucarística, tiene lugar en la diócesis que ha promovido la beatificación. Para que tenga lugar la declaratoria de santidad, por parte del Sumo Pontífice y el beato sea registrado en el canon, debe ser comprobado un segundo milagro, tras tramitarse el mismo en sede diocesana y luego en sede romana, como ya fue descrito en este trabajo.

Actualmente, la Postuladora de la Causa del Venerable Dr. José Gregorio Hernández es la abogada argentino-italiana Silvia Correales y el Vicepostulador Monseñor Tulio Ramírez Padilla, obispo auxiliar de la Arquidiócesis de Caracas.

Caracas, mayo de 2020

# EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD DE LOS TRIBUTOS

Luis FRAGA-PITTALUGA*

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999, incorporó en su artículo 317 la prohibición de que los tributos tuvieran efectos confiscatorios. La norma, sin duda inspirada en la Constitución Española de 1978[1], fue un avance importantísimo en cuanto al reconocimiento de la importancia de los principios constitucionales de la tributación como límites al ejercicio del poder, las potestades y las competencias tributarias, y para la protección de los ciudadanos frente a la fiscalidad excesiva y desproporcionada, guiada sólo por metas recaudatorias.

Sin embargo, casi diez años antes, y como ha sido característico en toda su obra, Brewer-Carías se adelantaba en el tiempo y marcada la ruta a seguir, en un ámbito que, si bien no formaba parte de sus principales preocupaciones, ya había recibido el inconmensurable influjo de sus múltiples contribuciones al Derecho Público.

En el marco del XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Montreal en 1990, Brewer-Carías fue el Relator General del tema dedicado a: "Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tributaciones Confiscatorias".[2]

---

* Abogado egresado de la UCAB (1987), especialista en Derecho Administrativo UCAB (2002), exprofesor en el postgrado de Derecho Financiero de la UCAB, en el postgrado de Derecho Tributario de la UCAT, en el Programa Avanzado de Gerencia Tributaria de la UNIMET y ex profesor de Derecho Financiero de la UMA. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público, miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) y de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Profesor invitado del Instituto Nacional de Administración Pública de España (INAP).

1 Artículo 31.1. de la Constitución Española.

2 Brewer-Carías, A.R. "Las protecciones constitucionales y legales contra las tributaciones confiscatorias". *Revista de Derecho Público. N°* 57-58, Caracas, EJV, 1994, pp. 5 y ss.

En la traducción al español de su relatoría general, Brewer-Carías hablaba ya de la *constitucionalización* del Derecho Tributario y hacía afirmaciones que treinta años después nos parecen verdades indiscutibles, pero que en aquel entonces eran realmente avanzadas. Con la agudeza propia de toda su obra, dice Brewer-Carías que: "Una de las tendencias más importantes del Derecho Tributario contemporáneo es la de constitucionalización de la materia impositiva, en el sentido de que cada vez, con más frecuencia, en las Constituciones, no sólo están establecidos los principios fundamentales del sistema tributario, sino también los límites que tiene el ejercicio de la potestad tributaria en relación a los derechos y garantías de los ciudadanos y de los contribuyentes. En esta forma, el poder tributario del Estado ha adquirido una mayor estabilidad y firmeza, ya que en los textos constitucionales se encuentran establecidas la estructura, la extensión y la limitación de las facultades tributarias de los diferentes entes del Estado. Pero, a la vez, las mismas Constituciones limitan el ejercicio de este poder, garantizando los derechos de los ciudadanos frente al Estado".

Honrados de contar, nuevamente[3], con la oportunidad de rendir merecido homenaje al jurista venezolano más importante de todos los tiempos, trataremos en estas líneas de examinar el principio constitucional que prohíbe los *efectos confiscatorios de los tributos*.

## I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LOS TRIBUTOS

De acuerdo con el significado común del término, la confiscación evoca una acción mediante la cual el Estado priva de manera forzada a un individuo de bienes de su propiedad, sin que medie indemnización alguna. Esta acción tiene su origen, normalmente, en la comisión de un delito de tal gravedad que justifica el apoderamiento coactivo de los bienes, generalmente vinculados al delito mismo. El carácter sancionatorio de la confiscación es indudable, su origen más remoto es el de una pena, principal o accesoria, destinada a castigar cierta categoría de infracciones graves.

La doctrina[4] encuentra unas características constantes en el concepto de confiscación: (i) traspaso de bienes, generalmente de una universalidad; (ii) el traspaso de bienes ocurre de un (os) particular (es) al Estado; (iii) la

---

[3] Ya habíamos tenido el inmenso honor de participar junto a otros 148 profesores de todo el mundo, en un homenaje a nuestro querido maestro: *Vid.* Fraga-Pittaluga, L. "La prohibición de la reforma en perjuicio (*non reformatio in peius*) en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado". *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías.* T. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1535 y ss.

[4] Naveira de Casanova, G. *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina.* Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 55.

transmisión de los bienes ocurre de manera forzada; (iv) quien ha sido privado de los bienes no recibe compensación alguna.

El traspaso forzado de bienes de los particulares al Estado sin que medie indemnización está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico y no puede ser establecido por ley alguna, en tanto constituye una grave violación a la garantía de la propiedad privada, reconocida constitucionalmente. Sin embargo, aunque la confiscación ha sido desterrada en la mayoría de las legislaciones del mundo por sus nefastas consecuencias, nuestra Constitución la admite en ciertos casos, pero como una medida excepcional, una acción extrema, concebida como una sanción accesoria a la comisión de hechos punibles muy graves, y aplicable única y exclusivamente en los supuestos expresamente previstos en la Carta Fundamental con carácter taxativo. La Constitución se ocupa de dos de las *limitaciones* más importantes y profundas al derecho de propiedad: la *expropiación* (artículo 115 *in fine*) y la *confiscación* (artículo 116)[5]. En cuanto a la confiscación, el texto constitucional hace una formulación negativa de la facultad del Estado para ejecutarla, dejando claro su carácter excepcional. La norma comienza por *prohibir* en forma rotunda las confiscaciones, dejando a salvo los supuestos en los cuales la Constitución –no el legislador– las autorice.

El texto constitucional deja claro que la confiscación es una medida de graves consecuencias, que sólo debe adoptarse en casos particulares, muy excepcionales, tanto que deben quedar previstos de una vez en la Constitución, de manera que ni el legislador ni la Administración, tienen facultad alguna al respecto.

Por esa razón el propio artículo se ocupa de establecer los *únicos* casos en los cuales esta grave medida es susceptible de ser adoptada, señalando que por vía de *excepción* –remarcando nuevamente el carácter extraordinario de la medida como para extirpar cualquier resquicio de duda– podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Esta enumeración es, naturalmente, absolutamente *taxativa*, de manera que no hay lugar a la analogía ni a la interpretación extensiva o laxa del dis-

---

[5] Constitución. Artículo 116: "No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes."

positivo constitucional, porque se trata de una norma excepcional que no consagra simplemente una limitación al derecho de propiedad, sino su pérdida.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución, *toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley*. Como hemos visto ya, este es el principio cardinal sobre el cual descansa el poder del Estado de crear tributos y las potestades y competencias para determinarlos y recaudarlos. La formulación del principio revela con toda claridad cómo la tributación se erige en otro de los *límites fundamentales al derecho de propiedad*, en tanto a través del pacto constitucional, todos consentimos en que una parte de nuestra riqueza se destine a *colaborar* en el sostenimiento de los gastos públicos.

Por esa razón, es preciso entender que la privación imperativa de la propiedad conforme a la ley es consustancial al ejercicio del poder tributario y así lo deja ver claramente la propia Constitución en su artículo 115, al garantizar el derecho de propiedad, *pero* sometido a las *contribuciones* establecidas en la ley. Sin embargo, aunque parezca paradójico, la formulación del deber de contribuir es un *reconocimiento implícito del derecho a la propiedad*, porque la posibilidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos sólo puede existir en tanto y en cuanto el sujeto pasivo de la imposición sea propietario de bienes (en sentido amplio) que pueden ser entregados a título de *contribución*.

Luego entonces, si la propiedad no es reconocida y amparada por el aparato estatal, la materialización del deber de contribuir es impracticable y la tributación no puede existir, simplemente porque la detracción patrimonial que ella comporta no tiene donde realizarse. Al mismo tiempo y en perfecta simbiosis, la garantía del derecho de propiedad necesita, para hacerse efectiva, un aparato estatal que la proteja y esa estructura pública requiere recursos económicos para mantenerse. Parte de esos recursos son obtenidos a través de los ingresos tributarios y es así como se cierra el círculo virtuoso que forma el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos y el pleno reconocimiento del derecho a la propiedad privada.

En materia tributaria la confiscación no puede justificarse sólo en la privación de la propiedad, pues justamente esta privación es parte de la esencia misma del deber de contribuir y del correlativo poder tributario del Estado. El ejercicio del poder tributario conforme a la Constitución y a la ley no supone en ningún caso una violación del derecho a la propiedad, pues entra dentro de las *contribuciones* a las cuales el mismo se halla sometido por mandato de la propia Carta Fundamental (artículo 115). Por esa razón es que la detracción patrimonial que comporta la tributación no engendra el deber de resarcir daño

alguno en cabeza del particular sometido al poder de imposición.[6] La lesión de la propiedad de naturaleza confiscatoria, se produciría sólo cuando las sucesivas mermas de la riqueza del sujeto pasivo que normalmente ocasiona la imposición tienen una entidad tal que acaban por agotarla, es decir, por aniquilar el patrimonio del sujeto pasivo.

Si la propiedad ha de ser protegida, entre otras cosas, para no agotar la fuente de riqueza que alimenta la tributación, ésta no puede convertirse jamás en el elemento destructor de esa fuente pues se destruiría a sí misma, lo que desde luego es un contrasentido inaceptable. Como se ha dicho con acierto "*demasiado impuesto mata el impuesto*".[7]

## II. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS EFECTOS CONFISCATORIOS DE LOS TRIBUTOS

De acuerdo con el artículo 317, *in fine*, de la Constitución de 1999, *"ningún tributo puede tener efecto confiscatorio"*. Esta proviene del proyecto redactado por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario conjuntamente con el constituyente Allan R. Brewer-Carías. En el proyecto presentado por el profesor Brewer-Carías a la consideración de la Comisión de lo Económico y Social de la Asamblea Nacional Constituyente, se incluían dos normas que eran mucho más ricas en su dimensión dogmática y tal vez más fáciles de interpretar y aplicar por los jueces, que el texto que finalmente fue aprobado. El referido proyecto establecía en las partes pertinentes, lo que sigue: "*Artículo*: La carga fiscal que deberán soportar los contribuyentes por causa del pago de los tributos atenderá al disfrute general de los servicios públicos, a la preservación del ingreso mínimo vital, a la preservación de la fuente de riqueza, así como también a la multiplicidad de tributos y al carácter global del sistema tributario, con el objeto de no exceder la capacidad contributiva. (*omissis*) *Artículo*: Se prohíbe: (*omissis*) 2.- Dar efectos confiscatorios a los tributos, a los accesorios de los tributos y a las sanciones."[8]

---

6 *Vid.* Mata Sierra, M.T. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria*. Lex Nova, Valladolid, 1997; Ortiz Álvarez, L. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.* E.J.V., Caracas, 1995, p. 556; Fraga Pittaluga, L. "Breves Notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria". *Revista de Derecho Tributario.* AVDT, Nro.83, abril-mayo-junio, 1999, pp. 21 y ss.

7 "Trop d'impôt tue l'impôt" *Vid.* Cozian, M-Deboissy, F. *Précis de fiscalité des enterprises.* Lexis-Nexis, Paris, 2011, 35 éd., p. 3.

8 Brewer-Carías, A.R. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente).* Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, T. III, Caracas, 1999, pp. 269-271.

En desmedro de un sistema tributario más moderno y progresista, el proyecto no fue aprobado y, en cambio, se incluyó la parte final del artículo 317 en los términos ya indicados.

Con las bondades indudables que tiene esta norma, conviene advertir que los problemas interpretativos no llegan hasta aquí, pues en otros ordenamientos jurídicos como el español, en el cual el principio data de la Constitución de 1978, todavía se discute sobre su aplicación concreta.[9]

En materia tributaria la prohibición de confiscación ha sido vinculada con la interdicción de las tributaciones que exceden los *límites razonables* y esa irracionabilidad se constata cuando en la interpretación del hombre común, un tributo extrae del sujeto pasivo más de lo que éste puede soportar de acuerdo con sus posibilidades económicas. También se ha dicho que el sistema tributario no puede destruir la propiedad privada pues de lo contrario se destruye a sí mismo al asfixiar las fuentes de riqueza sobre las que deben recaer los tributos. Brewer Carías señala que: "La más importante limitación constitucional al ejercicio del poder tributario que se aprecia en el derecho comparado, es la garantía de la propiedad privada, en el sentido de que el impuesto no puede significar la destrucción de la propiedad, pues si así fuere, sería confiscatorio e inconstitucional.[10]"

De acuerdo con Juan Bautista Alberdi: "La contribución como gasto público de cada particular debe salir de donde salen sus demás gastos privados: de la renta, de la utilidad, de sus fondos, no de los fondos que la producen porque así disminuís los fondos originarios de la renta, empobrecéis a los particulares, cuya riqueza colectiva forma parte de la riqueza de la Nación, de la cual es parásita la del fisco."[11]

En muchas ocasiones se habla con poca propiedad del carácter confiscatorio de ciertos tributos, pero en la generalidad de los casos, cuando aludimos a la confiscatoriedad que comporta cierta categoría tributaria, lo que queremos decir en verdad es que el tributo es *desproporcionado*.[12]

Algunos autores señalan que cuando el impuesto grava el capital es confiscatorio porque el mismo lo que debe pechar son los ingresos o los frutos que éste produce, pues de lo contrario el capital se extingue.[13] Como decía la

---

9 Alonso González, L.M. *Jurisprudencia constitucional tributaria.* Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 40 y ss.

10 Brewer-Carías, A.R. "Las protecciones constitucionales…*Cit.*, p. 13.

11 Alberdi, J.B. *Sistema Económico y Rentístico de La Confederación Argentina.* Parte Tercera, Capítulo IV, p. VI.

12 *Cf.* S. TSJ/SC, 03-06-2001, caso: *Cervecería Polar del Centro*.

13 Villegas, H. "El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria". *Estudios de Derecho Constitucional Tributario en homenaje al prof. Juan Carlos Luqui.* Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 240 y ss.

célebre frase del revolucionario francés Honoré Gabriel Riquetti (Conde de Mirabeau): "*Derechos sobre los frutos son impuestos, derechos sobre los fondos son pillaje.*"

Tiene razón Brewer-Carías cuando afirma que: "…Estén o no expresamente prohibidas las tributaciones confiscatorias, lo cierto es que en todo sistema constitucional donde se encuentren establecidos principios rectores del ejercicio del poder tributario del Estado, y se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos, las tributaciones confiscatorias pueden ser consideradas inconstitucionales, siendo el problema esencial, determinar desde el punto de vista jurídico, cuándo un impuesto puede considerarse confiscatorio."[14]-[15]

### 1. *Las bases teóricas de la prohibición y su manifestación en varios de los principios fundamentales del derecho tributario*

El problema de los efectos confiscatorios de los tributos ha ocupado a buena parte de la doctrina desde hace bastante tiempo. Para algunos se trata de un asunto que se reduce a la plena vigencia de la garantía del derecho a la propiedad; para otros, es un reflejo del principio de acuerdo con el cual los tributos deben recaer sobre la verdadera capacidad contributiva del sujeto pasivo; otros ven el principio como un límite a la progresividad de los tributos; y, finalmente, hay quienes restan toda importancia a esta discusión.

Pérez Royo, quien comenta la interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos en la Constitución española de 1978, señala que se trata más de un principio de valor ideológico o político que jurídico y dice que en aquellos casos en que: "...un tributo llegase a producir efecto confiscatorio o de anulación del derecho de propiedad, el precepto sería tachado de inconstitucional sin necesidad de recurrir al principio que estudiamos, por el simple juego de la regla de la capacidad económica".[16] En otras palabras, para el autor citado, la señalada prohibición no tiene mayor aplicación práctica, pues todo se reduce a un problema de respeto del principio de capacidad contributiva.

De acuerdo con Rodríguez Bereijo: "Se trata de un principio que se proyecta sobre el conjunto del sistema tributario a la manera de principio *estructural* de la Constitución financiera que trata de garantizar el respeto por parte del sistema fiscal de otros valores y derechos consustanciales a la Constitución económica, como el derecho a la propiedad privada (art. 33) o la libertad de empresa y la economía de mercado (art. 38). Constituye, pues, un *límite explícito* a la progresividad que inspira el sistema tributario y a la eventual

---

[14] Brewer-Carías, A.R. "Las protecciones constitucionales…*Cit.*, p. 7.

[15] *Cf.* S. TSJ/SC, 19.02.2004, caso: *Caribe Motors, C.A.*

[16] Pérez Royo, F. *Derecho financiero y tributario. Parte General.* Civitas, Madrid, 1996, p. 40.

utilización de la vía fiscal (a la revolución social por los impuestos) como instrumento de transformación pacífica del sistema económico y social que la Constitución propugna".[17] Como vemos, el autor engarza el principio con la protección de la propiedad privada, la libertad de empresa y el principio de progresividad de los impuestos.

Según Fernández Segado: "El principio de la no confiscatoriedad se nos presenta de esta forma como un límite último del sistema tributario con el que, sustancialmente, se pretende impedir que una aplicación extrema del principio de progresividad atente contra la capacidad económica que la sustenta".[18] El autor concibe la prohibición como un límite al principio de progresividad que persigue resguardar la capacidad económica del contribuyente como índice revelador de la posibilidad de contribuir.

Coincidimos con Brewer-Carías en el sentido de que, aparte de su clara conexión con la garantía del derecho de propiedad y con la prohibición general de confiscación, la norma que prohíbe los efectos confiscatorios de los tributos está íntimamente vinculada a los postulados fundamentales de la tributación. El análisis de estos principios en su relación con la no confiscatoriedad de los tributos nos permitirá perfilar con mayor profundidad el alcance y contenido de esta prohibición.

*(i) El tributo confiscatorio como una violación al principio de la capacidad contributiva*

El primero y más importante de estos principios que nutren la prohibición de no confiscación en materia tributaria es sin duda el de la capacidad contributiva, paladín de los límites que enfrenta el poder de imposición del Estado. La capacidad contributiva significa en términos sencillos la aptitud de las personas de pagar tributos. Este principio se quiebra cada vez que el sistema tributario grava manifestaciones de riqueza que no existen, que son ficticias, producto de una norma jurídica que desconoce la realidad a la cual pretende ser aplicada y que se apoya en presunciones absolutas o ficciones del legislador. La interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos y del sistema tributario integralmente considerado, no exige solamente, y ello es obvio, que un tributo *no* tenga un tipo del ciento por ciento, sino que tenga unos tipos reales que afecten sólo aquella parte de la riqueza del sujeto pasivo que puede ser entregada sin que se afecte el *mínimo vital* necesario para sub-

---

17 Rodríguez Bereijo, A. "Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española". *Revista Española de Derecho Financiero.* Civitas, Madrid, 1998, Nro. 100, p. 622.

18 Fernández Segado, F. "Los principios constitucionales tributarios en la Constitución Española de 1978". *Revista Tachirense de Derecho.* N° 10, UCAT, San Cristóbal, 1998, p. 154.

sistir decorosamente (*primum vivere deinde tributum solvere*)[19]; pero además, sin que se frustren las lógicas y razonables expectativas que se derivan de la propiedad privada, de la libertad de empresa y del legítimo deseo de prosperar económicamente en una sociedad que persigue el progreso de todos.

*(ii) El tributo confiscatorio como una violación al principio de la libertad económica*

Habida cuenta de las dificultades prácticas que plantea la prohibición de que los tributos tengan alcance confiscatorio, nuestra jurisprudencia ha preferido hablar de violación de la *libertad económica* cuando un tipo impositivo es desproporcionado.[20] Lo cierto es que el tributo confiscatorio no sólo es como hemos visto un atentado a la garantía de la propiedad privada y una violación flagrante al principio de capacidad contributiva, sino que también comporta una lesión al derecho que tienen todos los ciudadanos de dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y en la ley, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social (artículo 112 de la Constitución).

Del mismo modo en que el poder tributario no puede destruir el derecho de propiedad, tampoco puede impedir el ejercicio de la libertad de industria y comercio, porque de esa forma también se quebranta una garantía constitucional fundamental. En materia tributaria el principio de libertad económica es reconocido no sólo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 112 de la Constitución, sino también porque el propio artículo 316, insertado en el capítulo relativo al *sistema tributario* dice, entre otras cosas, que este último procurará la *protección de la economía* y la *elevación del nivel de vida de la población*.

Así, el costo que suponen los tributos para el desarrollo de una actividad lucrativa debe ser soportable para una empresa que trabaja en condiciones normales y debe dejarle al propietario un beneficio justo, acorde con las expectativas asociadas a la creación de riqueza y al libre ejercicio de la industria y el comercio legítimos. Por el contrario, si un tributo no es soportable para una empresa porque impide llevar a cabo la actividad económica en condiciones que permitan la generación de utilidad, no cabe la menor duda que los efectos del mismo son confiscatorios.

---

19 Sobre el mínimo vital como límite de la tributación: Andrade, B. *Inmunidad Tributaria de los Derechos Humanos, Capacidad Contributiva y Mínimo Vital.* Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

20 *Cf.* S. Juzgado Superior 1ro., Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, 24-1-90, caso *Inversiones Confinanzas, C.A. vs. Concejo Municipal del Distrito Guaicaipuro del Estado Miranda*, consultada en: Romero-Muci, H. *Jurisprudencia tributaria municipal y la autonomía local. (1936-1996).* T.I, EJV, Caracas, 1997, p. 429 y ss.

*(iii) El tributo confiscatorio como una violación al principio de justicia*

El artículo 316 de la Constitución, dice que el sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas. Este principio, también denominado de *equidad*, fija un preciso límite al poder tributario, más allá del cual el mismo resulta *inequitativo*. Esa iniquidad surge: i) cuando la imposición excede el marco de la racionalidad o razonabilidad; y, ii) cuando el gravamen despoja el patrimonio o asfixia la capacidad productiva de los contribuyentes. Así, el principio de justicia tributaria comporta un reforzamiento de la prohibición de que los tributos tengan efectos confiscatorios y, por otra parte, ayuda a perfilar con más facilidad el verdadero alcance de dicha prohibición.

Repugna todo ideal de justicia (bien en su sentido *lato* o en el sentido técnico-tributario) el que los contribuyentes deban tolerar el ejercicio de un poder tributario que paulatinamente merma su riqueza hasta hacerla sucumbir. No hace falta un notable esfuerzo intelectual para entender que es injusto, por definición, el sistema tributario que como consecuencia de los efectos confiscatorios generados por el conjunto de los gravámenes que aplica, termina por empobrecer al ciudadano común, quiebra las empresas, desestimula las actividades económicas productivas y fomenta la evasión.

2. *El alcance de la prohibición constitucional de los efectos confiscatorios de los tributos*

Hemos dicho ya que la aplicación concreta del poder de imposición a través del ejercicio de las potestades tributarias jamás podrá calificarse como una confiscación, pues, como hemos visto, este instituto tiene un significado muy preciso dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la naturaleza jurídica de una sanción extraordinaria para delitos muy graves.

Sin embargo, y he aquí el tino de la formulación constitucional de la prohibición, los tributos *sí* pueden tener *efectos confiscatorios*, porque después de ser aplicados *son capaces de provocar las mismas consecuencias destructivas de una confiscación*. La precisión terminológica no es baladí, por cuanto la correcta diferenciación entre confiscación y efectos confiscatorios permite saltar algunos de los obstáculos levantados por la doctrina y la jurisprudencia para la concreción del principio.

En primer lugar, el establecimiento en la Constitución de una norma específica que proscribe en nuestro ordenamiento jurídico que los tributos tengan efectos confiscatorios, revela que la prohibición general de confiscación contenida en el artículo 116 de la Carta Fundamental y su reducida aplicación como pena accesoria para castigar delitos muy graves, no es suficiente para evitar el riesgo de que la tributación llegue a producir una detracción patrimonial de entidad similar a la ocasionada por una verdadera y propia confiscación. En segundo término, el hecho de incorporar una norma específica sobre los efectos confiscatorios de los tributos permite advertir que el consti-

tuyente de 1999 asume sin atisbo de duda que los tributos pueden llegar a tener efectos confiscatorios y, por esa razón, regula directamente el asunto consagrando una prohibición particular y expresa para la materia impositiva.

Veamos de seguidas cómo se manifiestan en la práctica las dos vertientes fundamentales de los efectos confiscatorios de los tributos, según la definición anteriormente esbozada.

*(i) El gravamen de hechos que no son manifestaciones de capacidad contributiva*

El primer ámbito dentro del cual se pueden producir los efectos confiscatorios de los tributos se da cuando el uso de ficciones y presunciones en las leyes tributarias conduce a que la imposición recaiga sobre hechos que no son manifestaciones de capacidad contributiva según el presupuesto hipotético escogido por el legislador como hecho imponible. En este caso se produce una detracción patrimonial que es ajena al legítimo ejercicio del poder de imposición y al cumplimiento cabal del deber de contribuir al sostenimiento a los gastos públicos, porque ella –la exacción– no deriva de los hechos tipificados en la ley como imponibles, sino de ficciones y presunciones legales que inciden sobre la determinación del tributo.

*(ii) El gravamen desproporcionado con respecto a la capacidad contributiva*

La otra posibilidad que, de acuerdo con la definición que hemos ofrecido, puede darse con respecto a los efectos confiscatorios de los tributos, es de orden cuantitativo; vale decir, se produce cuando el tributo o su aplicación al caso concreto, no guarda una relación proporcional y razonable con respecto a la capacidad contributiva, absoluta o relativa, del sujeto incidido. En este sentido, surgen numerosas interrogantes entre las cuales las siguientes podrían ser las más importantes: ¿Dónde está el límite cuya superación nos permite calificar como confiscatorio un tributo? ¿Este límite ha de fijarlo el legislador con carácter general y en forma estática o debe establecerlo el juez de manera casuística y en forma dinámica?

No es posible establecer una regla general e inmutable que fije cuantitativamente el límite a partir del cual un tributo tiene efectos confiscatorios. Las alícuotas impositivas que se estiman razonables en un ordenamiento jurídico determinado, pueden considerarse radicalmente confiscatorias en otros. Las variaciones posibles son tantas como ordenamientos jurídicos se estudien y puede haber tratos diversos según los tributos examinados. Por otra parte, el establecimiento de un límite cuantitativo puede conducir a resultados equivocados por exceso o por defecto. De igual manera, la fijación de un límite cuantitativo estático puede constituirse en ilegítimo beneficio para algunos e injustificado perjuicio para otros.

Todo lo que antecede nos lleva a tratar de resolver la segunda interrogante formulada: ¿Es el legislador o el juez quien debe determinar cuándo un

tributo es confiscatorio? Lo que ha quedado dicho nos fuerza a inclinarnos por la última opción. Si hemos convenido en que un límite estático y general puede resultar inoperante y hasta generar más injusticia de la que quiere evitar, habremos de convenir también en que no es el legislador el candidato indicado para asumir la tarea de dar contenido a la prohibición de efectos confiscatorios en materia tributaria. Es sin duda al juez a quien corresponde esta difícil tarea y así ha sucedido en otros países, en los cuales ha sido la jurisprudencia la encargada de delimitar el alcance y contenido del principio de no confiscatoriedad en el ámbito tributario.

El que el asunto sea deferido a la consideración del juez, satisface una necesidad ineludible para que la prohibición sea aplicada rectamente. Salvo en los casos extremos en los cuales pueda considerarse sin resquicio alguno de duda que un tributo genera, desde el punto de vista cuantitativo, efectos confiscatorios, tales *efectos confiscatorios* se traducen normalmente en una *cuestión de hecho* que ha de ser *probada* ante el juez, mediante la promoción y evacuación de las pruebas legales y pertinentes al caso concreto. El profesor Rodolfo Spisso, citando la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina[21], señala que un impuesto es confiscatorio cuando *de la prueba rendida* surja la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o capital gravado y más adelante señala con toda rotundidad que: "La confiscatoriedad implica un perjuicio, al absorber el gravamen de una parte sustancial de las rentas reales o potenciales de una empresa o actividad, racionalmente explotadas. Y ese perjuicio debe ser *probado* por parte de quien lo alega" (Cursivas nuestras).[22]

---

21 La jurisprudencia argentina sobre este tema es muy rica. Pueden verse entre otras, las siguientes decisiones: C.S.J.N Fallos 23:647, del 19/11/1882. "La sucesión de Doña Tomasa Vélez Sarsfield v. el Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad de impuesto"; 3C.S.J.N Fallos 115:111, del 16/12/1911. "Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaria; sobre inconstitucionalidad del impuesto a las sucesiones en la provincia de Buenos Aires"; C.S.J.N Fallos 160:247, del 27/04/1930. "Don Andrés Gallino (su sucesión)), incidente sobre inconstitucionalidad de la ley nro. 11.287, arts. 3° y 2°"; C.S.J.N Fallos 186:421, del 19/04/1940 "Carlos Julio Bunge"; C.S.J.N Fallos 153:46, del 26/10/1928, "Doña Graciana Etchessahar de Lastra s/ protocolización de testamento"; C.S.J.N Fallos 191:61, del 18/06/1943. "Bemvinda de Castro Azevedo de da Camara Lomelino v/ Provincia de Buenos Aires"; C.S.J.N Sentencia del 31/10/1945. "Harilaos de Olmos, Adelia M. v. Provincia de Córdoba"; C.S.J.N Fallos 206:247, del 22/11/1946. "Sara Pereyra Iraola v. Provincia de Córdoba".

22 Spisso, R. *Derecho Constitucional Tributario.* Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 251-257.

En su relatoría el profesor Brewer-Carías[23] trae varios ejemplos de decisiones judiciales que han tratado el tema de los efectos confiscatorios de los tributos.

Se refiere así al caso en el cual se concedió: "un mandamiento judicial a una empresa fabricante de aceite de coco, eximiéndola del pago de un impuesto federal a las oleomargarinas, en parte, porque el pago de dicho impuesto podía ser el causante de la extinción de ese negocio"[24]

Más recientemente, el 29 de diciembre de 2012, el Consejo Constitucional francés, mediante decisión N° 2012-662 DC[25], anuló algunos artículos de la "*Loi de Finances pour 2013*", por considerarlos contrarios a la Constitución.[26] Entre otros aspectos tributarios relevantes, los artículos 3 y 12 de esta Ley materializaron una de las promesas de campaña del candidato socialista ganador de las elecciones de 2012 en Francia, el Sr. François Hollande, de crear un impuesto adicional a la renta para los perceptores de altos ingresos.[27]

El Consejo Constitucional no hace un análisis aislado de los principios constitucionales de la tributación que podrían ser afectados por las normas mencionadas, sino que sugiere la existencia de una íntima interrelación entre todos ellos, de modo que la violación de uno supone indirectamente la violación de todos los demás. En este sentido, a partir de la creación de una *carga excesiva sobre los contribuyentes con respecto a sus facultades contributivas,* que a primera vista comporta una violación de los principios de capacidad

---

23 Brewer-Carías, A.R. "Las protecciones constitucionales…*Cit.*, pp. 21-22.

24 *Miller c Standard Nut Margarine Co.* 284 US 498, 510 (February 15th, 1932). https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep284/usrep284498/usrep284498.pdf

25 Consultada en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012662DC.htm

26 Fraga-Pittaluga, L. "La aplicación de los principios constitucionales de la tributación en el Derecho francés (a propósito de la decisión 2012-662 del Consejo Constitucional Francés del 29 de diciembre de 2012). *Revista de Derecho Tributario*. N° 134. AVDT, Caracas, 2013.

27 El Consejo Constitucional, con el fin de remediar la inconstitucionalidad relacionada con la carga excesiva a la luz de las facultades contributivas de ciertos contribuyentes que perciben rentas en el marco de los regímenes de jubilación de prestaciones definidas, declaró por lo tanto contrarias a la Constitución las únicas disposiciones del artículo L. 137-11-1 del Código de Seguridad Social relativas a la tasa marginal de 21% sobre la fracción de las jubilaciones llamadas "sombrero" que exceden los 24.000 euros por mes. Esta censura, de efecto inmediato, permitirá evitar que se apliquen tasas confiscatorias tanto a las rentas percibidas en 2012 como a aquellas recibidas a partir de 2013. La tasa marginal máxima de imposición de las "jubilaciones sombrero" no podrá exceder de un 68,34%. El Consejo Constitucional, en estas condiciones, declaró al artículo 3 de la Ley de Finanzas para el 2013, conforme con la Constitución.

contributiva y no confiscatoriedad, se concluye que hay violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas (*«una ruptura caracterizada del principio del principio de igualdad frente a las cargas públicas»*), lo que también supone, indirectamente, una violación del principio de generalidad.

Conviene dejar establecido que la declaratoria del juez de que determinado impuesto produce efectos confiscatorios, salvo en el caso de una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, no puede crear una situación privilegiada de un contribuyente frente al resto de los sujetos pasivos de la imposición. Esa declaratoria no podría *eximir* sin más al contribuyente del pago del tributo que produce los efectos confiscatorios. Para respetar el principio de generalidad de los tributos y los principios de igualdad y justicia tributaria, el juez debería establecer cuál es la porción de la carga tributaria que no debe ser soportada por el sujeto pasivo y de cuyo pago será eximido.

No obstante lo anterior, es importante destacar que sin duda es la construcción de la norma tributaria el primer estadio en el cual debe procurarse una cabal satisfacción del principio de no confiscatoriedad, lo cual sólo puede alcanzarse cuando se toman en consideración todos los principios constitucionales que delimitan y limitan el poder de imposición, aun cuando ello no garantice que el tributo no produzca efectos confiscatorios en un caso concreto, según lo que se ha explicado con anterioridad.

En este punto –el del diseño de la norma tributaria– la no confiscatoriedad se logra sobre todo cuando se atiende al principio de la capacidad contributiva, el cual resulta satisfecho, según apuntan con acierto Pérez de Ayala y González, cuando: i) las normas reguladoras del impuesto que configuran su hecho imponible no desmientan la voluntad del legislador de gravar en forma directa o indirecta, la existencia de una renta, de un patrimonio o un acto de uso o gasto de una renta o patrimonio; ii) el legislador no emplee ficciones jurídicas o legales al definir las realidades económicas gravadas (ficciones relativas al hecho imponible); ya sea en la normas que valoran esas realidades (ficciones relativas a la base imponible), bien sea al definir al sujeto pasivo del impuesto al que se grava como titular o beneficiario de aquellas realidades que indican la capacidad económica de pagar el impuesto.[28]

[28] Pérez de Ayala, J.L.-González, E. *Curso de Derecho Tributario.* Editorial de Derecho Financiero-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 179.

# ALLAN R. BREWER-CARÍAS Y SUS MAESTROS:
## LEGADO PARA LAS NUEVAS GENERACIONES

Jesús María ALVARADO ANDRADE*

[…] *tenemos que aprender a que no se puede vivir la vida como si fuéramos a vivir para siempre, pues si lo hacemos, incluso inconscientemente, la vida siempre será escasa, y esa parte de la misma que muchas veces dejamos para el futuro, sucede que con frecuencia no hay ocasión de disfrutarla; pues en realidad cuando quizás nos demos cuenta ya no será vida, sólo será tiempo que ya no se puede aprovechar*»**

El caraqueño que más ha influido en el derecho público en Hispanoamérica y que ha sido objeto de las mayores distinciones académicas ha sido el jurista y profesor Allan R. Brewer-Carías. A raíz de sus ochenta años de edad un grupo de discípulos y amigos dispersos a lo largo y ancho de Occidente, organizaron diversos eventos para conmemorar un año de vida del maestro, aprovechando dicha ocasión, para agradecerle por cuanto ha hecho en sus sesenta años de incesante actividad intelectual.

Un homenaje más a Brewer-Carías requiere de explicación. Bien puede sostenerse que esta deferencia resulta oportunidad perfecta para incitar a las nuevas generaciones al estudio del Derecho, especialmente, en tiempos en los cuales se duda del valor civilizatorio de esta milenaria disciplina u arte.

Este homenaje permite que diversos estudiosos escruten la colosal obra del maestro, la cual es un portentoso regalo al saber jurídico, la cual permanece virgen, por lo cual se requiere la labor de exploradores que se atrevan a escudriñarla y explotarla al máximo con el objetivo de hacer de este lugar, la

---

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Francisco Marroquí y Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

** Brewer-Carías, Allan R. "Palabras en el acto de graduación de la Promoción de Abogados Allan R. Brewer Carías", Aula Magna-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013. Palabras leídas en el acto por Jesús María Alvarado Andrade.

América española, más libre y competitivo en el orden político y económico mundial.

Todos los homenajes que se le han hecho y se le seguirán haciendo al maestro son merecidos. Nadie ha escrito tantas obras jurídicas valiosas, como muestra el prodigioso currículum del autor editado en libro gracias a la diligencia de sus familiares[1]. En esta oportunidad me referiré de manera sucinta a la relación que tiene Brewer-Carías con sus maestros. El tema ha sido poco explorado. De hecho, se pretende indagar cómo la obra del maestro sigue una tradición que le precede.

Brewer es el maestro incuestionado del derecho público en América española, pero no se ha reparado que el maestro tiene a su vez unos maestros, a quienes constantemente honra, dato éste que puede apreciarse mediante un análisis de su obra. Para quienes lo hemos estudiado podemos aprovecharnos del agrado intelectual que le depara la crítica. En este sentido, este es un ensayo homenaje crítico de un discípulo para con su maestro.

Una lectura de la obra de Brewer-Carías muestra la profunda convicción por parte del autor de ser parte de una tradición jurídica que le precede y que está llamado a cultivar, expandir y divulgar. Recientemente, existe una confesión que es relevante retener, al referirse nuestro autor, a que existe una tríada de relaciones culturales entre Viena, París y Caracas que condiciona su obra.

En efecto, a partir del hecho de que Hans Kelsen fue profesor de Charles Eisenmann en Viena, jurista que dejó sembrado un impacto fundamental en el caraqueño, Brewer ha sostenido que gracias a sus estudios en Francia con Eisenmann, existe una tradición –quizás un método jurídico– que ha llegado a Caracas a través de él. En tal sentido, los alumnos de Brewer en Caracas han aprovechado parte de esa tradición que el maestro de manera recelosa quiere mantener y preservar.

En la presentación de una obra importísima en materia de interpretación jurídica que colma por lo demás una laguna existente en lo que se denomina la "Escuela Brewer"[2], el maestro Brewer sostuvo que sus alumnos en Caracas no han hecho más que estudiar a través de su obra, una tradición jurídica europea que se remonta a nombres tan portentosos como los de Hans Kelsen y Charles Eisenmann[3].

---

1 Brewer-Carías, Allan R. *La Obra de / The Works of Allan R. Brewer-Carías. Catálogo/Catalog 1960-2019, Edición preparada por sus hijos y nietos con ocasión de celebrar 80 años de vida y 60 años de actividad académica / Edition prepared by is children and grandchildren on the occasion of celerating 80 years of life and 60 years of academic activity*, New York-Madrid, 2019.

2 Me refiero a la obra de la profesora Claudia Nikken.

3 Brewer-Carías, Allan R. "Palabras en el Acto de presentación del libro de Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la*

La influencia de Eisenmann en Brewer-Carías es indudable, aspecto sobre la cual no se ha reparado debidamente. En efecto, el polémico jurista francés escribió diversos artículos jurídicos refutando con una buena dosis de polémica, la idea según la cual, el Barón de Montesquieu había ideado la teoría de la separación de poderes. Desmitificando el célebre capítulo VI del libro XI de l'Esprit des Lois, el jurista francés cambió la visión que se tenía en la dogmática iuspublicista en torno al concepto de separación de poderes del Barón[4].

Esta crítica de Eisenmann influyó en Brewer-Carías, quien desde sus tempranas obras jurídicas incorporó diversos estudios de Eisenmann, con el objetivo de evidenciar que resultaba más apropiado emplear el concepto de "división de poder" antes que el de "separación de poderes".

Como se ha expuesto en reiteradas obras de Brewer-Carías, el criterio de especialidad de funciones por parte de los órganos que ejercen el poder público devenía en inadmisible conforme a un análisis de derecho positivo de las constituciones modernas. De hecho, la "separación de poderes" en sentido negativo forjada por el Barón resultaba insuficiente, al no dar cuenta de la existencia de distintas funciones que paulatinamente se le fueron atribuyendo a los órganos que ejercen el poder público, lo que llevó a Brewer a insistir en el ejercicio inter-orgánico en cuanto a la función administrativa y al carácter inter-funcional de los actos estatales[5] aspecto que influyó en su noción ecléctica de "acto administrativo"[6].

---

*interpretación de la Constitución* Centro para la Integración y el Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana" Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

4 Esta idea en Francia la ha cultivado el profesor Michel Troper.

5 Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público Iberoamericano*, Tomo I, El derecho administrativo y sus principios fundamentales, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, p. 531; Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público Iberoamericano*, Tomo III, Los actos administrativos y los contratos administrativos Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 40 y Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público Iberoamericano*, Tomo IV, El procedimiento administrativo Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 199.

6 Véase Eisenmann, Charles, *Cours de droit administrative*, Tome 1, L.G.D.J, Collection: Anthologie du droit, Paris, 2013 y Tome 2, L.G.D.J, Collection: Anthologie du droit, Paris, 2013. Recuérdese que Brewer cursó estudios de derecho administrativo en la Universidad de París entre 1962-1963 estudiando con Eisenman el tema de los actos administrativos. Sobre la noción de 'acto administrativo' me he referido en un trabajo de mi autoría publicado en Hernández, José Ignacio (Coordinador), *Libro homenaje a Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R.*

A diferencia de Eisenmann quien cultivó los álgidos temas de la teoría del derecho, en el caso de Brewer-Carías todo lo relacionado a la filosofía y teoría del derecho ha quedado lamentablemente ausente. La atmósfera intelectual en las Facultades de Derecho en Venezuela en la época de estudiante de Brewer no era favorable a estos tópicos, debido que se consideraba que las reflexiones abstractas eran irrelevantes para el oficio de jurista[7], por lo que desde sus primeros trabajos jurídicos el autor optó por análisis jurídicos exegéticos de la legislación venezolana sin menoscabo del debido uso de rigurosas consideraciones doctrinarias[8].

Una hipótesis a explorar es que la discusión contemporánea en temas de teoría o de filosofía del derecho en Brewer-Carías ha sido deliberadamente esquivada. Si bien inicialmente los temas filosóficos[9] fueron de su interés, en realidad, dicha preocupación intelectual solo se dio en sus años juveniles y se trataba de filosofía a secas, o mejor dicho, historia de la filosofía para aprobar un curso.

Todo el debate en torno la influencia de la filosofía política ralwsiana, los debates en torno a los principios jurídicos entre H.L.A Hart y Ronald Dworkin o más recientemente, las disputas en torno al tema de la ponderación judicial, no se encuentran en nuestro autor, pese a ser relevantes en el tratamiento de la "justicia constitucional".

La razón de ello podría estar en que a diferencia de estas discusiones de académicos, el jurista caraqueño siempre se ha visto a sí mismo como un jurista de cuarto de batalla, preocupado por casos jurídicos reales que le han obligado

---

*Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

7 Tosta, María Luisa "Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, N° 56, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho, Caracas, 1975, pp. 101-165.

8 Brewer-Carías, Allan R. "Una pincelada histórica sobre el sistema de enseñanza del Derecho Administrativo" en Hernández Mendible, Víctor (Coordinador), en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo (Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo I, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 23-78; Brewer-Carías, Allan R., *El sistema y método de la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela*, Caracas, 1966.

9 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Manuscrito de Apuntes de Historia de la Filosofía* (Primera y Segunda Parte) elaborado para la preparación de un examen, Caracas, 1957 y "Charla sobre Existencialismo y Humanismo en el Curso de Historia de la Filosofía (Quinto año de Bachillerato, Filosofía y Letras)", curso del Profesor Bernardo Cubillán Molina, Colegio Santa Cecilia, Caracas, 1959, Publicado en Brewer-Carías, Allan R., *Derecho administrativo. Escritos de Juventud (1959-1964),* Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 23-27.

a estudiar, al punto que buena parte de su obra responde a momentos decisivos del acontecer político, social y económico de Venezuela y de otras latitudes[10].

De igual modo, las preocupaciones en torno a teoría y filosofía del derecho no eran importantes en Francia, cuna del Derecho administrativo, lo cual puede explicar también el que en esa experiencia no encontrara incentivos para la incorporación a su trabajo jurídico el arsenal teórico que la filosofía y la teoría del derecho puede ofrecer. Basta mencionar que en la época en la que estudió en Francia, la filosofía del Derecho era casi inexistente[11]. De hecho, lo que hacía Eisenmann era bastante marginal en este tópico.

Si bien Brewer-Carías no ha incorporado a su obra jurídica en temas constitucionales y administrativos tópicos harto discutidos de la teoría del derecho y la filosofía del derecho contemporánea bien puede decirse que hay un autor relevante en estos tópicos que ha influido poderosamente en Brewer gracias a Eisenmann, cuyo nombre nos remite a Viena: Hans Kelsen.

El caraqueño siempre ha aprovechado el magisterio de Kelsen tanto en el ámbito del Derecho administrativo, internacional y constitucional. No toda la obra de Kelsen, pero sí al menos la Teoría General del Estado ha sido decisiva en buena parte de las obras de Brewer-Carías. De hecho, la noción de Estado, jerarquía normativa, soberanía, problemas constitucionales de la integración, justicia constitucional y contencioso-administrativo están construidas tomando en serio a Kelsen.

Brewer ha eludido siempre entramparse en discusiones abstractas en torno a la relación necesaria o contingente entre derecho y moral, las semejanzas o diferencias entre la concepción no positivista y positivista del derecho. De igual modo, rehúye abordajes específicos en torno a los métodos, teorías e ideologías interpretativas tanto en el ámbito constitucional como administrativo.

Esta desatención obedece principalmente a una vocación por lo práctico, es decir, resolver controversias jurídicas, las cuales requieren de sólida formación teórica, considerando quizás una filosofía del derecho positivo muy tenue. Criticado por ciertos sectores, Brewer-Carías se ha mantenido en su

---

10 Realmente, se podría decir que Brewer-Carías no es un jurista venezolano, sino que nació en Venezuela. Es global e inmortal.

11 Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín "La dimension historique du constitutionalisme. Entretien avec le prof. Michel Troper" en *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, N° 7, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006 y Atienza, Manuel 'Entrevista a Michel Troper' en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 42, Universidad de Alicante-Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 415-433.

casa de cristal[12] viendo pasar por décadas toda una discusión en temas de filosofía del derecho y de teoría del derecho que llega lamentablemente en este siglo XXI al hastío, presos muchas veces de la arrogancia típica de quienes rehúyen del trabajo de otros, en este caso, del quehacer de los dogmáticos.

Charles Eisenmann no solo fue alumno de Kelsen, sino que tradujo parte de la obra del vienés al francés, dando a conocer a uno de los juristas más increíbles del siglo XXI. En Venezuela, de modo casi marginal, un jurista trató de dar a conocer de manera teórica la obra del vienés, pero esta obra poco estudiada no afloró en la obra de Brewer[13]. La hipótesis de este ensayo es que el kelsenianismo de Brewer-Carías, viene dado por la impresión positiva que le causó Charles Eisenmann, quien además cultivaba con destreza dos ámbitos del derecho público que luego Brewer cultivaría hasta la saciedad, dejando dos colosales Tratados que todo estudioso deberá leer, estudiar y analizar.

Eisenmann fue por mucho tiempo el único kelseniano en Francia. De hecho, como antes se acotó, este jurista francés cultivó con maestría temas de alta teoría y filosofía del derecho, como lo hacía otro destacado jurista, éste sí dedicado a la abstracción y la historia como Michel Villey[14] aun cuando desde la vertiente iusnaturalista.

En el caso de Brewer-Carías, sus estudios con Eisenmann versaron en temas de derecho administrativo, al punto de que el Cours de droit administrative influyó decididamente en su obra, aunque bien puede decirse que la obra del caraqueño está también influida por varios juristas de su formación de pre-grado, a saber: Florencio Contreras Quintero, Arístides Calvani, Gustavo Planchart Manrique, Emilio Pittier Sucre, Gert Kummerow, Enrique Pérez Olivares, Arminio Borjas (h). y Joaquín Sánchez-Covisa. Dado que Calvani fue su profesor, es casi seguro que con más ahínco el tema Kelsen vino con su visita a París, manteniendo Brewer-Carías a veces de manera tenue en sus últimos años de vida un iusnaturalismo que no riñe con el derecho positivo.

---

12 Brewer-Carías, Allan R. "De la Casa de Cristal a la Barraca de Hierro: el Juez Constitucional vs. El derecho de acceso a la información administrativa" en *Revista de Derecho Público*, N° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010. pp. 197-206

13 Pizani, Rafael, *La Filosofía del Derecho en Venezuela*, Lit. y Tip. Casa de Especialidades, Caracas, 1935 y del mismo autor, *Introducción al Derecho*, Librería Pensamiento Vivo, Caracas, 1956.

14 Los juristas Rogelio Pérez Perdomo y Luis Castro Leiva fueron alumnos de este formidable iusnaturalista. Rogelio Pérez Perdomo fue alumno de Eisenmann. Véase García Soto, Carlos "Entrevista al profesor Rogelio Pérez Perdomo" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, Derecho y Sociedad* N° 13, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, Caracas, 2017, p. 48

Otro destacado maestro que influyó en Brewer es Marcel Waline[15]. Este insigne jurista francés es constantemente citado en Derecho Administrativo. Escritos de Juventud (1959-1964), por lo que cuando visitó Francia, es de suponer que Brewer conocía aspectos significativos de la obra del jurista francés de la mano de Gonzalo Pérez Luciani. De Waline puede decirse que Brewer-Carías tomó aún más el énfasis la necesidad de que el jurista comente o aclare las disposiciones emanadas del legislador, o en su defecto, remarque los rasgos distintivos de las instituciones, su origen y razón de ser, lo cual el caraqueño ha hecho muy bien incursionando en la historia.

Es decir, el método exegético en Brewer bien puede apreciarse en los diversos libros en los cuales hace análisis de una legislación en particular, los célebres comentarios legislativos. A este respecto, la influencia de Waline es patente en las obras dedicadas al tema de la discrecionalidad administrativa[16].

Antes de Brewer-Carías, debe recordarse que la jurisprudencia no tenía el valor normativo que hoy medianamente tiene en Venezuela, esto más allá, del juicio de valor moral o político en contra de la jurisprudencia emanada de los tribunales sometidos a la dictadura socialista, cuestión que el autor ha sabido manejar bien[17].

---

15 En una conversación por correo electrónico (3 de febrero de 2013) con el maestro Brewer, le hice varias preguntas en torno a la orientación política de Marcel Waline y algunas cuestiones peculiares de la academia universitaria francesa, esto como parte de un trabajo amplio sobre la obra de Brewer-Carías que desde hace tiempo preparo. En esa oportunidad, pude destacar tres cuestiones. En *primer lugar,* para Brewer-Carías, el profesor Marcel Waline era un liberal, en el entendido de opuesto a socialista, pero en muchos casos podría decirse que era un auténtico conservador. En *segundo lugar*, el magisterio de Brewer en buena medida es un homenaje a los "Mandarines" de la Facultad de Derecho de la *Place du Panthéon*, entendido como los grandes profesores jefes académicos en la Universidad, que resultaban intocables y casi inaccesibles, aspecto que cambió radicalmente con la revolución de mayo de 1968. En *tercer lugar*, Brewer, destacaba en su respuesta que "para que un alumno de postgrado que recibía clases con el profesor pudiera preguntarle algo o entrevistarse con él, tenía que pedirle por escrito por correo ordinario una entrevista, que luego normalmente la daba igualmente respondiendo por escrito por correo. La distancia entre profesor y alumno era abismal", lo que evidencia cuánto ha cambiado la relación profesoral-alumno.

16 Brewer-Carías, Allan R. "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1966, pp. 9-35.

17 Brewer-Carías, Allan R. "Justicia y Administración en la Venezuela de comienzos del siglo XXI: contradicciones entre la jurisprudencia, el Legislador y la práctica de una llamada justicia administrativa socialista" en García de Enterría, Eduardo y Alonso García, Ricardo (Coords.) *Administración y justicia. Un aná-*

En este sentido, nadie ha sido más crítico y enfático en Venezuela en cuanto a la importancia que tiene el estudio de la jurisprudencia, lo que no le ha impedido ser bastante crítico, en torno a cómo los jueces tanto constitucionales como contencioso-administrativos pueden liquidar una Constitución y el ideal de Estado de Derecho.

Cuando los cantos de sirena autoritarios a finales de los años noventa levantaron la bandera constituyente y se abogó para que la Corte Suprema de Justicia dilucidara el presunto conflicto entre soberanía popular y supremacía constitucional, Brewer fue el único en alzar una voz crítica contra la pretensión de abrir un proceso constituyente mediante una interpretación constitucional aviesa y fraudulenta con arreglo a las tesis de la magistratura progresiva o posmoderna[18].

Brewer-Carías advirtió desde el inicio de la "revolución" (1999) que Venezuela se desplazaba rápidamente a una dictadura aceitada por unos jueces que abjuraban del deber constitucional de hacer valer el principio de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico. Más allá de su profecía, Brewer demuestró el compromiso que ha tenido con el ideal político del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

El caraqueño ha legado a las generaciones venideras sendas y sólidas obras que sintetizan toda la jurisprudencia constitucional y administrativa dictada por los tribunales competentes. Para Brewer-Carías siguiendo a pie juntillas el papel que cumple la jurisprudencia contencioso-administrativa en Francia, siempre consideró que ésta era un derecho vivo llamado a ser estudiada[19].

No se ha conformado con una mera descripción de lo que han sostenido los jueces, sino que siempre ha procurado describir el contenido neurálgico de

---

*lisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, pp. 3769-3789.

18 Véase Delgado Ocando, José Manuel, "Hacia una comprensión posmoderna del derecho" en *Dikaiosyne. Revista del Grupo Investigador Logos: Filosofía, Derecho y Sociedad, N° 1,* Universidad de Los Andes-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas-Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida 1998, pp. 1-36. Dos juristas más hay que destacar a este respecto profesora Claudia Nikken y profesora Lolymar Hernández Camargo.

19 Véase Brewer-Carías, Allan R. *Jurisprudencia de la corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, Ediciones del Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975 en seis volúmenes; Brewer-Carías, Allan R., y Ortíz Álvarez, Luis, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso-administrativa (1991-1996)*, Colección Jurisprudencia, N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996 y todas las *Revistas de Derecho Público* editadas por la Editorial Jurídica Venezolana inspiradas en la tradición académica francesa.

esas sentencias con comentarios críticos. A diferencia de otras obras jurídicas, la de Brewer-Carías está fuertemente impregnada de referencias a sentencias judiciales y legislación[20].

No ha sido una obra eminentemente teórica, sino que siempre ha procurado que su obra refleje esa tensión a la cual siempre están expuestas de manera cíclica las reflexiones en torno al estudio del Derecho, a saber, hacer confluir la teoría con la práctica como puede verse en su Tratado de Derecho Administrativo y su Tratado de Derecho Constitucional en el que los temas tratados bien pueden referirse a constituciones y legislación vigentes como también a constitución y legislación no vigente, que recoge, una historia constitucional mejor que la sacrosanta de Gil Fortoul en tanto muestra que una historia constitucional es y ha de ser historia jurídica que explique debidamente cómo las normas constitucionales trascienden el momento de su aprobación, estando condicionadas al vaivén de eventos políticos, económicos, interpretaciones judiciales, administrativas e internacionales.

Este dato muestra que más allá de la vigencia o no de esos documentos normativos referidas en los Tratados, los temas por el autor guardan muchísima actualidad debido a la versatilidad, innovación y talante crítico. Además, y esto lo hace único, la obra de Brewer-Carías anticipa sin proponérselo la evolución o involución del Derecho en otras latitudes, sirviendo de vacuna contra los desvaríos de los abolicionistas del Derecho.

Es menester indicar que la obra jurídica de Brewer-Carías está condicionada a su labor docente. El ha sido el maestro de cuantos han querido incursionar en temas del derecho público, sin menoscabo de su conocimiento profundo del derecho privado. Lo ha hecho siempre tomando en cuenta al Derecho, pero sin negar la importancia que pueden llegar a tener disciplinas consideradas como auxiliares, tales como historia, sociología, economía etc.

En esto Brewer-Carías sigue una tradición que curiosamente no ha calado suficiente en Venezuela. La mayoría de las veces los juristas han considerado que el incursionar en temas jurídicos tomando en cuenta saberes de otras especialidades es algo ajeno al quehacer de los juristas. La distinción del trabajo de Brewer-Carías con respecto a otros, de igual modo, ha estado en tratar de entender regímenes jurídicos diferentes derivado de que es un comparatista excepcional.

Por tanto, es menester indicar como sostuvo Eisenmann refiriéndose a las diferencias entre sistemas de common law y de régimen de derecho civil continental que: "nadie admitirá francamente que la enseñanza con fines exclusivamente prácticos debería sobrepasar la simple perspectiva de la aplicación a situaciones particulares de reglas generales preexistentes y, por tanto,

---

[20] Véase Waline, Marcel, *Notes d'arrêts de Marcel Waline*, 2 vols, Dalloz, Paris, 2004.

no debería limitar sus ambiciones a la sola formación para el razonamiento silogístico destinado a deducir de las reglas generales la solución de los problemas concretos de derecho"[21].

La obra de Brewer-Carías si bien está cargada de excepcionales explicaciones en torno a la organización, funcionamiento y controles del Estado moderno, deja de lado el tema de cómo los jueces deben interpretar, a pesar de ser un defensor de la judicial review y del contencioso-administrativo sin parangón.

Esto bien pudiera dar la idea de que la influencia de Kelsen es fuerte en esto. Repárese que en Kelsen hay una teoría de la interpretación, pero en la misma no hay vestigios de una teoría de la argumentación jurídica[22] que permita dar cuenta de temas relacionados a cómo los jueces deberían interpretar, ponderar derechos, aspectos relacionados al principio de proporcionalidad, u aspectos relacionados a principios o derechos implícitos etc.

Pese a que Brewer-Carías es uno de los más importantes juristas en cuanto atañe al estudio de la justicia constitucional, su concepción interpretativa requiere de mayor atención por parte de los especialistas[23].

Destáquese que el interés de Brewer-Carías por los temas constitucionales debió profundizarse en Francia. A lo largo de este ensayo, hemos insinuado que la obra de Brewer solo puede entenderse a cabalidad si se estudia a fondo la doctrina francesa que él estudió a profundidad. De hecho, en las últimas décadas, la influencia de la doctrina española ha sido más fuerte en Venezuela pero bien puede sostenerse que esto en Brewer-Carías es muy marginal, pese a respetar muchísimo a los grandes exponentes del derecho público español quienes fueron sus amigos.

Ciertamente fue un estudioso de la primera generación de destacados juristas españoles, como puede darse cuenta en su célebre tesis de 1964, pero de allí a sostener que las tesis nucleares de Brewer provienen de la doctrina española es un craso error. Hasta ahora no se ha realizado un concienzudo aná-

---

21 Eisenmann, Charles, "El problema de la naturaleza y los fines de la enseñanza del derecho (1953, UNESCO)" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 6, Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 65.

22 García Amado, Juan Antonio "Del método jurídico a las teorías de la argumentación" en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 3, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado-Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1986, pp. 151-182.

23 Alvarado Andrade, Jesús María "Prólogo" al libro Brewer-Carías, Allan R., *Derecho Procesal Constitucional*, 3° edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 13-58.

lisis sobre este hecho particular, debido a que salvo muy pocos casos, los juristas en Venezuela están influidos profundamente por la doctrina española[24].

En cuanto al Derecho constitucional, más allá de la constante apelación de Brewer-Carías a principios constitucionales del constitucionalismo norteamericano, bien puede sostenerse que el lente intelectual con el que observa el fenómeno de la justicia constitucional es más europeo. Si bien en Venezuela[25] tuvo contacto en sus años formativos con una de las cabezas más importantes del Derecho constitucional en lengua española, a saber, Manuel García Pelayo, es poco lo que hay de este formidable jurista en la obra de Brewer-Carías, salvo la semilla de la pasión por el derecho comparado.

Viena y París tienen más impacto en Brewer-Carías que Washington, Berlín o Cambridge. El cuerpo doctrinario del maestro está construido en buena medida leyendo los clásicos del derecho público francés. Como hombre innovador, nuestro homenajeado está al tanto de las nuevas tendencias como se puede observar en su colosal obra, en las cuales siempre hay un atento diálogo con autores y temas contemporáneos rescatando siempre ciertas advertencias kelsenianas[26].

Sin embargo, los maestros que más le impactaron en Francia cultivaron los temas de derecho público (tanto constitucionales como administrativos)[27] incursionando con maestría en temas jurídicos, tomando en serio ciertos saberes no estrictamente jurídicos. Lo que llamó Brewer-Carías los condicionantes políticos, sociales y económicos del estudio del Derecho administrativo está tomado de la ciencia política y el Derecho constitucional francés, cuyo rótulo de una de sus obras más famosas lo demuestra[28].

---

[24] El caso de la profesora Hildegard Rondón de Sansó es particular debido a la influencia de la doctrina italiana, al igual que el profesor Juan de Stefano. La profesora Claudia Nikken y el profesor Luis Ortíz Alvarez profundamente influidos por la doctrina francesa. El profesor Gonzalo Pérez Luciani es *L'enfant terrible* del derecho público venezolano. La gran mayoría influenciados por la dogmática española.

[25] Brewer-Carías, Allan R., "La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela" en *Revista de Derecho Político*, N° 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 289-325.

[26] Brewer-Carías, Allan R., *Constitucional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York, 2011.

[27] Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1928.

[28] Véase Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, 8 vols., Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1996-1998.

El estudio de Eisenmann en torno al Tribunal Constitucional austríaco realizado bajo la dirección de Hans Kelsen influyó en el jurista caraqueño. De hecho, sus distinciones en torno al concepto de "justicia constitucional" y "jurisdiccional constitucional" vienen de Eisenmann. La traducción del jurista francés de la obra de Kelsen al parecer incurrió en el inevitable "traduttore, traditore"[29] que ha condicionado a Brewer.

De hecho, pese a la influencia de Eisenmann y de Kelsen a través del jurista francés, en la obra Brewer-Carías no hay que magnificar su kelsenianismo, pues en muchos sentidos, salvo temas relacionados a ordenamiento jurídico y jerarquía normativa, el maestro caraqueño no emplea de manera consistente en su obra la "teoría pura" como instrumento de análisis del derecho positivo, derivado quizás de un cierto eclecticismo que caracteriza su obra.

Un aspecto final en la que no se ha reparado es la importancia que tiene en Brewer-Carías el tema de las técnicas o principios de organización administrativa[30] las cuales independientemente de la forma en que se manifiesten remite a temas relacionados con la distribución de funciones, distribución territorial y atribuciones de los órganos del Estado.

De igual modo, los esfuerzos intelectuales destinados a explicar y criticar las reglas que confieren poderes, o en otra forma, las competencias o atribuciones que regulan el funcionamiento de los órganos del Estado lo ha llevado a dedicar horas al estudio de los principios como el de competencia[31], jerarquía, descentralización, coordinación etc.

Puede decirse a este respecto que Brewer-Carías tomó bien en serio el hecho de que países como Francia, entre otros, históricamente propensos a la centralización, han dado paso a una profunda descentralización fortaleciendo la vida local o el municipalismo, tema en el cual el maestro ha sido no solo un teórico, sino un hombre de acción, llamado a revertir la centralización, incursionando con éxito en la vida política como senador, ministro y constituyente.

Vale destacar en este ámbito que Brewer-Carías ha sido un defensor del aporte de España a América. De hecho ha insistido que además de la religión católica o del idioma español, España legó a América una "forma urbana reticular" con antecedentes en el legado clásico que conformó lo que denominó

---

29 García Belaunde, Domingo y Cervantes Liñán, Luis (Compiladores), *Hans Kelsen. Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2017.

30 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991.

31 Brewer-Carías, Allan R., *Constitución, democracia y control del poder*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 101 y ss.

con acierto la "ciudad ordenada"[32]. Brewer-Carías en su obra ha descrito el proceso de planificación de la ciudad en América por parte de los españoles, aspecto que todavía se aprecia en algunas ciudades como La Antigua Guatemala.

Sin embargo debe destacarse un hecho significativo, toda vez que un análisis en conjunto de las obras del maestro se desprende el que si bien hay elogios de la "ciudad ordenada" y minimización desde el punto de vista planificador de las ciudades en Estados Unidos, existe una preferencia por un equilibrio entre ciudades y campo, cuestión que sí ha sucedido en Estados Unidos y no en América española.

De hecho, valdría la pena acotar que la obra de Brewer pudiera dar pie a sostener que una explicación del fracaso del federalismo en América española puede deberse al desbalance entre la ciudad y el campo[33], aspecto decisivamente estudiado por los padres fundadores de los Estados Unidos de América, sobre el cual el derecho público en Venezuela no ha reparado debidamente.

Brewer-Carías sin duda deja a las nuevas generaciones una obra formidable llamada a ser estudiada en profundidad. El mejor homenaje que le puedo hacer a mi maestro es el de tratar de indagar aún más en su obra. Su liberalismo[34], opacado por el eclipse e influencia que llegó a tener la doctrina iuspublicista francesa luego de la postguerra, caracterizada por las nacionalizaciones, intervencionismo estatal, paternalismo estatal y minimización de la libertad económica afortunadamente lo ha rescatado abiertamente en sus obras más recientes.

Un discípulo revoltoso abiertamente liberal pude apreciar que leyendo a Brewer, se puede entender, paso necesario para luego transformar lo que hay que cambiar. Aquellos que lo vemos como un modelo de jurista[35], de ejemplo

---

32 Brewer-Carías, Allan R. *Ciudad Ordenada. Estudio sobre 'el orden que se ha de tener en descubrir y poblar' o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana) (Una historia del poblamiento de la América colonial a través de la fundación ordenada de ciudades)*, 2° Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-New York, 2017.

33 Hamilton, Alexander; Jay, John y Madison, James, *The Federalist*, Liberty Fund, USA, 2001, especialmente, los números 62-66, pp.

34 Waline, Marcel, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, Collection: Bibliothèque Dalloz, Paris, 2007.

35 Brewer-Carías, Allan R. "La formación del abogado y los problemas del ejercicio de la abogacía" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 91, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, pp. 23-39 y del mismo autor "Sobre la formación del abogado, la investigación jurídica y los retos frente al Estado Totalitario" en *Primer Congreso de Derecho: Expectativas Laborales y Actores Jurídicos para Venezuela*, Estudiantes de derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Aula Magna, Caracas, 2015.

de vida y de venezolano honrado y trabajador, seguiremos estudiándole, por lo cual nada más propicio que darle las gracias por su magisterio y por la tradición que él ha sabido preservar, ampliar y mejorar de sus maestros.

De Andrés Bello a Allan R. Brewer-Carías hay una tradición que las generaciones nuevas deben preservar en Venezuela. Por lo demás: ¡Qué viva Venezuela libre!

# ÍNDICE

PRESENTACION ..... 11

**A MANERA DE PRÓLOGO:**

Intervención de Pedro Nikken en la Jornada Académica celebrada para conmemorar los 80 años de Allan R. Brewer-Carías ..... 13

**I. ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO**

FUNDAMENTOS DEL ESTADO CONVENCIONAL
Víctor Rafael Hernández-Mendible

I. INTRODUCCIÓN ..... 23
II. HACIA UN CONCEPTO DE ESTADO CONVENCIONAL ..... 24
III. CONSIDERACIONES FINALES ..... 31

LA FIGURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y CONVENCIONAL
DOS IDEAS BÁSICAS EN LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Jaime Orlando Santofimio Gamboa

I. INTRODUCCIÓN. ALLAN R. BREWER-CARÍAS IDEÓLOGO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL; MAESTRO Y CONSTRUCTOR DE DEMOCRACIA; CULTOR DEL ORDEN CONVENCIONAL ..... 33
II. CONTENIDO. DOS IDEAS RECTORAS EN TORNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS: ..... 34
1. Ideas fundantes del concepto de Estado constitucional y convencional ..... 34

2. Ideas fundantes del concepto de democracia dificultades, desfiguraciones y peligros ..... 36
III. CONCLUSIONES ..... 41

REFLEXIONES SOBRE EL «ESTADO DE DERECHO Y DE JUSTICIA»
María Alejandra Correa Martín

I. EL DERECHO A LA JUSTICIA ..... 46
II. LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO GARANTÍA DE JUSTICIA ..... 51

LA PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO
Jaime Rodríguez-Arana

I. INTRODUCCIÓN ..... 55
II. LA PARTICIPACIÓN EN GENERAL ..... 55
III. LA PARTICIPACIÓN COMO OBJETIVO Y COMO MÉTODO ..... 57
IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA ..... 63

LA DEMOCRACIA, EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA, EN EL PENSAMIENTO DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Cecilia Sosa Gómez

I. PUNTO PREVIO ..... 67
II. LOS CONDICIONAMIENTOS ECONÓMICOS/SOCIALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ..... 68
III. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEGALIDAD ..... 69
IV. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ..... 70
V. CONCLUSIÓN ..... 71

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS
Mariela Morales Antoniazzi ..... 73

## II. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

CÁDIZ Y WEIMAR: LAS TRANSACCIONES COMO MITOS
Antonio Jiménez-Blanco

I. LA OBRA DEL HOMENAJEADO EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812 ..... 89
II. CÁDIZ: A MODO DE RESUMEN DEL DEBATE DE 2012.... 90
III. WEIMAR: ÍDEM 2019 ..... 95
V. RECAPITULACIÓN..... 98

AUGE, CAÍDA Y RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO EN LOS OCHENTA AÑOS DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS
José Ignacio Hernández G.

I. 1939: UN AÑO SINGULAR EN LA HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO ..... 101
II. LA FORMACIÓN DE LA REPÚBLICA LIBERAL AUTOCRÁTICA Y EL *GAP* POLÍTICO EN LA CREACIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO..... 102
III. EL PETRÓLEO Y LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA BAJO LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO..... 104
IV. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ORÍGENES DE LA DEMOCRACIA ..... 106
V. EL PETRO ESTADO, EL SESGO ESTATISTA DEL DERECHO PÚBLICO Y LA CRISIS TERMINAL DEL SISTEMA POLÍTICO A LA SOMBRA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AUTORITARIO POPULISTA..... 109
VI. LA (RE)CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO ..... 113

LOS DERECHOS HUMANOS INTANGIBLES
(SEGÚN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999)
Claudia Nikken

I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA ..... 118
II. LOS DERECHOS HUMANOS QUE, EN VENEZUELA, SON "INTANGIBLES" ..... 123
A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LINEAMIENTO DE ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO ..... 128

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA
GARANTÍA DEL REPUBLICANISMOS
Leonardo Palacios Márquez

I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN UN MUNDO GLOBAL ..... 131
II. EL TIPO DE ESTADO COMO FACTOR INTERNO QUE AMENAZA LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ..... 135
III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO ..... 140
IV. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO ..... 142

CORTES CONSTITUCIONALES Y
AUTORITARISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL
Daniela Urosa Maggi

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: DE IURE, UNA GARANTÍA GLOBAL DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ..... 149
II. AUTORITARISMOS DERIVADOS DE LAS DESVIACIONES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD ..... 150
1. El autoritarismo judicial ..... 150
2. El autoritarismo judicial constitucional ..... 150

III. RECIENTES EXPERIENCIAS DE AUTORITARISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL. EL ROL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN VARIAS DEMOCRACIAS ILIBERALES CONTEMPORÁNEAS ..... 151
1. Recientes casos de cortes constitucionales en ejercicio del autoritarismo judicial ..... 151
2. Características comunes de los casos de autoritarismo judicial estudiados ..... 152
A. Asamblea Constituyente ..... 152
B. Reformas constitucionales ..... 153
C. Fraudes electorales ..... 154
D. Estado de emergencia ..... 154
E. Violación de derechos fundamentales ..... 154
3. Recapitulación ..... 155
IV. REPENSANDO LAS CORTES CONSTITUCIONALES. PROPUESTAS PARA EVITAR EL AUTORITARISMO JUDICIAL ..... 155
1. Reforzamiento de la capacidad estatal y mayor garantía de independencia de las cortes constitucionales ..... 155
2. Redimensionando los poderes de las cortes constitucionales: ¿vuelta al modelo original kelseniano de legislador negativo? ..... 156
3. Un planteamiento drástico: ¿conviene eliminar las cortes constitucionales y migrar al sistema de control difuso de la constitucionalidad? ..... 157
4. El control sobre las cortes constitucionales: una tarea pendiente ..... 160
CONCLUSIONES ..... 160

UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PARA EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA
Jesús María Casal Hernández

I. EL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS Y SU LUCHA CONTRA LA INJUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA ..... 163
II. LAS PRINCIPALES TAREAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA RECUPERACIÓN DEMOCRÁTICA ..... 163

1. Las atribuciones del órgano encargado de la jurisdicción constitucional y el sistema de justicia constitucional ..... 164
2. Los nuevos paradigmas sustantivos de la jurisprudencia constitucional ..... 166
III. REFLEXIÓN FINAL ..... 172

LA INFLUENCIA DEL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS EN COLOMBIA
Sandra Morelli ..... 173

## III. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. UNA APUESTA TEMPRANA POR LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
Armando Rodríguez García ..... 185

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA REFLEXIONES SOBRE DOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA OBRA DEL PROFESOR ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS
José Antonio Muci Borjas

I. INTRODUCCIÓN ..... 191
II. LA DISCRECIONALIDAD EN LA OBRA DE BREWER-CARÍAS ..... 192
III. REVISIÓN DE DOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ASOCIADOS A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA ..... 193
A) PRIMER DOGMA: LA INCOMPETENCIA DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PARA REVISAR LA OPORTUNIDAD Y LA CONVENIENCIA DE UNA MEDIDA ADMINISTRATIVA DICTADA EN EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES ..... 193
1. La oportunidad según la Ley Orgánica de la Administración Pública ..... 193
2. La conveniencia ..... 195

3. Recapitulación ..... 196

B) SEGUNDO DOGMA: LOS PODERES DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ESPECIALIZACIÓN DE FUNCIONES ..... 198

1. La ponderación de intereses como actividad propia de la Administración Pública y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ..... 198
2. El poder de sustitución según la justicia venezolana ..... 200
   A. La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ..... 201
   B. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ..... 202
   C. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ..... 203
      a. El asunto Ricardo Cella ..... 203
      b. El asunto Cervecerías Polar Los Cortijos C.A. et al. .. 203
      c. El asunto Inversiones Mayta C.A. ..... 204
3. Recapitulación ..... 206

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
SU INFLUENCIA EN LA PROMULGACIÓN, PROMOCIÓN Y ESTUDIO DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
Flavia Pesci Feltri

I. INTRODUCCIÓN ..... 207
II. ANTECEDENTES Y PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ..... 207
III. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ..... 213

EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN
Rafael Badell Madrid

I. INTRODUCCIÓN ..... 219
II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN ..... 222
III. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN ..... 226
   1. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas (artículo 18.5 y 9 LOPA) ..... 227

2. Derecho a la tutela administrativa efectiva (artículos 49 y 143 de la Constitución, 5 de la LOAP y 73 de la LOPA) ..... 228
3. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable (artículos 4, 5 y 6 LOPA)..... 229
4. Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas (artículo 4 LOAP) ..... 229
5. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos (artículos 51 de la Constitución, 9 de la LOAP y 2 de la LOPA)..... 230
6. Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas (artículo 9 LOAP) ..... 230
7. Derecho a no presentar documentos en poder de la administración pública (artículos 10 y 15 de la LSTA)..... 231
8. Derecho a ser oído antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente (artículo 49 de la Constitución y 48 de la LOPA) ..... 231
9. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas (artículo 59 de la LOPA) ..... 232
10. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública (artículos 140 de la Constitución y 13 de la LOAP) ..... 233
11. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas (artículos 25 y 139 de la Constitución y 8 de la LOAP) ..... 233
12. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad ..... 234
13. Otros derechos..... 234

IV. PRINCIPIOS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN ..... 235

1. Principio de legalidad (artículos 137 y 141 de la Constitución y 4 de la LOAP) ..... 236
2. Principio de eficacia (artículos 30 LOPA, 10 de la LOAP y LSTA) ..... 238
3. Principio de proporcionalidad (artículos 12 de la LOPA y 10 de la LOAP) ..... 239

4. Principio de imparcialidad e independencia (artículos 145 de la Constitución y 36 al 40 de la LOPA ..... 240
5. Principio de buena fe y confianza legítima (artículos 9 de la LSTA y 11 de la LOPA) ..... 241
6. Principio de responsabilidad y rendición de cuentas (artículos 140 y 141 de la Constitución, 14 de la LOAP, 51 y 52 de la LOCGR) ..... 242
7. Principio de transparencia y acceso a la información de interés general (artículos 143 de la Constitución, 22, 11, 12 y 159 de la LOAP) ..... 244

BIBLIOGRAFÍA ..... 245

BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS Y TENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MUNDO ACTUAL
Federico A. Castillo Blanco

I. INTRODUCCIÓN: LOS DEBATES QUE MARCARÁN UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN ..... 249
II. UNA NUEVA VISIÓN PARA UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA CONSECUCIÓN DE UNA "BUENA ADMINISTRACIÓN" Y LA NECESARIA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA EN SU GESTIÓN ..... 250
III. LA PLASMACIÓN DE UNA NUEVA GENERACIÓN DE PRINCIPIOS, VALORES Y DERECHOS: EL REFORZAMIENTO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA ..... 253
IV. NUEVAS ARQUITECTURAS ORGANIZACIONALES PÚBLICAS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN ..... 255
V. UNA ADMINISTRACIÓN INNOVADORA QUE GESTIONA EL CONOCIMIENTO ..... 256
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: CORRER MÁS RÁPIDO SI QUEREMOS MANTENERNOS EN EL MISMO LUGAR ..... 258

BIBLIOGRAFÍA ..... 258

**IV. ESTUDIOS SOBRE OTRAS ÁREAS DEL DERECHO**

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA "CIUDAD ORDENADA" DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Luciano Parejo Alfonso ..... 261

EL CONCEPTO DE MUNICIPIO EN
ALLAN R. BREWER CARÍAS
Fortunato González Cruz ..... 269

BIBLIOGRAFÍA..... 276

ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO
EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
Luis Cova Arria

I. NOTA PRELIMINAR..... 280
II. EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO ANTE LOS TRIBUNALES DEL ALMIRANTAZGO DE LOS EE.UU. ..... 284
III. LA DOCTRINA DEL "*FÓRUM NON CONVENIENS*"..... 289
IV. LAS REGLAS FEDERALES DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y LAS COMPLEMENTARIAS..... 289
V. EL *"PRE-TRIAL"* DEL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO EN LOS EE.UU..... 292
VI. EL *"DISCOVERY"* (EL DESCUBRIMIENTO)..... 293
VII. EL SUPUESTO *"DISCOVERY"*, DE LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO (LCM) VENEZOLANA..... 296
VIII. LOS INFORMES FINALES Y LA SENTENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO MARÍTIMO EN LA EE.UU. ..... 299
IX. "WRITS OF CERTIORARI" ..... 300
X. A MODO DE CONCLUSIONES ..... 302

EL PETROENGAÑO CONTABLE
(ANÁLISIS JURÍDICO DEL DECRETO N° 4025, DE LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP Y DEL PROYECTO DE BA VEN NIF N° 12 DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS EEFF PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE LOS EEFF MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS)
Humberto Romero-Muci

INTRODUCCIÓN..... 304
I. EL DECRETO N° 4025 Y LA PROVIDENCIA 097-2019 DE SUNACRIP ..... 307
II. OBJETO Y ALCANCE DE LA PROVIDENCIA ..... 308

III. PROYECTO DE BOLETÍN DE APLICACIÓN DE LA FCCPV SOBRE TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE CRIPTOACTIVOS Y LA PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS ..... 310
IV. NULIDAD ABSOLUTA DEL DECRETO N° 4025 Y DE LA RESOLUCIÓN N° 097-2019 DE SUNACRIP. INCOMPETENCIA MANIFIESTA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LA SUNACRIP PARA REGULAR MATERIA SOBRE LA CONTABILIDAD E IMPONER OBLIGACIONES A LOS PARTICULARES SOBRE LA LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD ..... 311
V. ABUSO EQUIVOCO DEL TÉRMINO CRIPTOACTIVO COMO PRETENDIDA UNIDAD MONETARIA Y UNIDAD DE CUENTA ..... 314
VI. INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS CRIPTOACTIVOS (O DEL PETRO) COMO UNIDAD DE MEDIDA CONTABLE ..... 316
VII. EL BOLÍVAR COMO MONEDA DE PRESENTACIÓN OBLIGATORIA EN VENEZUELA ..... 318
VIII. INIDONEIDAD TÉCNICA DE LOS CRIPTOACTIVOS Y DEL PETRO PARA SERVIR COMO UNIDAD DE CUENTA CONTABLE ..... 320
IX. EL BORRADOR DE BOLETÍN DE APLICACIÓN DE LOS VEN NIF N° 12, V. 0, SOBRE "TRATAMIENTO CONTABLE DE LA TENENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN LOS ESTADOS FINANCIEROS PREPARADOS DE ACUERDO CON VEN NIF Y LA PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS MEDIDOS EN CRIPTOACTIVOS" ..... 325
1. Tratamiento genérico para todos los criptoactivos impide la comparabilidad ..... 326
2. El criterio de valoración de los criptoactivos ..... 326
3. Tratamiento ambigüo sobre la medición de EEFF en criptoactivos ..... 327
4. Reflexión final ..... 327
CONCLUSIONES ..... 328
BIBLIOGRAFÍA ..... 328

EL PROCESO DE CANONIZACIÓN. LA PERSPECTIVA JURÍDICA EN RELACIÓN A LA CAUSA DEL VENERABLE DR. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ

Gerardo Fernández V.

I. INTRODUCCIÓN A LAS CAUSAS DE CANONIZACIÓN ..... 333
II. NORMAS APLICABLES A LOS PROCESOS DE CANONIZACIÓN ..... 336
III. TIPOS DE CAUSAS Y PROCEDIMIENTO APLICABLE ..... 340
1. Naturaleza del proceso ..... 340
2. Tipos de causas y procedimientos ..... 342
IV. NORMAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES EN LAS CAUSAS DE BEATIFICACIÓN Y CANONIZACIÓN Y SOBRE LAS RELIQUIAS ..... 349
1. Normas sobre la administración de los bienes de las causas de los Santos ..... 349
2. Normas sobre las reliquias en la Iglesia ..... 350
3. Régimen de la exhumación en el derecho venezolano ..... 352
V. EL PROCESO DE BEATIFICACIÓN DEL VENERABLE DOCTOR JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ ..... 355

EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD DE LOS TRIBUTOS

Luis Fraga-Pittaluga

INTRODUCCIÓN ..... 361
I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LOS TRIBUTOS ..... 362
II. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS EFECTOS CONFISCATORIOS DE LOS TRIBUTOS ..... 365
1. Las bases teóricas de la prohibición y su manifestación en varios de los principios fundamentales del derecho tributario ..... 367
2. El alcance de la prohibición constitucional de los efectos confiscatorios de los tributos ..... 370

ALLAN R. BREWER-CARÍAS Y SUS MAESTROS: LEGADO PARA LAS NUEVAS GENERACIONES ..... 375

Jesús María Alvarado Andrade