

LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA LA POSIBILIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Quiero comenzar mi exposición afirmando, como afirmo, que el control jurisdiccional de la Administración Pública solo es posible en un Estado de derecho, es decir, en un Estado regido por una Constitución, que como pacto político debe haber sido adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; en un proceso en el cual sus representantes electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, gobiernan y ejercen el poder público, sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes; y todo, en un marco en el cual la primacía de la dignidad humana está garantizada, y los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos.¹

Eso, palabras, más palabras menos, es un Estado de derecho; y con base en ello, si nos atenemos a los enunciados insertos en la Constitución de Venezuela de 1999, nadie podría dudar de que en mi país, estarían dadas todas las condiciones para el funcionamiento de un control jurisdiccional de la función Administrativa. En efecto, recordemos, el artículo 2 de la Constitución de 1999 dispone:

* Texto de la Conferencia magistral en el *Congreso Internacional sobre El Control de la Función Administrativa del Estado*, celebrado con ocasión del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 5 de octubre de 2017

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Americas, Editorial Jurídica Venezolana International. Miami-Caracas, 2016.

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”

Y además, el artículo 259 de la misma Constitución, que es un importante ejemplo del proceso de constitucionalización de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestros países, dispone lo siguiente:

Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Si nos atuviésemos solo a estos dos enunciados constitucionales, ¿quién en realidad podría tener motivos para dudar de la existencia de un control judicial de la Administración Pública en Venezuela? Creo que nadie.

Sin embargo, cuando se analizan estas declaraciones constitucionales confrontándolas con la realidad del país, lo que resulta es algo similar lo que observó Piero Calamandrei en un libro póstumo publicado hace pocos

años, titulado *Il fascismo, come regime della menzogna*,² al apreciar que en esos regímenes totalitarios:

“las instituciones se entienden no por aquello que está escrito en las leyes, sino por lo que se lee entre líneas dentro de éstas: Las palabras ya no tienen más el significado registrado en el vocabulario, sino un significado diverso y de ordinario opuesto al vocabulario común, inteligible solamente para los "iniciados" [del régimen].”

Y de lo anterior concluyó Calamandrei, expresando con razón, que lo que caracterizó al fascismo, como es lo que caracteriza al régimen en Venezuela, es la utilización “de la mentira, de la falsedad, y del doblez para todas las actuaciones del Estado,” resultado – decía -:

“de la combinación de dos ordenamientos, uno dentro del otro: Hay un ordenamiento oficial, que se expresa en las leyes, y otro oficioso, que se concreta en la práctica política sistemáticamente contraria a las leyes.”

Y lamentablemente esa es la situación de la materia contencioso administrativa en Venezuela, que deriva de unos enunciados oficiales inmejorables insertos en la Constitución y en las leyes; y de su inexistencia en la práctica política desarrollada en forma completamente contraria a lo que dice la Constitución y las leyes.

Y es que, en efecto, de la afirmación inicial que formulé como premisa de esta exposición, que el control jurisdiccional de la Administración Pública solo es posible en un Estado de derecho, lo que resulta es que no bastan los enunciados constitucionales para poder saber si un Estado es o no realmente un Estado de derecho, siendo indispensable confrontarlo en su funcionamiento con los principios esenciales que lo caracterizan.

² Laterza, 2014

El *primero* de dichos principios es que en la organización estatal tiene que haber una Constitución concebida como una carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos.

Esta idea de la Constitución como norma suprema conlleva al desarrollo de otros principios que son también inherentes a la misma y que son, por una parte, la existencia de un sistema jerárquico de normas que conforman el ordenamiento jurídico y que están ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez, establecidos normalmente en relación con la ley suprema, que es la Constitución; y por otra, la previsión de la primacía de la legislación que regula todas las actividades del Estado, en particular las ejecutiva y judicial, entendiéndose por legislación básicamente la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas o parlamento.

Además, la idea de la Constitución, como ley de leyes, ha impuesto el principio de legalidad, que es otro de los principios globales que caracterizan al Estado de derecho, que implica la subordinación de todos los órganos del Estado a la misma y a las leyes, entendidas éstas últimas no sólo como específicos actos formales emanados del cuerpo representativo, sino englobando a todas las otras fuentes de ordenamiento jurídico. Esto implica, por consiguiente, que todos los órganos del Estado están sujetos a las leyes dictadas por sus propios órganos, y particularmente, las emanadas del órgano legislativo; y que por tanto, todos los actos de los órganos del Estado deben estar sometidos a control.

El *segundo* de los principios de un Estado de derecho, es el relativo al régimen político, en el sentido de que la Constitución tiene que ser

emanación de la soberanía asumida intransferiblemente por el pueblo, lo que implica que el poder constituyente originario siempre está en sus manos. De ello deriva que la titularidad y el poder de los poderes constituidos siempre son emanación del pueblo, estando integrados por sus representantes electos mediante elección popular, y sometidos, todos, a la Constitución.

De la idea de la soberanía popular, además, deriva el principio democrático, o de la democracia representativa como régimen político, de la esencia del Estado de derecho, que da origen a un régimen político que debe estar basado en la elección popular de los representantes por parte del pueblo soberano mediante el sufragio; y en el establecimiento de los sistemas de gobierno de acuerdo con la forma de la separación de poderes adoptada. Ello es lo que ha dado origen a los sistemas presidenciales y parlamentarios, según que exista separación entre el gobierno y el legislador, o que el gobierno emane de la mayoría parlamentaria.

El *tercer* principio de la esencia del Estado de derecho es que su organización debe estar dispuesta, entre otros propósitos, para reconocer, declarar y garantizar la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional, y por tanto, que deben ser respetados por todos los órganos del Estado; siendo dichos derechos el freno más efectivo respecto de las actuaciones del Estado y a sus poderes.

Y el *cuarto* principio es el de la necesaria e indispensable limitación del Poder Público para garantizar la libertad de los ciudadanos, que tiene que estar basado en el principio de la separación de poderes como garantía de libertad, que da siempre origen a un sistema de separación, división o distribución horizontal del poder, al menos entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, para evitar además, los posibles abusos de una rama del poder en relación con los otros. Y como consecuencia de

dicha separación, la consagración de la autonomía necesaria de cada Poder, en particular del Poder Judicial, incluso para controlar la sujeción de todos los órganos del Estado a la Constitución y ley.

La separación de poderes, además, en el Estado de derecho siempre conlleva la organización de un sistema de distribución territorial del poder que es el que origina cualquier sistema de descentralización política, base para que haya efectiva participación democrática.

Y es precisamente este marco de la separación de poderes, en el cual se manifiesta en toda su extensión el principio del control recíproco entre los poderes del Estado, y en particular, el control judicial, no solo para asegurar el sometimiento de la actuación de los órganos constitucionales del Estado a la Constitución mediante la actuación de una Jurisdicción Constitucional, sino específicamente del sometimiento de los órganos de la Administración Pública a la Constitución y a la ley, es decir, al principio de legalidad, mediante la actuación de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³

De todo lo anterior resulta claro, entonces, como hemos dicho, que para que exista un control judicial de la función administrativa, o de la Administración Pública, el Estado de derecho tiene que existir conforme a todos esos principios, no bastando las solas declaraciones constitucionales; de lo que resulta que dichas declaraciones no pasan de ser una gran mentira - la *menzogna* - de la que nos habló Calamandrei - si la realidad del funcionamiento del Estado no responde a los enunciados constitucionales.

Tengo que recordar que yo participé como constituyente independiente en la redacción de la Constitución venezolana de 1999, y en particular de las mencionadas normas que hablan del “Estado Democrático y Social de

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado de derecho y control judicial (Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Amparo en Venezuela)*, (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987

derecho y de Justicia, con forma federal y descentralizada.”⁴ Por ello es que transcurridos ya más de tres lustros desde que la misma se aprobó mediante referendo, yo también puedo afirmar que nada de lo que se prometió en su texto se ha cumplido, ninguno de los derechos básicos respecto de la Constitución se ha respetado, pudiendo considerársela hoy en día como la muestra más vívida en el constitucionalismo contemporáneo, de una Constitución que ha sido violada y vulnerada desde antes incluso de que fuera publicada.⁵

Y lo primero que se incumplió desde el inicio de la vigencia de esa Constitución de 1999, fue precisamente la idea fundamental misma que la informa, de la configuración del Estado como un Estado democrático de derecho, con un gobierno que además de representativo y alternativo, debía a ser participativo (art. 6). A pesar de que en la Constitución se estableció un sistema de división del Poder Público no solo entre los tres Poderes públicos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sino entre cinco poderes, agregándose a los anteriores, el Poder Electoral, con la autoridad electoral, y un Poder Ciudadano, los mecanismos de elección en segundo grado que se previeron para los tres últimos fueron abandonados desde el inicio, habiéndose eliminado totalmente el principio de independencia y autonomía entre los poderes públicos. Lo que se desarrolló, en cambio, fue un proceso de colusión inaceptable entre el Poder Legislativo controlado

⁴ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado Constitucional en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, 2 tomos, Caracas 2004; Véase todas las propuestas formuladas en la Asamblea nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, 3 tomos, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Constitución venezolana de 1999 como promesa incumplida (17 años de desprecio a una Constitución que nunca se ha aplicó).” Conferencia dictada en el Seminario sobre “Constitucionalismo Transformador en América Latina,” *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, programa *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Heidelberg, 8 de junio de 2017. Véase en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/1190.-conf.-Brewer.-Venezuela.-Const.-Promesa-incumplida.-17-a%C3%B1os-de-desprecio.-Heidelberg-1.pdf>

por el Poder Ejecutivo, y éste último, los cuales por esa vía terminaron controlando al Poder Judicial, al Poder Ciudadano y al Poder Electoral.⁶

De ello derivó, en forma contraria a la Constitución, un sistema de concentración total del poder que sin embargo en Venezuela creímos que existió hasta enero de 2016, cuando la oposición pasó a controlar el Poder Legislativo. Pero dicho triunfo democrático, en lugar de significar el restablecimiento de la separación de poderes que se había perdido, lo que provocó fue que en la práctica, el Poder Judicial mismo, controlado por el Ejecutivo, fuera el que aniquilara a la Asamblea Nacional, consolidándose entonces en el último año y medio lo que he llamado una dictadura o tiranía judicial.⁷ En Venezuela, en efecto, ha sido el Juez Constitucional en que progresivamente, durante 2016 y la primera mitad de este año, ha privado a la Asamblea Nacional de sus competencias más elementales como son la de legislar o controlar al Gobierno y la Administración.⁸

Es por tanto una gran mentira hablar en Venezuela de separación de poderes,⁹ constituyendo la flamante declaración constitucional del Estado como “Estado democrático de derecho y de Justicia,” nada más que una burda máscara para el establecimiento, en su lugar, de un Estado Totalitario, de concentración y centralización total del poder,¹⁰ donde no

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el Poder Absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas / New York, 2017.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La mentira como política de Estado, Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2015.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

hay forma ni posibilidad alguna de control del poder,¹¹ ni existe ninguno de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia tal como se definen en la Carta Democrática Interamericana de 2001.

En todo caso, ese marco de traición a la Constitución y de abandono de toda idea de establecer un Estado democrático sometido a control, el instrumento más devastador contra las instituciones, fue haber logrado que el Poder Ejecutivo hubiera controlado políticamente al Poder Judicial, con lo cual se negó no solo la separación de poderes, sino la noción misma de Estado de derecho.¹²

Y ello ocurrió en Venezuela, no por las acciones de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente electa a mitades de este año y que ha sido tan publicitadas, sino desde el mismo momento en que se reunió la otra Asamblea Nacional Constituyente, la de 1999, la cual fue la que estableció, en un régimen transitorio inconstitucional, una composición del Tribunal Supremo de Justicia para asegurar su control por parte del Poder Ejecutivo; y con ello, la total politización de toda la Judicatura, al haberse atribuido constitucionalmente a dicho Tribunal el gobierno y administración de la Justicia.

Las promesas constitucionales sobre la independencia y autonomía del Poder Judicial, por tanto, todas fueron violadas, de manera que durante los

¹¹ Véase sobre el tema Gustavo Tarre Briceño, *Solo el poder detiene al poder, La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos N° 102, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y Jesús María Alvarado Andrade, “División del Poder y Principio de Subsidiariedad. El Ideal Político del Estado de Derecho como base para la Libertad y prosperidad material” en Luis Alfonso Herrera Orellana (Coord.), *Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 131-185.

¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015.

pasados diecisiete años no se respetaron las condiciones para la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo; ni se respetó la mayoría calificada de votos en la Asamblea Nacional que se requería para ello; ni se respetó el derecho a la participación ciudadana requerida en la nominación de candidatos. Jamás en Venezuela se celebraron los concursos públicos de oposición para la elección de los jueces que prevé la Constitución para el ingreso a la carrera judicial, la cual materialmente no existe.¹³

Además, como en 1999 la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Poder Judicial,¹⁴ lo que luego ratificó con el régimen transitorio emitido sin aprobación popular y que aún no concluye,¹⁵ los jueces todos fueron y son destituidos a mansalva y masivamente, sin garantía alguna del debido proceso. La consecuencia inevitable fue que la Judicatura se llenó de jueces temporales y provisionales,¹⁶ sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del mismo Tribunal.¹⁷

¹³ Como lo destacó la Comisión Internacional de Juristas, en un *Informe* de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se había denunciado en la materia, al dar “cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela,” se destaca que “el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista.” Véase en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

¹⁴ Véase nuestro voto salvado al proceso de intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

¹⁵ Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

¹⁶ Por ejemplo, en el *Informe Especial* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma expresó, que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son “provisionales”. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003*, OEA, p. 161.

¹⁷ Como lo observó la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra en 2014: “Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobadamente ineficiente para cumplir con sus funciones propias. En este sentido en Venezuela, [...] el poder judicial,

Por ello, como lo observó el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, ya en mayo de 2016, en Venezuela –dijo - “no existe una clara separación e independencia de los poderes públicos, donde se registra uno de los casos más claros de cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo.”¹⁸

Con todo esto, la promesa constitucional de la separación de poderes y sobre todo de la autonomía e independencia del Poder Judicial quedó incumplida, siendo por tanto las previsiones constitucionales un gran disfraz, habiendo el Poder Judicial abandonado su función fundamental de servir de instrumento de control y de balance respecto de las actividades de los otros órganos del Estado y para asegurar su sometimiento a la Constitución y a la ley; y a la vez, habiendo materialmente desaparecido el derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva para controlar el poder.

Lo que se ha producido en definitiva, ha sido una desjusticiabilidad del Estado, siendo imposible en la práctica que el Poder Judicial en Venezuela hoy pueda llegar a decidir y enjuiciar la conducta de los funcionarios de la Administración y frente a ella, garantizar los derechos ciudadanos.

En esa situación de ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial, en consecuencia, todo el excelso sistema de declaraciones constitucionales y legales sobre el control judicial de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, no son

precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.” Véase en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>.

¹⁸ Véase la comunicación del Secretario General de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el *Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana*, p. 125. Disponible en oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf. Véase también en el libro: *La crisis de la democracia en Venezuela, la OEA y la Carta Democrática Interamericana. Documentos de Luis Almagro (2015-2017)*, Segunda edición, Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, p. 73

sino una gran mentira, tal como lo observó Calamandrei al hablar del régimen fascista.

Recordemos además que dicha Jurisdicción, en Venezuela, fue regulada en una de las leyes más recientes dictadas en la materia en América Latina, como es la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 15 de diciembre de 2009.¹⁹ En la misma, además, se recogieron todos los principios que en materia de control jurisdiccional de la Administración Pública que se desarrollaron efectivamente en el país durante el régimen democrático desde 1958 hasta 1999, con la ayuda invaluable de la doctrina,²⁰ y de la jurisprudencia;²¹ en cuya conformación tuvimos el

¹⁹ La Ley Orgánica fue sancionada por la Asamblea Nacional el 15 de diciembre de 2009, y publicada en *Gaceta Oficial* N° 39.447 de 16 de junio de 2010, y luego reimpresa por “error material” en *Gaceta Oficial* N° 39.451 de 22 de junio de 2010. Véase sobre la Ley: Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos No. 47, Caracas 2010.

²⁰ Véase Luis Torrealba Narváez, “Consideraciones acerca de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su Procedimiento y Algunas Relaciones de éste con el de la Jurisdicción Judicial Civil”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1951; Hildegard Rondón de Sansó, *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa. Instituciones, Procedimiento y Jurisprudencia*, Ediciones Magón, Caracas, 1974. Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, pp.281 y ss; José Araujo Juárez, *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1996; Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII: *Justicia Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997; Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica Tomo VI, La Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Civitas Thomson Reuters, Madrid 2013; Antonio Canova González, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998; Carlos L. Carrillo Artiles, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996; Víctor Hernández-Mendible, *Tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1998; Daniela Urosa Maggi, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003; M. A. Torrealba Sánchez, *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Caracas, 2006. Véase además, las siguientes obras colectivas: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979; *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993; *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 1997; 8^a *Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” (Enero 1983), Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Corte Suprema de Justicia; Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Tip. Pregón, Caracas, 1983; *Contencioso Administrativo, I Jornadas de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1995; *XVIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar, Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*, 2 Tomos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Diario de Tribunales Editores, S.R.L. Barquisimeto, 1993.

²¹ En cuanto a la jurisprudencia, véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo V, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Vol. 1 y 2, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central

privilegio de participar activamente toda una generación de administrativistas. Dicha Jurisdicción, además, como he dicho anteriormente, fue constitucionalizada conforme a la tradición que fue recogida en Constitución de 1961 (art. 206), en la bellísima una norma que leí al inicio y en cuya redacción, además, contribuyó el profesor Enrique Sayagués Laso cuando visitó nuestra Universidad de Caracas en 1960.²² Para entonces yo ya era auxiliar de investigación en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, y por ello quizás yo sea el único es todo este auditorio que lo conoció personalmente.

En todo caso, de acuerdo con esas normas y principios establecidos para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva que también se regula en la Constitución (art. 26), y para asegurar el sometimiento de la Administración Pública a la legalidad - también es bueno recordarlo -, se reguló un extenso elenco de *recursos y acciones* que se pusieron a disposición de los particulares para acceder a la justicia administrativa, que bien podrían ser la envidia de cualquier país;²³ y además, se le asignaron al juez contencioso-administrativo, *amplísimos* poderes de control, no sólo de la legalidad de los actos administrativos, sino para asegurar la tutela de los

de Venezuela, Caracas, 1978; Allan R. Brewer-Carías y Luís Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; Luís Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo (1980-1994)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995. La jurisprudencia del Alto Tribunal y de las Cortes de lo Contencioso Administrativo a partir de 1980 ha sido publicada regularmente, ordenada sistemáticamente, en la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana.

²² Sobre esta norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, llegó a afirmar que dicha Jurisdicción: “ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional. Véase la sentencia N° 290 de 23 de abril de 2010. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/290-23410-2010-10-0008.html>.

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo 1986, p. 6 y ss.

derechos subjetivos y de los intereses de los administrados, incluyendo los derechos e intereses colectivos y difusos.

Todo ello, sin embargo, en la práctica, como he dicho, lo que muestra son recursos y acciones cuyo ejercicio ha caído en desuso.

Pensemos, por ejemplo, en las demandas de nulidad de los actos administrativos, que fueron reguladas *in extenso* en la Ley en el marco del proceso contencioso administrativo de anulación de los mismos, sean éstos individuales o generales, por vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad, incluyendo la desviación de poder. En estos procesos, que incluso se pueden intentar en defensa de intereses colectivos y difusos, además de las pretensiones de anulación, éstas se pueden acompañar de pretensiones de contenido patrimonial para el resarcimiento de daños infringidos; e incluso de pretensiones de amparo constitucional para el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas por el acto impugnado. Pero nada de esto tiene efectividad, habiendo mostrado los estudios de campo realizados en el país, por ejemplo por el profesor Antonio Canovas, que no más del diez por ciento de los juicios de nulidad interpuestos en los últimos lustros han resultado exitosos, y los que han terminado en una anulación han sido particularmente aquellos en los cuales los entes públicos son los que han tenido interés.

Nada habría que hablar, por otra parte, de las demandas de contenido patrimonial contra los entes públicos, que podrían dar lugar al proceso contencioso administrativo de la responsabilidad administrativa, tanto contractual y extracontractual. Éstos han desaparecido de los anales de los procesos judiciales, con la única excepción quizás, de reclamos vinculados con el ejercicio de funciones públicas.

Las famosas demandas contra las conductas omisivas de la Administración, que tanto desarrollo tuvieron otrora en el país, que

originaron el desarrollo del proceso contencioso administrativo contra las conductas omisivas y las abstenciones de la Administración en decidir los asuntos que están bajo su conocimiento, puede decirse que en la práctica han desaparecido en los últimos años. En un régimen autoritario es difícil concebir y por supuesto es riesgoso, que un juez obligue a un funcionario a actuar o que lo condene por no decidir. No olvidemos que incluso, decidir en forma tal que no le guste al Jefe político de turno, es motivo de encarcelamiento inmediato, como tantas veces ocurrió en el país.

Ello mismo se plantea con las demandas en relación con la prestación de servicios públicos, las cuales teóricamente podrían dar lugar a procesos contencioso administrativos por reclamos por la prestación deficiente de los mismos. Sin embargo, no es fácil concebir que en este tipo de regímenes se pueda reclamar judicialmente y con éxito contra la prestación deficiente de los servicios públicos, particularmente cuando se constata que la Administración dejó de estar efectivamente al servicio de los ciudadanos o administrados, y pasó a estar al servicio de la propia burocracia.

Y ni qué decir, de las demandas para la solución de las controversias administrativas que puedan suscitarse entre las Administraciones de la República, de algún Estado, de un Municipio u de otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades. Ello pudo haber existido en tiempos en los cuales existía autonomía de las entidades públicas; pero que en tiempos de concentración total del poder y de centralismo de Estado, es inconcebible que puedan ser dirimidas por una autoridad judicial. Sólo órdenes superiores son las que imponen las soluciones.

En todo caso, desde el punto de vista teórico, es ciertamente difícil encontrar en el derecho comparado, en una sola ley, una regulación con un electo tan variado de acciones y recursos judiciales que originen una gama

tan diversa de procesos dispuestos para asegurar la tutela judicial efectiva de los particulares frente a la Administración, y el completo sometimiento de ésta al principio de la legalidad.

Sin embargo, como hemos dicho, desde el punto de vista práctico, todas esas regulaciones no resultan ser sino la gran mentira que he referido; es decir, un cascarón vacío lleno de previsiones constitucionales y legales que simplemente no se cumplen, ni tienen efectividad, por no existir en el país un Estado de derecho, ni tener los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa garantía alguna de independencia y autonomía, estando al contrario, sometidos al poder.²⁴

Y todo esto, hoy, y lo digo con gran nostalgia, en contraste con el espectacular desarrollo que tuvo la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela durante las cuatro décadas de democracia que vivió el país a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, hasta 1999.

Fue precisamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, llena de declaraciones principistas, cuando la situación comenzó a variar radicalmente, una vez que el régimen totalitario se apoderó del Estado hizo añicos la independencia y autonomía de los jueces. Con ello, durante los últimos tres lustros, el control efectivo de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública, quedó totalmente pospuesto, tal y como lo muestra la experiencia mencionada del

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006),” en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57; “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; “The Government of Judges and Democracy. The Tragic Situation of the Venezuelan Judiciary,” en Sophie Turenne (Editor.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law, Vol 7, Springer 2015, pp. 205-231.

funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los últimos años.²⁵

Y en ese proceso, no puedo dejar de destacar un hecho particular que fue el detonante del deterioro y apoderamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por parte del Poder Ejecutivo, y que fue la brutal intervención abierta de la Jurisdicción ordenada en 2003, cuando el Poder Ejecutivo, utilizando al Tribunal Supremo de Justicia, hizo cerrar a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que era la Corte de más alto rango por debajo del propio Tribunal Supremo, secuestrando su competencia, destituyendo a sus Magistrados, y allanando policialmente sus instalaciones.

Ocurrió entonces que los magistrados de dicha Corte, creyeron que efectivamente podían ejercer normalmente sus funciones de control de la actividad administrativa y que ello lo podían hacer con independencia y autonomía. Con base en ello no se les ocurrió otra cosa que dictar una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo de nulidad y amparo que había intentado la Federación Médica Venezolana contra los actos administrativos mediante los cuales se había autorizado la contratación de médicos cubanos que no tenían licencia para ejercer la profesión médica en Venezuela, para trabajar en servicios locales de salud en algunos barrios de Caracas. Al iniciarse el proceso los Jueces suspendieron temporalmente los actos impugnados que autorizaban dichas contrataciones, alentando a la Administración para contratar médicos con licencia.

Grave error!!! La decisión, tocó directamente intereses políticos del gobierno del entonces presidente Hugo Chávez, derivados de uno de los

²⁵ Véase Antonio Canova González, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.

tantos Convenios suscritos con Cuba, y que han hecho dependiente a Venezuela del gobierno de dicho país; y fue Chávez personalmente quién ordenó por televisión la destitución de los magistrados²⁶ que habían “osado” cuestionar su política gubernamental, calificándolos públicamente como unos “bandidos,” habiendo quedado clausurada la Corte por más de diez meses.²⁷ No es difícil imaginar cuál fue el efecto devastador, de demostración, que aquello tuvo, significando que a partir de entonces, nunca más un juez contencioso administrativo en Venezuela osó cuestionar, así fuera mediante medidas cautelares, las acciones de la Administración, pues a la fuerza comenzaron a saber que de lo contrario serían destituidos *in limine*.

Y fue precisamente a partir de entonces cuando se consolidó la trágica situación en la cual se ha colocado a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos tribunales a pesar de todas las excelsas declaraciones constitucionales y legales, en la práctica se han negado a aplicar el derecho administrativo, a controlar a la Administración Pública y a proteger a los ciudadanos frente a la misma.

No es de extrañar, por tanto, que en ese marco, las observaciones de Calamandrei me hayan impactado tanto, expresadas en el libro al cual hice mención sobre *Il fascismo, come regime della menzogna*.²⁸ Al referirse al

²⁶ Los Magistrados de la Corte Primera destituidos en violación de sus derechos y garantías, demandaron al Estado por violación de sus garantías judiciales previstas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por dichas violaciones en sentencia de fecha 5 de agosto de 2008, (Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*). Véase en <http://www.corteidh.or.cr/> Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182. Frente a ello, sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso *Gustavo Álvarez Arias y otros*), declaró inejecutable dicha decisión de la Corte Interamericana. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-15 72.html>

²⁷ Véase sobre este caso los comentarios de Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 ss.

²⁸ Laterza, 2014

régimen fascista italiano, indicó, como sucede hoy en Venezuela, que el mismo se basó siempre también – decía – “en algo más profundo y complicado que una oscura ilegalidad” o en una “simulación de la ilegalidad,” o en un “fraude a la legalidad, legalmente organizado,” concluyendo con la afirmación de que en esos regímenes totalitarios, “a la tradicional clasificación de las formas de gobierno cabía agregar ahora una palabra que lograrse darle significado a este nuevo y distinto régimen,” definiéndolo como:

”El gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, o del fraude constitucional.”

Eso, queridos amigos, en lo que lamentablemente ocurre hoy en Venezuela, donde a pesar de las declaraciones constitucionales no hay control jurisdiccional de la Administración Pública, pues simplemente, no hay Estado de derecho, y lo que hay es al contrario y lamentablemente, un gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada y del fraude constitucional.

Santo Domingo, 5 de octubre de 2017