

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Jesús **CABALLERO ORTIZ**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Enrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Julio R. **COMADIRA**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES** (Argentina), José Mario **SERRATE PAZ**, (Bolivia), Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO**, (Brasil), Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO** (Colombia), Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ** (Chile), Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO**, (Costa Rica), Joffre **CAMPAÑA**, Javier **ROBALINO ORELLANA** (Ecuador), Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ** (España), Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA**, (Guatemala), Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA**, (Honduras), Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES** (México), Carlos Alberto **VÁSQUEZ**, (Panamá), Luis Enrique **CHASE PLATE**, (Paraguay), Jorge **DANOS ORDÓÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.**, (República Dominicana), Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

Revista de Derecho Público

Fundación de Derecho Público

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela
Email: fundaciondederechopublico@gmail.com

Editada por la **Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39 Apartado N° 17.598 - Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: feju@cantv.net

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público
N° 1 (Enero/marzo 1980)
Caracas, Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley
Depósito Legal: pp 198002DF847
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público—Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación de derecho Público ni con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Impresión litográfica: Anauco Ediciones
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la siguiente dirección secretaria@revistadederechopublico.com

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con una palabras clave (en los dos idiomas)
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de los ejemplares de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede antes indicada de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, o a través de la librería virtual en la página web de la Editorial: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com>

La adquisición de los artículos de la Revista en versión digital puede hacerse a través de la página web de la Revista de Derecho Público: <http://www.revistadederechopublico.com>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a canje@revistadederechopublico.com

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México, LATINDEX (en catálogo, Folio N° 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

ESTUDIOS

Artículos

- 20 *Propuestas para fortalecer el Federalismo Argentino*, por Antonio María **HERNÁNDEZ** 7

- El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en Latinoamérica y su errada construcción desde el habeas data*, Eligio **RODRÍGUEZ MARCANO** 39

Comentarios Monográficos

- La ocupación judicial de los bienes expropiados como garantía del derecho de propiedad y la ilegal práctica de decretar la “ocupación administrativa” de bienes en procedimientos expropiatorios aplicando la Ley Orgánica de Precios Justos*, Allan R. **BREWER-CARIÁS** 61

- ¿Es necesaria la tutela cautelar para suspender los efectos del Acto Administrativo? Una propuesta*, por Serviliano **ABACHE CARVAJAL** 88

- Los estudios de postgrado como asunto jurídico-administrativo*, por Armando **RODRÍGUEZ GARCÍA** 96

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2015*, por Flavia **PESCI FELTRI** 123

Comentarios Legislativos

<i>Comentarios sobre la Orden Ejecutiva 13.692 del Presidente de los Estados Unidos de América de fecha 8 de marzo de 2015, sobre sanciones a funcionarios venezolanos (un expediente en defensa de la democracia)</i> , por J. Gerson REVANALES M.	137
--	-----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer trimestre de 2015</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ	155
--	-----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>La garantía del debido proceso respecto de las actuaciones administrativas, y su desconstitucionalización en Venezuela por el Juez Contencioso Administrativo. Análisis jurisprudencial</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	179
--	-----

<i>La inconstitucional confusión e inversión de roles en el Estado totalitario: El juez constitucional actuando como “consultor jurídico” dependiente del Poder Ejecutivo en la emisión de un “dictamen” sobre la “Ley del 2014 del senado de los Estados Unidos para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil de Venezuela”</i> , por Allan R. BREWER-CARIÁS	191
--	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	205
--	-----

ESTUDIOS

20 Propuestas para fortalecer el Federalismo Argentino

Antonio María Hernández*

Abogado

Resumen: “El autor, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba presenta 20 propuestas con el objetivo de fortalecer el débil federalismo argentino, caracterizado por una fuerte tendencia a la centralización, en violación de las normas constitucionales. Hay propuestas institucionales vinculadas a la república federal, al Congreso, al rol de la Corte Suprema de Justicia y para terminar con el hiperpresidencialismo. Otras son de tipo fiscal, como las de la coparticipación impositiva o las presupuestarias y económicas, como las del Banco Federal, la propiedad de los recursos naturales por las Provincias, la creación de regiones para el desarrollo y la celebración de convenios internacionales. También las hay sobre la necesidad de un nuevo ordenamiento territorial del país, la modificación de la macrocefalia de Buenos Aires, una nueva infraestructura de caminos y comunicaciones y otras medidas para descentralizar e integrar el país. Asimismo se aboga por el traslado de la Capital Federal.”

Palabra Clave: Débil federalismo, tendencia a la centralización, república federal, Congreso, Corte Suprema, hiperpresidencialismo, coparticipación impositiva, creación de regiones para el desarrollo, Banco Federal, convenios internacionales provinciales, nuevo ordenamiento territorial del país, traslado de la Capital Federal.

Abstract: “The author, Director of the Institute of Federalism of the National Academy of Law and Social Sciences of Cordoba, presents 20 proposals with the objective of strengthen the weak argentinian federalism, characterized by a strong trend to centralization, in violation of the Constitution. There are institutional proposals on the federal republic, the Congress, the role of the Supreme Court of Justice and to end the hyperpresidentialism. Others are fiscals, like tax coparticipation and budget and economic, like Federal Bank, provincial natural resources, the creation of regions for the economic development and to celebrate provincial international agreements. And other proposals on the need of a new territorial ordinance of the country, the change of the Buenos Aires macrocephalia, a new infrastructure in routes and communications and other for descentralization and integration of Argentina. To finish, Hernández defends the change of venue of the Federal Capital.

Key words: Weak federalism, trend to centralization, federal republic, Congress, Supreme Court of Justice, hyperpresidentialism, tax fiscal coparticipation, creation of regions for the development, Federal Bank, provincial international agreements, new territorial ordinance of the country, change of venue of the Federal Capital.

SUMARIO

- I. CUMPLIR LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA REPUBLICANO Y FEDERAL DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL
- II. TERMINAR CON EL HIPERPRESIDENCIALISMO
- III. FORTALECER EL ROL FEDERAL DEL CONGRESO Y DEL SENADO DE LA NACIÓN, EN PARTICULAR
- IV. REAFIRMAR EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO GARANTE DEL FEDERALISMO
- V. PROMOVER UN NUEVO ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL PAÍS QUE MODIFIQUE LA ENORME CONCENTRACIÓN DE PODER POLÍTICO, ECONÓMICO, DEMOGRÁFICO Y CULTURAL EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES
- VI. SANCIONAR LA LEY CONVENIO DE COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA, DE CONFORMIDAD A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
- VII. RESPETAR LOS PRINCIPIOS FEDERALES EN LA SANCIÓN ANUAL DE LOS PRESUPUESTOS
- VIII. FEDERALIZAR EL BANCO CENTRAL
- IX. AFIANZAR EL FEDERALISMO DE COORDINACIÓN O CONCERTACIÓN MEDIANTE UN MEJOR EJERCICIO DE RELACIONES INTERJURISDICCIONALES. CREACIÓN DE UNA ASOCIACIÓN O CONFERENCIA NACIONAL DE GOBERNADORES
- X. REALIZAR UNA PLANIFICACIÓN FEDERAL PARA EL DESARROLLO DEL PAÍS, CON PARTICIPACIÓN DE LOS DISTINTOS NIVELES ESTADUALES
- XI. PROMOVER LAS REGIONES PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL
- XII. IMPULSAR EL NUEVO ROL DE REGIONES, PROVINCIAS Y MUNICIPIOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN NACIONAL Y SUPRANACIONAL
- XIII. FORTALECER LAS AUTONOMÍAS PROVINCIALES, DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y DE LOS MUNICIPIOS
- XIV. MODIFICAR O DEROGAR LA LEGISLACIÓN CENTRALISTA VIGENTE Y LAS POLÍTICAS RESPECTIVAS
- XV. FEDERALIZAR LA EDUCACIÓN
- XVI. EJERCER UN FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES
- XVII. FEDERALIZAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA NACIONAL
- XVIII. AFIANZAR LOS PRINCIPIOS FEDERALES EN LA DOCTRINA Y ORGANIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS
- XIX. DESCENTRALIZAR E INTEGRAR EL PAÍS EN OTROS ASPECTOS
- XX. TRASLADAR LA CAPITAL FEDERAL

I. CUMPLIR LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA REPUBLICANO Y FEDERAL DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Es necesario mejorar nuestra calidad institucional mediante el cumplimiento de los principios y normativa de nuestro sistema republicano y federal, establecidos en la Constitución Nacional. En este sentido, debe superarse la anomia que padecemos, como expresión de nuestros problemas en materia de cultura democrática, política y constitucional.¹

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Ex Convencional Constituyente de la Nación.

¹ Véase la obra *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: Una sociedad anómica*, de Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, editado en Méjico por la Universidad

Entre las medidas que hemos propuesto al respecto², es menester poner el énfasis en la educación cívica y democrática, asentada en los valores y principios de la Constitución Nacional, tal como lo dispone la Ley N° 25.863, que también se incumple.³

Existe la necesidad imperiosa de consolidar el buen funcionamiento de los sistemas republicanos, con división y equilibrio de poderes, para el logro de sociedades abiertas y democráticas con una elevación de la cultura constitucional y de la legalidad.

Tal como lo hemos afirmado⁴, hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder. Allí reside la interacción entre ambos términos.

El sistema republicano tiene entre sus caracteres el reconocimiento de la libertad e igualdad de los hombres y la división horizontal de poderes, como lo sostuvieron Locke y Montesquieu. El federalismo -como una forma de descentralización del poder que sólo se concibe en un régimen político democrático-, acerca el poder a los ciudadanos y asegura doblemente sus derechos, además del control respectivo entre ambos órdenes gubernamentales, como expresara Madison⁵.

Vigorosas autonomías provinciales y municipales presuponen una participación activa de los ciudadanos para tener buenos gobiernos y además conllevan una limitación del poder del gobierno nacional.

II. TERMINAR CON EL HIPERPRESIDENCIALISMO

Para nosotros resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados, que se observa en las reformas constitucionales producidas en América Latina, incluida la nuestra de 1994.

No dudamos que una vigencia plena de la Constitución Nacional, -como lo hemos sostenido insistentemente-, significará una más que notoria atenuación del hiperpresidencialismo.

Nacional Autónoma de Méjico, Idea Internacional y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005. Y en cuanto al estudio de la anomia, obsérvese el libro de Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

² En nuestra obra *Fortalezas y Debilidades constitucionales...*, antes citada, (pp. 158 y ss.).

³ La Ley fue sancionada en 2003 por el Congreso de la Nación y promulgada el 8 de enero de 2004 por el Presidente de la República. Se declaró al 1° de Mayo como Día de la Constitución Nacional y se dispuso la enseñanza de la misma en los diversos niveles educativos. La norma fue una iniciativa de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, que presidíamos.

⁴ Antonio María Hernández, *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap. IX, "Gobierno legislativo y ejecutivo en los países federales", p. 283/4.

⁵ "En una república unitaria -decía James Madison en *El Federalista*, N° 51- todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno, y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo". (*El Federalista*, Hamilton, Madison, Jay, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, p. 221/222). Por eso Loewenstein señalaba el control vertical del poder existente en el federalismo.

El fortalecimiento del Congreso y del Poder Judicial en sus funciones de control, resultarán determinantes para el logro de tan importante objetivo, así como así también el efectivo funcionamiento de las autonomías provinciales y municipales, como controles verticales del poder.

Pero esto conlleva la necesidad de producir trascendentes cambios legislativos e institucionales, entre los que se destacan los vinculados a los decretos de necesidad y urgencia, a los superpoderes en materia de administración financiera, a la finalización de la legislación de emergencia, etc.⁶

La complejidad del problema del hiperpresidencialismo en sus aspectos “corporativos”⁷ y “delegativos”⁸, requerirá inteligencia, alta dosis de docencia y gran determinación política para impulsar los cambios imprescindibles, ya que deberán afectarse intereses de poderosos sectores políticos, sindicales y empresariales.

Habrá que demostrar un especial valor para desmontar sistemas de privilegios corporativos y de corrupción, que han herido los principios de nuestro sistema republicano y del estado constitucional y democrático de derecho.

III. FORTALECER EL ROL FEDERAL DEL CONGRESO Y DEL SENADO DE LA NACIÓN, EN PARTICULAR

Podemos señalar que en ambas Cámaras, -en una valoración institucional general⁹-, no ha existido una adecuada defensa de los principios federales y de los intereses regionales y provinciales, ya que han primado las políticas fijadas por los Presidentes y los partidos políticos, que en no pocas oportunidades han tendido a la centralización del poder.

Esto es muy grave en particular para el Senado, que es un órgano federal por antonomasia¹⁰. Así lo expresó con particular elocuencia en esa propia Cámara, Alfredo Palacios:¹¹ “Soy

⁶ Hemos estudiado estos temas en la obra colectiva que dirigimos *Derecho Constitucional*, 2 Tomos, La Ley, Buenos Aires, 2012, específicamente en el Cap. XVII de nuestra autoría sobre “Poder Ejecutivo”.

⁷ Como lo estudiara Carlos Santiago Nino en su obra *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

⁸ Según el conocido análisis efectuado por el politólogo Guillermo O. Donnell.

⁹ Que importa dejar a salvo el accionar de Legisladores y partidos que actuaron con otros criterios, y que por razones de brevedad no podemos analizar.

¹⁰ Desde lo doctrinario, véanse entre otros estudios al respecto, Pedro J. Frías, *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 96 y ss.; los 2 Dictámenes del Consejo de Consolidación de la Democracia, el Preliminar de 1986 y el Segundo Dictamen de 1987, publicados por Eudeba, Buenos Aires; Jorge Douglas Price y Carlos Rosenkrantz, “Las cuestiones del federalismo. Análisis de la reforma constitucional desde la perspectiva del federalismo comparado”, CFI, 1993, Tomo 1, p. 90 y ss.; Eduardo Luna, “Congreso y Control”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007; Guillermo Barrera Buteler, “Aspectos políticos del federalismo”, punto 3, “El Senado desvirtuado” en el libro *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*, Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 282 y ss.; Pablo Garat, “El presidencialismo terminará con el federalismo?”, en *Revista Civilidad*, Edición N° 33, agosto 2013, p. 8 y ss. y Antonio María Hernández, “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994” y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, obras ya citadas, además de “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino” en el libro “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino”, también citado.

representante de la capital de la República. He nacido en esta urbe fastuosa y cosmopolita que ignora el dolor argentino, la desolación de la tierra yerma y la tragedia de los hombres de los eriales desiertos y silenciosos”.... “Hemos de resolver el encadenamiento de problemas planteados por provincias pobres, sin mezquindades ni regateos, pues de otra manera conoceremos a las provincias como organizaciones políticas, pero ignoraremos a las regiones que tienen características sociales étnicas propias”. Y luego propuso que los senadores de las provincias del interior asumieran su condición de defensores de esas regiones¹².

No obstante que la reforma de 1994 introdujo importantes cambios en el Senado, en su forma de elección, integración, término de mandato y competencias, todavía no se observó un adecuado cumplimiento de dicho rol federal y de defensa de las autonomías provinciales¹³. Recuérdese en particular que se ha determinado que este cuerpo sea la cámara de origen en las leyes de coparticipación impositiva¹⁴ y en las destinadas al crecimiento armónico de la Nación, al poblamiento de su territorio y a la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones¹⁵.

Tal como lo dijimos anteriormente, la cuestión se vincula a nuestro sistema político, donde las decisiones se toman principalmente por el Presidente con el apoyo de los Gobernadores provinciales, que influyen en los respectivos Diputados y Senadores de la Nación.

Un ejemplo notorio es el tratamiento de los temas de coparticipación impositiva y de responsabilidad fiscal de las provincias, -de especial importancia para nuestro federalismo- ya que en lugar de un debate amplio, transparente y participativo sólo se advierten negociaciones entre el Presidente y cada uno de los Gobernadores, con un resultado que afecta las autonomías provinciales, los principios constitucionales y el papel del Congreso y del Senado en particular.

Los Gobernadores en general responden a las directivas políticas del Presidente en detrimento de los intereses y poderes provinciales.

A lo largo del tiempo se ha consolidado el hiperpresidencialismo que ha subordinado tanto al Congreso como a las Provincias, que presentan un alto grado de dependencia política y económica¹⁶.

¹¹ En la Sesión del 27 de agosto de 1941.

¹² En su publicación “Pueblos desamparados. Solución de los problemas del noroeste argentino”, Kraft, Buenos Aires, 1944. Por nuestra parte, desde hace tiempo sostenemos lo propio, promoviendo el accionar conjunto de los legisladores federales para fortalecer las regiones. Véase la nota 95, donde referimos nuestras publicaciones al respecto, y en particular, a la Región Centro.

¹³ Véase Antonio María Hernández, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, ob. cit., Cap. III “El federalismo en la reforma constitucional de 1994”, en el Punto “Aspectos institucionales y políticos del federalismo”, 3. “El Senado y su rol federal”, p. 64 y ss.

¹⁴ Como lo establece el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional.

¹⁵ Como lo establece el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional.

¹⁶ Véase Antonio María Hernández, “Sobre presidencialismo y federalismo en la República Argentina”, Cap. VIII de su obra *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, ya citada, p. 253 y ss. Para un análisis de la importancia del Congreso en nuestra Federación, véanse los trabajos de Juan Fernando Armagnague “El Congreso y el federalismo” (p. 29 y ss.) y de Pablo Riberi “El Congreso Nacional frente a los conflictos federales: ¿protagonista o actor de reparto?” (p. 39 y ss.), en la obra *Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino*, Antonio M. Hernández, Director, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.

IV. REAFIRMAR EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO GARANTE DEL FEDERALISMO

Es decisivo el rol que cumple el más alto Tribunal de una Federación, ya que debe asegurar el cumplimiento de la Constitución, que fija las competencias de los diversos órdenes gubernamentales que la componen.

Esa tarea jurídica y política de alta alcurnia institucional, importa mantener el equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que con mayor razón se presentan en un estado federal, por la descentralización del poder entre esos diversos órdenes.

Nosotros exhibimos un federalismo marcadamente centralizado, no obstante lo dispuesto por la Ley Suprema. Y a ese proceso no fue ajena la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que convalidó muchos de los avances del Gobierno Federal, sobre los Estados Provinciales y locales.

Por ello es menester profundizar el cambio de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, sobre todo a la luz de la reforma constitucional de 1994, que ha descentralizado nuestra federación, a través de sus grandes capítulos sobre los diversos aspectos del federalismo, con especial fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios.¹⁷

Sin poder detenernos por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia -marcadamente centralista-, se está advirtiendo en estos tiempos, una modificación de la misma tendiente a consolidar los principios federales. En tal sentido señalamos los casos “Zavalía José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo”(2004) y “Díaz Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad“ (2006), sobre soberanía y autonomía provinciales¹⁸; “El Práctico c. Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2011), sobre el alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial¹⁹; “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” (2014), sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones²⁰; “Pedraza Héctor Hugo c. Anses s/acción de amparo” (2014), sobre federalismo y descentralización judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país inter-

¹⁷ Como lo hemos expuesto en profundidad en nuestras obras *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997 y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

¹⁸ Véase nuestro comentario “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN”, en el Cap. XXXIX de la obra *Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, Derecho Constitucional*, Tomo IV, Director Pablo Manili, La Ley, Buenos Aires, p. 593 y ss. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso “*Resoagli*” de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

¹⁹ Especialmente véanse los Considerandos 12 a 15 del Voto de Mayoría, que hacen referencia al federalismo de concertación y además extienden el alcance del poder de policía provincial en una materia como la del transporte interprovincial, donde existía una intervención excluyente del gobierno federal, según la propia jurisprudencia anterior del Tribunal.

²⁰ Este fallo ratifica el principio de legalidad en materia tributaria, limitando las delegaciones efectuadas en violación del art. 76 de la Ley Suprema. Esto es muy importante en relación a nuestro sistema republicano, a la atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al federalismo, ya que en el Congreso se encuentra la representación de las Provincias.

vengan en cuestiones de seguridad social²¹ y “Rivademar, Ángela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario” (1989)” y “Ponce Carlos Alberto”(2005), sobre autonomía municipal²².

En particular, consideramos que debe interpretarse con criterio federal la cláusula del art. 31 de la Constitución Nacional, que establece dicha supremacía, y que no puede confundirse con una superioridad centralista del Gobierno Federal sobre los provinciales y de éstos sobre los municipales. Como lo ha sostenido caracterizada doctrina²³, constituye un grave error de interpretación constitucional asignar *a priori* supremacía a una ley del Congreso sobre normas provinciales o municipales, ya que todo depende de las competencias asignadas por la Constitución Nacional, que es la norma suprema, a la cual deben supeditarse todos los órdenes gubernamentales de nuestra federación. En definitiva, deben invalidarse por inconstitucionales los avances sobre las competencias locales, y aquí nos referimos no sólo a los avances del gobierno federal sobre los provinciales sino también de éstos sobre los municipales.²⁴

V. PROMOVER UN NUEVO ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL PAÍS QUE MODIFIQUE LA ENORME CONCENTRACIÓN DE PODER POLÍTICO, ECONÓMICO, DEMOGRÁFICO Y CULTURAL EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron entre otros Alberdi en sus “Bases” al oponerse a la capitalización de Buenos Aires, Sarmiento en “Ar-

²¹ La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley N° 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los Jueces Federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la descentralización institucional, lo que consideramos un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulamos en la Propuesta 14.

²² Véanse nuestro comentarios “La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal- Análisis de los casos “Municipalidad de la ciudad de San Luis c. Provincia de San Luis y otro” y “Ponce Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, N° 195, 2005, pp. 146/158 y “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, *La Ley*, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de María Gabriela Abalos, sobre “Autonomía municipal”, Cap. XL del libro *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional*, Director Pablo Manili, ya citado, Tomo IV, p. 635 y ss.

²³ Véase nuestra obra “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, ya citada, donde consignamos las opiniones de Clodomiro Zavalía y de Arturo M. Bas al respecto (p. 330 y nota 36 y 332 y nota 40). Asimismo, es muy clara la opinión de Alexander Hamilton en el *Federalista*, N° 33, quien enfatizaba que las leyes federales que no eran dictadas “conforme a la Constitución”, no eran supremas, por ser una “usurpación de un poder no conferido por la Constitución”. (*El Federalista*, Hamilton, Madison y Jay, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, p. 132)

²⁴ El problema de las competencias es el más importante de esta forma de estado, caracterizada por la coexistencia de diversos órdenes estatales y gubernamentales. Y por ello, en los casos de conflictos, resulta tan trascendente el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, que debe asegurar la supremacía de la Constitución, en el estricto respeto de las competencias fijadas a cada uno de los órdenes gubernamentales, en ejercicio de sus soberanías y autonomías. (Véase nuestro artículo “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y jurisprudencia de la CSJN”, ya citado). Asimismo, sobre la supremacía de la Constitución y la función de los jueces para defenderla, recuérdese a Alexander Hamilton, quien sostuvo: “Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”. (*Cfr. El Federalista*, N° 78, *ob. cit.*, p. 332).

girópolis” y Alem en su famosa profecía del 80 en el debate sobre la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath” y posteriormente Félix Luna en su libro *Buenos Aires y el país*, sostuvo que éste era un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar **este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.**

El proceso de centralización del país en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35 % de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80 % de la producción argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 kms. a partir de dicha área.

Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder.

Pero también pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el Gobierno llamado Federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales.

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma Constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder. Por eso, a 20 años de dicha reforma, es menester dar estricto cumplimiento a la misma y poner en funcionamiento sus instituciones, a las que nos estamos refiriendo.

VI. SANCIONAR LA LEY CONVENIO DE COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA, DE CONFORMIDAD A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES²⁵

Es absolutamente impostergable sancionar la ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo. Es muy penoso advertir la casi inexistente reacción por parte de las Provincias frente a tan graves circunstancias²⁶.

²⁵ Para un análisis de la coparticipación impositiva, remitimos a nuestras obras *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, ya citada, p. 69 y ss., y *Cumplir el programa constitucional*, Ediciones IML, Buenos Aires, 2012, Cap. 3 “La coparticipación impositiva federal”, p. 11/129, entre otros aportes realizados en esta materia.

²⁶ Algunas pocas provincias (San Luis, Santa Fé y Córdoba) han demandado a la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no ha resuelto todavía la cuestión a pesar del tiempo transcurrido. Pero resulta claro que todas ellas son dependientes –en mayor o menor medida– no sólo de los fondos coparticipables, sino también de otros envíos discrecionales que puede efectuar el Gobierno Nacional.

Para salir del “laberinto” actual de la coparticipación debemos seguir nuestro hilo de Ariadna que no es otra cosa que respetar los mandatos de la Ley Suprema.

La masa coparticipable debe restablecerse de acuerdo a la Ley Suprema, para lo cual es menester derogar o modificar ostensiblemente la casi totalidad de asignaciones específicas hoy vigentes, que la han disminuido, consolidando el actual unitarismo fiscal.

Luego hay que fijar la distribución primaria y secundaria en base a los criterios constitucionales. En este sentido, resulta decisivo poner el énfasis en las modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, ya que estos últimos niveles gubernamentales, además de los municipios, son los que tienen mayores responsabilidades al respecto²⁷.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la ciudad de Buenos Aires -que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios-, hará relativamente más sencilla la discusión posterior sobre la distribución secundaria donde se advierten las disputas entre las provincias más grandes y desarrolladas y las más pequeñas y menos desarrolladas²⁸.

En este aspecto, lo que he denominado el triunfo del proyecto centralista ha dado como resultado un país de enormes diferencias y desequilibrios, según los índices de desarrollo humano, de producto bruto o de ingreso per cápita, que es menester modificar. Los criterios de solidaridad exigidos por la Constitución deben respetarse, como lo hacen otras federaciones como la canadiense, la australiana o la alemana, que son notables ejemplos en esta materia²⁹.

No obstante la claridad y altura de los objetivos perseguidos por el Constituyente, se han difundido en estos años algunas propuestas que no sólo desconocían la letra y espíritu de la Ley Suprema en esta materia, sino que pretendían volver lisa y llanamente al sistema anterior

²⁷ Piénsese en educación, salud y seguridad, principalmente a cargo de las Provincias, con los enormes gastos en personal requeridos, además de los otros servicios -como los judiciales- y de los correspondientes a los gobiernos locales.

²⁸ Es esencial que en cumplimiento de los criterios constitucionales, en la distribución primaria exista una porción mayor de la masa coparticipable para el conjunto de los gobiernos subnacionales, como se había alcanzado con la Ley N° 23.548. Ello significa que debe retroceder el gobierno nacional en su participación, que hoy alcanza cifras propias del unitarismo fiscal que vivimos. Frente a los que suponen que ello es imposible, recordamos que durante las Presidencias de Frondizi y de Alfonsín, con vigencia de la democracia, el Congreso sancionó las Leyes N° 14.788 y 23.548, respectivamente, que así lo dispusieron. (Cfr. Antonio María Hernández, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, ob. cit., p. 69 y ss.).

²⁹ Resulta muy ilustrativo analizar el caso de la federación canadiense donde las provincias “pobres” (Nova Scotia, New Brunswick, P.E.I. y Newfoundland) reciben más fondos del Gobierno Federal que las provincias “ricas” (British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario y Québec, en aplicación de un sistema de igualación (“equalization system”) que es un programa puramente federal. Asimismo existen distintos impuestos en las provincias, además de producirse una clara transferencia de recursos de las Provincias más ricas: Alberta y Ontario, a las restantes. Véase al respecto el trabajo de Michael Butler, titulado “Federal-Provincial Fiscal relations in Canada”, preparado para el Forum of Federations, en el Seminario Internacional sobre Federalismo, realizado en Pilar, Provincia de Buenos Aires, los días 2 y 3 de octubre de 2003, con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Véase también la conocida obra de Ronald L. Watts, *The spending power in federal systems: a comparative study*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, Kingston, Notario, Canada, 1999.

de completa separación de fuentes, con el indisimulable propósito de ahondar las diferencias existentes entre las provincias y centralizar aún más el país³⁰.

Por todo ello, debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas³¹. Para ello es imprescindible el ejercicio de una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, termine el hiperpresidencialismo, fortalezca relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país conforme al proyecto federal de la Ley Suprema.

Por otra parte, es igualmente urgente que similares criterios sean utilizados para el respeto y fortalecimiento de las facultades tributarias provinciales y municipales, además de los sistemas de coparticipación provinciales a sus gobiernos locales.³²

³⁰ En definitiva, el objetivo de estos sectores ha sido el de impedir que efectivamente se cumpla con el mandato constitucional que establece la coparticipación. Incluso se ha llegado a sostener desde una visión economicista que existen provincias y municipios inviables. Como otra de las paradojas argentinas, mientras el mundo desarrollado avanza en la descentralización, en nuestro país hay sectores de enorme poder político y económico que persiguen lo contrario, pese al mandato constitucional. Se trata del “conservadurismo unitario”, que quiere mantener el “statu quo” del centralismo, en la ajustada caracterización de Juan J. Llach en su obra *Federales y unitarios en el siglo XXI*, Temas, Buenos Aires, 2013, Cap. V *El federalismo, clave del desarrollo político y humano*”.

³¹ Para contribuir a este demorado y fundamental debate, el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, ha publicado el libro que también dirigiera sobre “Aspectos económicos y financieros del federalismo argentino”, en el año 2008, con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas, pues tuvo la coautoría del suscripto, Frías, Dalla Via, Garat, Barrera Buteler, Heredia, Asensio, Rezk, Midón, Martínez, Palazzo, Prieto, Frediani, Roccatagliata y Della Paolera. Asimismo debe destacarse el esfuerzo interdisciplinario que estamos realizando distintas instituciones para profundizar el estudio del federalismo fiscal, como lo indica la obra *Consecuencias económicas y políticas del federalismo fiscal argentino*, editada por Carlos Gervasoni y Alberto Porto, con la coautoría de Abraham, Bonvecchi, Capello, Cont, Díaz Frers, Figueras, Freille, Gervasoni, Grotz, Hernández, Juarros, Llach, Morcarz, Porto y Rezk. (*Económica, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata*), resultado del 16° Seminario de Federalismo Fiscal realizado en La Plata, en 2013 y que se continúa con este 17°, en Córdoba. Asimismo, recientemente Juan José Llach publicó su libro *Federales y Unitarios en el siglo XXI*, ya citado, donde también formula su propuesta al respecto. Estamos convencidos que con los aportes ya producidos por los centros especializados en federalismo fiscal de La Plata, Córdoba, Santa Fé y Buenos Aires, con distinguidos autores como Porto, Piffano, Rezk, Capello, Asensio y Llach -aquí presentes- no será difícil alcanzar las soluciones técnicas económicas requeridas. El problema es esencialmente político y por ello, es penoso advertir la grave responsabilidad que han tenido y tienen en este aspecto, la Presidencia y los Gobernadores, pues son los primeros que deben avanzar en los acuerdos para la sanción de las leyes de coparticipación impositiva, entre otros arreglos interjurisdiccionales, tal como lo plantea la Ley Suprema.

³² Remitimos a nuestros artículos “Unitarismo fiscal, coparticipación impositiva y violación de la Constitución”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 23 de agosto de 2012 y “Nuevas reflexiones sobre unitarismo fiscal, coparticipación impositiva y violación de la Constitución”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 29 de noviembre de 2012. En el segundo artículo ponemos de relieve cómo en nuestra Provincia se utiliza el mismo criterio centralista del orden federal, ya que los municipios son privados de enorme cantidad de recursos, con el mismo artilugio de los fondos de asignación específica que son detraídos de la masa coparticipable. Para un análisis más detenido de los poderes tributarios locales, véase nuestra obra *Derecho Municipal*, 2ª Edición, Depalma, 1997. Y en cuanto a diversas propuestas para fortalecer los poderes tributarios provinciales, véanse los trabajos de Juan Llach en su obra indicada y de Horacio Piffano y Lucio Castro, titulados “Opciones tributarias de los gobiernos subnacionales en el actual escenario

VII. RESPETAR LOS PRINCIPIOS FEDERALES EN LA SANCIÓN ANUAL DE LOS PRESUPUESTOS

No se cumple el mandato del nc. 8 del art. 75 de la Constitución Nacional, que establece que el presupuesto general de gastos de la Nación debe fijarse anualmente “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo”, o sea las referidas a la ley de coparticipación impositiva, en cuanto a “objetividad, equidad y solidaridad”. Además hay que resaltar que el inc. 8 dice que el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos debe efectuarse “en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”, lo que para nosotros implica una definición constitucional que relaciona a la importante ley con la planificación, pues no se puede dar otro sentido a las palabras “programa” y “plan” que utiliza la ley suprema. A su vez, el presupuesto es considerado por la doctrina clásica del derecho financiero como un instrumento de gobierno, de administración y de planificación.

En consecuencia, tanto para el gasto público como para el cálculo de recursos previstos por el presupuesto, debe existir como base un programa de gobierno y de inversiones públicas que también respete las pautas constitucionales.

Este inciso que comentamos, contiene una política constitucional que vincula al presupuesto con temas esenciales del proyecto federal: la regionalización, la integración, la descentralización y el fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la ciudad de Buenos Aires y municipales.

En consecuencia, al violarse sistemáticamente este mandato de la Ley Suprema, -lo que se repite cada año-, se agudiza la situación actual de asfixiante centralización que impide un desarrollo armónico del país³³.

Esta cuestión es de enorme trascendencia para nuestro federalismo. Para ejemplificarlo, veamos estos datos que exhiben en toda su dimensión lo que ocurre con el destino del gasto público en nuestro país, en base al estudio presentado por el Lic. Juan José Llach titulado, bajo el título “Una década sin federalismo y sus consecuencias”³⁴, que así resumimos³⁵:

“En el punto que califica como “el toma todo”, ha destacado que mientras en 1998 los impuestos no coparticipados por el gobierno federal a provincias y municipios alcanzaba al 5,4 % del total, en 2011 dicho porcentaje alcanzó el 23,6 % y que ello ha significado que los gobiernos subnacionales pudieran haber recaudado 12.065 millones de dólares más durante el año 2011, si se hubiese mantenido el porcentaje de 1998. Asimismo sostiene que entre los años 2004 y 2011 las provincias y municipios dejaron de percibir 67.000 millones de dólares por esta causa. Y en el punto “el gran recaudador” indica que mientras que en el año 1998 el Gobierno Federal recaudaba el 80, 1 % del total de recursos públicos nacionales, las Provin-

federal” y “Desafíos y potencial del impuesto inmobiliario en la Argentina”, que fueron presentados en el 17º Seminario Fiscal de Córdoba.

³³ Véase el artículo “Sin respeto por el federalismo”, que publicáramos en el diario “La Nación” de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 18 de diciembre de 2006. Asimismo es muy interesante el análisis de Juan Llach, titulado “Anatomía de un despilfarro”, publicado en el Diario La Nación, del 23 de julio de 2009, que precisa la mayoría del destino de los fondos públicos para subsidios y exenciones impositivas, que además beneficiaron al área metropolitana de Buenos Aires, en desmedro del interior del país y en evidente violación de las normas constitucionales.

³⁴ En el Congreso de Aapresid, celebrado en Rosario, el 10 de agosto de 2012.

³⁵ Cfr. Antonio María Hernández, “Informe del Federalismo Argentino 2011”, en el *Cuaderno de Federalismo N° XXV*, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, Córdoba, p. 16/17.

cias el 18,1 % y los Municipios el 1,8 %, en el año 2011 la Nación ha recaudado el 84,4 %, las Provincias el 14,2 % y los Municipios sólo el 1,4 %, en un proceso que inocultablemente indica el unitarismo fiscal que estamos soportando. Y en el punto “yo gaste, que otro recaude (dicen provincias y municipios)”, Llach dice que aunque los gobiernos subnacionales sólo recaudaron el 15,6 % en el año 2011, sin embargo gastaron el 44,4 % del gasto público total, lo que exhibe una muy escasa correspondencia fiscal, en el marco del federalismo fiscal comparado. También el autor indica en el punto “el gran gastador”, que el gobierno central ha aumentado notoriamente su participación en el gasto público de un 52,9 % en 2003 a un 55,6 % en 2011, mientras que las provincias decrecieron de un 39,3 % a un 37,2% en esos años y los municipios de un 7,8 % a un 7,2 %. Asimismo el destacado economista expuso que las apropiaciones indebidas efectuadas por la Nación entre el 2003 y el 2011 produjeron estas consecuencias en las provincias y municipios: a) menor coparticipación impositiva, como antes lo vimos; b) menor capacidad de gasto, ya que sólo en el año 2011 estos gobiernos subnacionales dejaron de gastar la suma de 5.707 millones de dólares; y c) menor capacidad de decisión, por el aumento de las transferencias discrecionales, que en el año 2011 alcanzaron a 8.487 millones de dólares en 2011 y a 43.342 millones de dólares entre 2004 y 2011”.

Asimismo, queremos completar este análisis sobre la arbitrariedad en el destino del gasto público federal, con estos datos presentados por el IERAL de la Fundación Mediterránea en el trabajo “Los diferentes tratamientos fiscales regionales en el proyecto de presupuesto 2011”, que así resumimos:³⁶ “...nuevamente se destaca la manifiesta desigualdad en el destino del gasto público, de acuerdo al reparto de las transferencias nacionales a las jurisdicciones provinciales, según el proyecto de presupuesto mencionado. En pesos por cápita o persona y por gasto primario nacional y por coparticipación y leyes especiales, se observa en las jurisdicciones: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 38.726 pesos; Santa Cruz, 22.163 pesos; Tierra del Fuego, 18.814 pesos; La Pampa, 14.778 pesos; La Rioja, 14.708 pesos; Catamarca, 14.091 pesos; Río Negro, 13.108 pesos, Formosa, 13.101 pesos; Chubut, 11.908 pesos; San Juan, 11.577 pesos; Santiago del Estero, 11.303 pesos; San Luis, 10.840 pesos; Chaco, 10.673 pesos; Jujuy, 10.145 pesos; Entre Ríos, 9.838 pesos; Tucumán, 9.183 pesos; Corrientes, 9.120 pesos; Neuquén, 8.795 pesos; Santa Fe, 8.457 pesos; Salta, 8.371 pesos; Mendoza, 8.124 pesos; Córdoba, 8.109 pesos; Misiones, 7.704 pesos y Buenos Aires, 6.596 pesos. O sea que la desigualdad es manifiesta, ya que la mayor cantidad de gastos públicos federales se efectúa por parte, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es la más rica del país, donde confluyen los pagos inconstitucionales de la justicia civil, penal, comercial y laboral (antes nacional), además de la Policía Federal y los subsidios al transporte, gas y electricidad y entre las provincias, también por las provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, que distan mucho de ser las provincias con mayor pobreza”.

Ante esta realidad deprimente e incontestable, no cabe dudar que si el Congreso asume como corresponde el ejercicio de sus competencias constitucionales en torno al presupuesto³⁷, -denominado la ley de las leyes- y aplica estrictamente el criterio federal de la Ley Suprema para fijar el destino del gasto público en cada ejercicio anual, seguramente el proceso de cambio hacia una democracia republicana y federal será más rápido de lo que imaginamos.

³⁶ Cfr. Antonio María Hernández, “Informe del Federalismo Argentino 2010”, en el *Cuaderno de Federalismo N° XXIV*, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, Córdoba, p. 18/19.

³⁷ Lo que implica la derogación inmediata del art. 37 de la Ley de Administración Financiera, que dispone que por Decretos del Poder Ejecutivo se pueden modificar las partidas presupuestarias, con lo cual quedan desconocidas las atribuciones del Congreso.

VIII. FEDERALIZAR EL BANCO CENTRAL

Otra importante reforma efectuada por la Convención Nacional Constituyente de 1994 fue la del inc. 6 del art. 75, al prescribirse que corresponde al Congreso “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda.....”.Al fundamentar la reforma, los Convencionales Maqueda, Díaz Araujo, Berhongaray y Masnatta explicitaron el objetivo de la misma que fue y es adecuar el actual Banco Central en su denominación y concepción, al de un Estado Federal, citando como ejemplos las instituciones similares de Estados Unidos, Suiza y Alemania. Se han formulado ya propuestas doctrinarias y legislativas, que deben impulsarse³⁸, ya que recientemente se perdió la oportunidad para ello.³⁹

No cabe dudar sobre la trascendencia que tendrá la participación provincial en la política bancaria, cambiaria y monetaria, que incidirá en los aspectos económicos del federalismo argentino, tal como lo previó el constituyente.

No se puede continuar con esta estructura actual, propia de un Estado unitario, que soslaya las realidades regionales y provinciales y profundiza el centralismo, muestra evidente de nuestro subdesarrollo y decadencia.

IX. AFIANZAR EL FEDERALISMO DE COORDINACIÓN O CONCERTACIÓN MEDIANTE UN MEJOR EJERCICIO DE RELACIONES INTERJURISDICCIONALES. CREACIÓN DE UNA ASOCIACIÓN O CONFERENCIA NACIONAL DE GOBERNADORES

Otro de los grandes avances de la reforma constitucional de 1994 fue la plena incorporación del federalismo de coordinación o concertación⁴⁰. Ejemplos de ello son las leyes convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2), el organismo fiscal federal (art. 75 inc. 2), la participación provincial en los entes reguladores y de control de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42), la creación de regiones (art. 124), la celebración de convenios internacionales (art. 124) e incluso la integración supranacional (art. 75 inc. 24).

Por otra parte, se ha avanzado desde hace décadas en la celebración de tratados interprovinciales y en la creación de Consejos Federales en diversas materias.

Pero es evidente que no existen relaciones interjurisdiccionales modernas y maduras entre los diversos órdenes gubernamentales, ni se ha observado una efectiva y plena vigencia del federalismo de coordinación o concertación.

³⁸ Véase en nuestra obra citada “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, p. 84 nota. 101, la enunciación de los trabajos de Ramón Frediani y la referencia a los proyectos legislativos de reforma presentados en 1995 en la Cámara de Diputados de la Nación por los Diputados Enrique Olivera y el suscripto. Asimismo, en el libro de “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, editado por el Instituto de Federalismo, ya citado, se encuentran los trabajos respectivos de Eugenio Palazzo y de Ramón Frediani al respecto. A ellos deben sumarse los aportes del distinguido economista Julio Olivera.

³⁹ Con la sanción de la Ley N° 26.739, efectuada en 2012, que no modificó la estructura centralista, en violación de la normativa constitucional y como otra muestra más de la anomia que padecemos.

⁴⁰ Para la distinción entre el federalismo “dual o competitivo” y el federalismo “de coordinación o concertación”, véase nuestra obra *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, ya citada, Cap. I “Sistemas políticos federales”, en el punto Clasificación de los sistemas políticos federales, p. 17/18. Pedro J. Frías, que prefería denominarlo “de concertación”, fue precursor de esta incorporación tanto a la Constitución Federal como a las Constituciones Provinciales.

No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad -que muchas veces padecemos- de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos.

Ya veremos en esta propuesta y en otras sucesivas, que el federalismo de coordinación o concertación es una herramienta fundamental para el desarrollo equilibrado e integrado del país, a través de sus múltiples aplicaciones.

Aunque en los puntos siguientes seguiremos tratando este tema, en esta oportunidad planteamos la creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores, como existen en las federaciones norteamericana y mejicana, a los fines de mejorar estas relaciones interjurisdiccionales.

Por otra parte, tal vez sólo así podrá existir un mayor equilibrio en el diálogo entre el Presidente y los Gobernadores, que permita el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución Nacional.

X. REALIZAR UNA PLANIFICACIÓN FEDERAL PARA EL DESARROLLO DEL PAÍS, CON PARTICIPACIÓN DE LOS DISTINTOS NIVELES ESTADUALES

La decadencia argentina está ligada -entre otras causas- a la incapacidad de pensar el futuro y de acordar políticas de estado. Sólo se piensa en la coyuntura y por ello no se resuelven los grandes problemas nacionales. Bien se ha dicho que los políticos en serio son los que piensan en las próximas generaciones, en lugar de las próximas elecciones. Se ejercita hasta el extremo la dimensión agonal de la política, cuando lo que realmente puede transformar el país, es la dimensión arquitectónica. Y así como en virtud de esta última se pudo acordar un texto constitucional en 1994, que significara un enorme avance en esta materia, aunque luego caímos en la anomia que nos caracteriza, ahora debemos hacer el esfuerzo de planificar de manera federal nuestro desarrollo futuro. Ello significa la participación de todos los órdenes gubernamentales para hacer realidad los principios de la república federal. Este es el gran desafío que tenemos por delante.⁴¹

⁴¹ Véase el reciente libro de Juan J. Llach, *Federales y unitarios en el siglo XXI*, ya citado, cuyo Cap. V tiene como título "El federalismo, clave del desarrollo político y humano". Se trata de una propuesta de gran calidad e importancia, para conducir la Argentina a la senda del desarrollo, en un mundo que ofrece desafíos y sobre la base de cumplir el proyecto federal. Para ello Llach propone planes de desarrollo en base a grandes acuerdos políticos, que permitan solucionar lo que denomina nudos gordianos y bajos continuos de nuestra preocupante realidad. Entre los primeros menciona la cuestión federal; la pobreza y la distribución del ingreso; la educación, ciencia y tecnología y el desarrollo integrado y sostenible y la inserción externa. Y con estos bajos continuos: un inadecuado funcionamiento de las instituciones políticas, una fuerte puja distributiva entre sectores y una imprecisa definición de los roles del Estado y del Mercado. Por eso el autor enfatiza en la necesidad de un cumplimiento estricto de la Constitución Nacional en sus aspectos republicanos y federales, para superar la realidad signada por la anomia, el hiperpresidencialismo y el centralismo. Y aboga por un fortalecimiento de los poderes tributarios provinciales y municipales y por un nuevo sistema de coparticipación impositivo y de federalismo fiscal, con respeto de la Constitución y de criterios técnicos y federales. Sostiene que esta propuesta federal es una tarea ciclópea, tendiente a modificar el "status quo" actual, defendido por el "conservadurismo unitario".

XI. PROMOVER LAS REGIONES PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL

También aquí se advierte la importancia del cumplimiento del art. 124 de la Constitución Nacional, que prevé las regiones como instituciones esenciales para el desarrollo económico y social y la integración nacional.

Estimamos que aunque el mapa regional se encuentra casi diseñado con las regiones ya constituidas del gran Norte Argentino, Patagonia, Nuevo Cuyo y Centro, -faltando sólo la integración de la Provincia de Buenos Aires y de la ciudad Autónoma-, no se aprecia un avance de dicho proceso. Las graves situaciones institucionales, económicas y sociales atravesadas sumadas a la ausencia de una política arquitectónica seguramente han influido en ello. Sólo se ha advertido en los últimos años una cierta actividad destacable en la Región Centro.

Necesitamos imperiosamente modificar la forma de embudo de nuestro ordenamiento territorial, mediante el fortalecimiento de nuestras regiones y provincias, desalentando los procesos de migración interna, que tanto nos han perjudicado, a la luz de los desequilibrios y desarmonías que se advierten en nuestra realidad.

Y avanzar en proyectos estratégicos como los de los corredores bioceánicos, como más adelante consideraremos en la Propuesta 19.

XII. IMPULSAR EL NUEVO ROL DE REGIONES, PROVINCIAS Y MUNICIPIOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN NACIONAL Y SUPRANACIONAL⁴²

Para nosotros la integración junto a la descentralización constituyen una respuesta inteligente a los desafíos de la globalización. El neologismo “global” nos indica que debemos pensar ubicados en el mundo globalizado en que estamos insertos, pero que debemos actuar localmente y en consecuencia, existe la urgente necesidad de defender las autonomías y competencias de los gobiernos subnacionales y locales. La importancia de las ciudades en el mundo globalizado ha sido estudiada por Jordi Borja y Manuel Castells⁴³. En consecuencia, estos dos procesos interrelacionados (integración y descentralización) requieren un profundo cambio del derecho público, a la luz del mundo actual, que muestra la tendencia hacia un regionalismo abierto, más allá de las fronteras nacionales.

En nuestro país se está avanzando en el desarrollo de estos roles de los gobiernos subnacionales, luego de la reforma del art. 124 de la Constitución Nacional, -también producido por Convención Nacional Constituyente de 1994-, que ha admitido la celebración de convenios internacionales por parte de las Provincias⁴⁴.

⁴² Hemos desarrollado el rol de las regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional en nuestras obras. *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, con Prólogo de Eduardo García de Enterría, Depalma, Buenos Aires, 2000 y *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

⁴³ En su obra *Local y Global-La gestión de las ciudades en la era de la información*, Taurus, 1997, Madrid, España.

⁴⁴ Véase el libro *El rol de los gobiernos subnacionales en los procesos de integración regional-Reflexiones sobre el caso del Foro Consultivo de Municipalidades, Estados, Provincias y Departamentos del Mercosur*, editado por el Cari (Consejo Argentino para las Relaciones internacionales) y Ceбри (Centro brasileiro de relacoes internacionais), con la Dirección del Proyecto a cargo del Embajador Eduardo Iglesias y la Coordinación Académica a cargo de Claudia Gasol Varela, Buenos Aires, 2010.

XIII. FORTALECER LAS AUTONOMÍAS PROVINCIALES, DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y DE LOS MUNICIPIOS

El federalismo como forma de estado, se asienta en la coexistencia de distintos órganos gubernamentales, en base al principio de la lealtad federal y del respeto de la unión y de la diversidad. Y por ello es tan trascendente la afirmación de las autonomías de las Provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de los Municipios, como expresión indudable de la descentralización del poder. De ahí que sea el problema más importante de esta forma de estado, la distribución de las competencias y el respeto de las mismas.

En un trabajo anterior nos referimos al agudo proceso de centralización que ha sufrido el país⁴⁵. Esto es lo que hay que revertir y el difícil camino a recorrer no es otro que el prescripto por la Constitución Nacional, especialmente a la luz de la gran reforma constitucional de 1994, que tuvo como uno de sus objetivos la profundización de la descentralización del poder.

Hemos sostenido que esta cuestión fue objeto de trascendentes debates en 4 Comisiones de la Convención Nacional Constituyente, que abarcaron tres grandes capítulos: el específico de federalismo, el de la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires y el reconocimiento del principio de la autonomía municipal⁴⁶.

En consecuencia, deben respetarse los distintos aspectos de las autonomías: institucional, política, administrativa, financiera y económica, correspondientes a cada uno de los niveles estatales y gubernamentales integrantes de la federación argentina.

Por razones de brevedad, no podemos detenernos en este análisis, para lo cual nos remitimos a la bibliografía especializada.⁴⁷

Asimismo el Cari, con la dirección antes mencionada, mantiene un registro de los convenios internacionales celebrados por nuestras Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴⁵ “La realidad de nuestro federalismo, el incumplimiento de la Constitución Nacional y la tendencia a la centralización”, en el libro “Consecuencias económicas y políticas del federalismo argentino”, antes citado, p. 17 y ss. Asimismo véase María Angélica Gelli “El federalismo en emergencia y su necesaria reconstrucción” (p. 9 y ss.), en el libro *Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino*, Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

⁴⁶ Para el análisis detenido de estas cuestiones, en la que no nos podemos detener por razones de brevedad, nos remitimos a nuestras obras *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997; “Derecho Municipal”, Depalma, Buenos Aires, 1997, 2ª Edición y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

⁴⁷ Véanse nuestras obras ya citadas *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, *Derecho Municipal y Federalismo y Constitucionalismo Provincial*. Para explicar la importancia de estos temas y las lesiones a las autonomías, sólo daremos algunos ejemplos: a) el enorme despojo efectuado por el Gobierno Federal a las Provincias y Municipalidades, al no sancionarse las leyes de coparticipación impositiva y al detraerse los fondos pertinentes de la masa coparticipable mediante las asignaciones específicas; b) el pago por el tesoro federal de 550 jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que eran nacionales y que debieran corresponder a dicha nueva jurisdicción, según lo dispuesto por el art. 129 de la Constitución Nacional, lo que ha sido desconocido por la inconstitucional Ley 24.488; y c) la inexistencia de ley de coparticipación impositiva para los municipios de la Provincia de La Rioja, como expresión notable de las violaciones a la auto-

XIV. MODIFICAR O DEROGAR LA LEGISLACIÓN CENTRALISTA VIGENTE Y LAS POLÍTICAS RESPECTIVAS

Son muy amplias las reformas a producir en este aspecto, por lo que en modo alguno resulta taxativa la enunciación que efectuamos seguidamente. Esta tarea requiere de un análisis detenido de la normativa dictada, que a lo largo del tiempo, fue centralizando notablemente a nuestro federalismo. Para ejemplificar esta propuesta, señalaremos algunos temas de gran relevancia, que se suman a lo indicado en otras efectuadas con anterioridad.

Y comenzamos con lo antes expuesto en torno a la imperiosa necesidad de modificar o derogar la mayoría de los tributos con asignación específica que detraen fondos de la masa coparticipable, lesionando las autonomías provinciales y municipales.⁴⁸

Asimismo, a lo largo del tiempo en base a la “cláusula del progreso” del actual art. 75 inc. 18 (antes art. 67 inc. 16) y a la posibilidad del otorgamiento de concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo por el Congreso, se fue desconociendo y afectando el poder tributario de provincias y municipios en múltiples casos: ferrocarriles, transportes, comunicaciones, minería, etc. En consecuencia, hay que revisar dicha legislación y políticas centralistas, -casi siempre avaladas por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia⁴⁹-, a la luz de la nueva normativa del art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, que ha reconocido el poder de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional, como otro hito notable de afirmación federalista, también incorporado en la reforma de 1994.⁵⁰ Esto significa que debieran producirse las reformas legislativas y jurisprudenciales, a los fines del estricto cumplimiento de la Ley Suprema, que ha fortalecido las autonomías provinciales y municipales en todos sus aspectos, incluyendo los tributarios y económicos.

Lo propio debe ocurrir con los subsidios, en materia de servicios públicos de transporte y energía, que están destinados mayoritariamente al área metropolitana de Buenos Aires, con una enorme desigualdad para los habitantes del interior del país.

Por otra parte, debe modificarse la Ley N° 24.588 por ser inconstitucional en sus arts. 2, 7, 8 y 10 al violar el art. 129 de la Ley Suprema y restringir la autonomía plena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además de ello, también se afecta el federalismo por otra razón: los anteriores jueces “nacionales” y gran parte de la Policía Federal que allí presta servicios, son sostenidos por el Presupuesto de la Nación, en lugar del de la Ciudad Autónoma.

nomía municipal, lo que motivara un amparo por parte de la Municipalidad de la Capital, -que defendemos- y que ahora está a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁴⁸ Al analizar la coparticipación impositiva federal, en nuestras obras citadas, indicamos distintas normas -Pactos fiscales, leyes y decretos-, que invirtieron la primacía que habían alcanzado en la distribución primaria los gobiernos locales frente al federal, de acuerdo a la Ley N° 23.548, hasta llegar a la situación actual de centralismo fiscal, donde casi el 80 % de los recursos son percibidos por el gobierno nacional.

⁴⁹ Véase *Tratado de derecho y economía*, 3 tomos, Director Juan Vicente Sola, La Ley, Buenos Aires, 2013, “La cláusula del progreso”, en el Tomo II, Cap. XXII, p. 420 y ss. y “La cláusula del progreso” (con especial referencia a los ferrocarriles)”, de Alberto Bianchi, Ponencia presentada en el XX Congreso de Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en Mendoza, 2011, puntos 2 c) Los problemas del equilibrio federal y 3 a) iii) Jurisprudencia, en especial sobre conflictos impositivos.

⁵⁰ Véanse nuestras obras citadas en la nota 48, donde consideramos este punto.

Asimismo, reiteramos que es imperioso terminar con el hiperpresidencialismo, que lesiona profundamente la república federal, comenzando por la inmediata derogación de los superpoderes otorgados en el art. 37 de la Ley de Administración Financiera y de la legislación de emergencia económica, además de la modificación de la Ley N° 26.122 de Decretos de necesidad y urgencia, que de manera inconstitucional reglamenta el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema.

En cuanto a los recursos naturales, -sin perjuicio de que volvemos sobre el tema más adelante-, es evidente que debe adecuarse la legislación vigente sobre hidrocarburos, pesca y otros recursos, a lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución Nacional, que ha reconocido la propiedad provincial sobre los mismos. Refiriéndonos al caso de los hidrocarburos, muchos años después de la reforma, mediante la Ley N° 26.197, se reconoció las competencias provinciales, al modificarse el art. 1 de la Ley de Hidrocarburos N° 17.319 que las otorgaba al gobierno federal. Esa llamada “ley corta”, trasuntó un espíritu federalista impuesto por la Constitución, que ha sido gravemente desconocido por la denominada Ley de soberanía hidrocarburífera N° 26.741 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1277 de dicho año. Para nosotros hay claras objeciones sobre la constitucionalidad de estas últimas normas, que además otorgan un enorme cúmulo de atribuciones al Poder Ejecutivo, sin la adecuada participación del Consejo Federal de Hidrocarburos.⁵¹

En materia de educación, es evidente el proceso de centralización operado, con violación de las normas constitucionales respectivas. Con la sanción de la Ley General de Educación y de la Ley de Financiamiento educativo se afectaron las bases de nuestra Ley Suprema y se ha producido una notoria centralización que modificó el proceso histórico anterior que tendía a un sistema federal educativo. Se ha señalado⁵² que hubo hitos en tal sentido, como los del Presidente Frondizi en 1957 que dispuso por decreto la transferencia de las escuelas primarias nacionales a las provincias, lo que se concretaría posteriormente en la década de los 70, aunque sin asignarse los fondos pertinentes. Este proceso de federalización recibió un impulso decisivo en el Congreso Pedagógico Nacional, convocado por el Presidente Alfonsín, en cuyas conclusiones aprobadas en 1988, se hizo expresa referencia a los principios federales en materia educativa. Ello originaría ya en 1991 la sanción de la Ley N° 24.049 de Transferencia de los Servicios educativos, donde las Provincias se hicieron cargo de las escuelas de nivel medio y terciario que dependían del Ministerio de Educación de la Nación, aunque lamentablemente, sin los fondos respectivos, lo que originaría nuevos desequilibrios fiscales en nuestra federación.

También se ha señalado como otros hitos en este proceso de descentralización operativa en la materia: la sanción de la Ley Federal de Educación N° 24.195 por parte del Congreso Nacional; el Pacto Educativo, celebrado entre la Presidencia y los Gobernadores en la Provincia de San Juan en 1994 y por último, la reforma constitucional de 1994⁵³.

⁵¹ Véase el documentado trabajo de Lorena Schiariti titulado “Oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos”, en la *Revista de Derecho Público “Diez Años de Derecho Público en la Argentina-II”*, 2013-2, Directores Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, p. 409 y ss.

⁵² Por parte de Ricardo César Iturrez, *Educación-un derecho de todos*, Editorial Mda y Universidad FaSta, Buenos Aires, 2013.

⁵³ *Cfr.* Iturrez, *ob. cit.*, Cap. VIII “El federalismo educativo en Argentina”, p. 287 y ss.

Pero desafortunadamente a partir del año 2003, -refiere este autor⁵⁴-, se produjo una nueva vuelta al “centralismo educativo”, mediante la sanción de una serie de normas, hasta llegar a la vigente Ley Nacional de Educación N° 26.206 de 2006, que derogó la Ley Federal de Educación y que otorgó importantes atribuciones al Ministerio de Educación de la Nación. Ejemplo de ello, es la incomprensible facultad otorgada al Ministro de dicha área, de declarar en emergencia educativa las jurisdicciones provinciales, lo que demuestra en forma palmaria, la centralización imperante. Y lo propio puede sostenerse sobre la Ley de Financiamiento Educativo, que también afectó la coparticipación impositiva de las provincias. En la propuesta siguiente, continuamos con este tema educativo.

Asimismo se pueden formular objeciones constitucionales por violación del federalismo, a la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. En efecto, se han impuesto criterios centralistas y unitarios, en los arts. 1, 7 y concordantes, que avasallan las competencias provinciales en la materia, con base en los arts. 121 y 32 de la Constitución Nacional. Recordemos que sólo lo comercial interprovincial puede ser competencia federal, según lo dispuesto por el art. 75 inc. 13 de la Ley Suprema y en consecuencia, no cabe dudar de las potestades provinciales al respecto dentro de los límites respectivos⁵⁵.

Por otra parte, cuando se observa la composición del AFSCA (Autoridad Federal de los servicios de comunicación audiovisual), (art. 14 de la Ley) sobre 7 Miembros designados por el Poder Ejecutivo de la Nación, hay sólo 2 propuestos por el Consejo Federal. Y en cuanto a la composición de este último órgano (art. 16 de la Ley), si bien cada Provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden designar un representante, el peso político e institucional de esta participación provincial resulta disminuida, porque además hay 14 representantes más de otras entidades. Por otra parte, en la comparación de atribuciones del Afsca y del Consejo, resulta evidente que este último ha sido claramente desfavorecido en perjuicio de aquella, donde a su vez predomina notablemente el Poder Ejecutivo.

Señalamos especialmente otra decisión centralista que es menester derogar: la Ley N° 26.853 de creación de las Cámaras de Casación. Sin poder detenernos en el análisis de la cuestión, sólo señalamos que esta normativa demorará y encarecerá enormemente los juicios, especialmente para los ciudadanos del interior del país, que deberán litigar en la ciudad de Buenos Aires, con violación del federalismo y de la tutela judicial efectiva⁵⁶. En torno a esto, no podemos dejar de manifestar igualmente nuestro más profundo rechazo a otra propuesta unitarizante: la creación de un Tribunal Constitucional, porque ello afectaría nuestro federalismo judicial, asentado además en el control de constitucionalidad difuso, que es preciso mantener.

⁵⁴ Cfr. Iturrez, *ob. cit.*, Cap. XII “Análisis de la Ley de Educación Nacional 26.206”, p. 477 y ss.

⁵⁵ No alcanza bajo nuestro punto de vista para superar la objeción formulada, la disposición del art. 163 de la Ley, que con el título de Limitaciones, expresa: “Las jurisdicciones provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Municipalidades no podrán imponer condiciones de funcionamiento y gravámenes especiales que dificulten la prestación de los servicios regulados en esta ley, sin perjuicio de sus propias competencias”. Es que la última frase resulta controvertida por las anteriores, donde se reafirma el avasallamiento del gobierno nacional.

⁵⁶ Por eso destacamos el criterio descentralizador del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Pedraza”, que ha resuelto que cada Cámara Federal del país pueda entender en las causas de los jubilados, modificando la situación actual, donde sólo intervenía la Cámara Federal de la Seguridad Social, ubicada en Buenos Aires. Véase asimismo lo expuesto sobre este tema en la Propuesta 4.

Otro amplio campo normativo y de políticas que es necesario modificar es el vinculado al poder de policía, ya que aquí se ha verificado otra ostensible violación de los principios constitucionales federales. Ello debido a las siguientes razones expuestas por Susana Cayuso⁵⁷: “1. Una interpretación extremadamente amplia y flexible de las facultades delegadas al gobierno central, que en la práctica significa estrechar el ámbito de las atribuciones reservadas por las provincias. 2. Un avance en los límites de la facultad reglamentaria del Estado nacional en materias propias del derecho común. 3. Una interpretación desnaturalizadora de las facultades concurrentes, con preeminencia de la facultad reguladora del gobierno central, con desmedro de las facultades de las provincias y casi excluyente de la coexistencia dispuesta constitucionalmente”. Seguidamente, la autora dice: “En todos los casos el avance se justifica en el ejercicio del poder de policía. Se perfeccionó así, la concentración reglamentaria en cabeza del poder central, se institucionalizó la regla de la absoluta discrecionalidad política, se entronizó la doctrina de la emergencia económica, se desvirtuó el contenido y la extensión de las facultades concurrentes y el resultado es el debilitamiento institucional de las provincias”⁵⁸. Se comprende, en consecuencia, la magnitud y profundidad de los cambios que hay que realizar, -tanto normativos como jurisprudenciales- para alcanzar la plena vigencia de nuestra Constitución federal en esta materia.

XV. FEDERALIZAR LA EDUCACIÓN

Sostiene Juan José Llach⁵⁹: “La educación es la clave para lograr un país sin pobreza, con mayor integración social y más equitativo y, al mismo tiempo, un desarrollo productivo con crecientes contenidos de capital humano, ciencia y tecnología que incentiva a producir y exportar bienes y servicios calificados y no el capital humano mismo, como ha ocurrido tan frecuentemente durante los últimos cincuenta años. El objetivo “social” no se contrapone con el objetivo “económico”: se trata de un mismo proceso”.

⁵⁷ Susana Cayuso, “El federalismo y el poder de policía”, en el libro *Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino*, Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, p. 92/93.

⁵⁸ Cfr. Susana Cayuso, *ob. cit.*, p. 93. Más adelante, la Profesora de la Universidad Nacional de Buenos Aires, recuerda las palabras agudas y proféticas pronunciadas por un gran constitucionalista que también fue Diputado de la Nación como Juan González Calderón, al respecto: “...los legisladores nacionales se resbalan por el plano inclinado de teorizaciones exóticas y peligrosas para el porvenir de nuestras instituciones federales, orientándose visiblemente, y tal vez inconscientemente, en el sentido de unitarizar el país, saltando sobre las barreras de la Constitución, con el correlativo aniquilamiento de las autonomías provinciales por la fuerza expansiva de una legislación usurpadora e inadecuada. Ya ha hecho mucho el Congreso contra la realidad de las autonomías provinciales, disminuyéndolas y sometiéndolas bajo la coerción de leyes usurpadoras de sus más esenciales derechos, para imponer normas o reglamentaciones unitarizantes”. Y luego de hacer referencia a la nota de Vélez Sársfield del art. 2611 del Código Civil, al defender las facultades reglamentarias de las Provincias de los Códigos de fondo, sostuvo: “No debe despreciarse esta ventaja que, entre otras, tiene el federalismo: permite a cada región del país, a cada provincia, arreglar su vida local en la forma que consulte más provechosamente los intereses y las características del respectivo pueblo...Lo alarmante, para quien mira sin apasionamiento la expansión progresiva del poder central, es comprobar cómo se destruyen desde el Congreso no ya los cimientos jurídicos y políticos de nuestras instituciones federales, sino también la posibilidad de que la legislación local pueda consultar, con más conocimiento del ambiente y más eficacia, las peculiaridades de cada provincia en beneficio de sus habitantes, fomentando el progreso y el bienestar colectivos...Qué quedará de las autonomías provinciales si se les arrebatan sus poderes de policía? Para qué servirán después esas autonomías? Cuáles serán las razones de su existencia constitucional?”. (*Ob. cit.*, p. 95/6).

⁵⁹ Juan José Llach, *Federales & Unitarios en el siglo XXI*, *ob. cit.*, p. 238.

Y frente a las dificultades de las provincias para tener un adecuado sistema educativo, expresa: “Para lograr el pleno acceso de la Argentina a la sociedad del conocimiento es imprescindible federalizar ampliamente la distribución de la renta fiscal y de allí la propuesta de un Fondo para el Desarrollo Humano con sentido regional, provincial y local”⁶⁰.

Compartimos estas ideas y convicciones acerca de la enorme importancia de la educación para cambiar la deprimente realidad que presenta nuestro país. Y en relación a ésta y las profundas desigualdades existentes, que muestran otra faceta negativa de nuestra federación, ha escrito Alieto Guadagni⁶¹: “Las evidencias del Ministerio de Educación, por provincia y tipo de escuela, son las siguientes: (1) el 36% de los alumnos de sexto grado primario no sabe Matemática; sin embargo, este indicador negativo se ubica en apenas 8% en las escuelas primarias privadas de la ciudad de Buenos Aires y trepa al 51 en las escuelas estatales en el conurbano y Formosa. (2) El 45% de los alumnos del último año del secundario no sabe Matemática; pero en muchas provincias del NOA y del NEA este porcentaje en las escuelas estatales se ubica entre 70 y 80%, mientras que en las escuelas privadas de La Pampa apenas llega al 17%. (3) La considerable deserción de la escuela secundaria está íntimamente vinculada al nivel socioeconómico de las familias. De cada 100 alumnos que ingresaron a primer grado en el país en 2001 se graduaron 33 en 2012; pero esta cifra no refleja bien la realidad, ya que mientras las escuelas privadas graduaron 64, las estatales apenas graduaron 25. Esta significativa desigualdad es aún mayor en muchas provincias, como Santiago del Estero, donde apenas se graduaron en escuelas estatales 17, o en Misiones, donde la graduación secundaria fue de apenas 15 alumnos cada 100 ingresantes en primer grado”.

No cabe dudar en consecuencia, sobre el carácter estratégico que tiene la educación para el cambio de nuestro país y la plena vigencia de la república federal consagrada en la Constitución Nacional, con igualdad de oportunidades en todo el territorio.

Y por eso insistimos nuevamente⁶² en la importancia de la educación cívica y democrática, como tarea esencial de la democracia, según enseñaba Hans Kelsen. Abogamos por un cambio profundo de nuestros usos y costumbres con altas dosis de violencia, a los fines de la elevación de nuestra cultura democrática y de la legalidad.

Para tener “ciudadanos activos”, Norberto Bobbio postuló un “llamamiento a los valores”⁶³, señalando en primer lugar al ideal de la tolerancia⁶⁴, seguido por el de la no violencia⁶⁵,

⁶⁰ Juan José Llach, *Federales y unitarios...*, *ob. cit.*, p. 239.

⁶¹ Alieto Guadagni, “Educar para superar la desigualdad”, *La Nación*, 30 de abril de 2014.

⁶² Como lo hicimos en nuestra obra ya citada *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, p. 158/160 y 166/167.

⁶³ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Plaza & Janes, Barcelona, 1985, p. 48.

⁶⁴ “Si hoy existe una amenaza para la paz del mundo, ésta viene una vez más del fanatismo, o bien de la ciega creencia en la verdad y en la fuerza capaz de imponerla. Huelga dar ejemplos: los tenemos antes nuestros ojos”. (*Cfr.* Norberto Bobbio, obra citada, p. 48).

⁶⁵ “Jamás he olvidado la enseñanza de Karl Popper, según la cual, lo que distingue esencialmente a un gobierno democrático de otro no democrático es el hecho de que sólo en el primero los ciudadanos se pueden desembarazar de sus gobernantes sin derramamiento de sangre. Las tan escarnejadas reglas formales de la democracia han introducido, por primera vez en la historia, técnicas de convivencia, cuyo objeto es el de resolver los conflictos sociales sin recurrir a la violencia. Sólo allí se respetan estas reglas, el adversario no ya un enemigo (que debe ser destruido), sino un opositor, que mañana podrá ocupar nuestro lugar”. (*Cfr.* Norberto Bobbio, obra citada, p. 48).

el de la renovación gradual de la sociedad a través del libre debate de las ideas y el cambio de las mentalidades y del modo de vivir⁶⁶ y finalmente, el ideal de la hermandad (la “fraternité” de la Revolución Francesa)⁶⁷.

Ese cambio debe ser promovido por nuestra educación popular, -como el accionar más urgente a desarrollar según Víctor Massuh-⁶⁸; y podría ser acelerado por los ejemplos que brinde una dirigencia de gran formación y compromiso ético y republicano.

Insistimos en que la educación debe basarse especialmente en el conocimiento de los principios y valores de la Constitución Nacional y de su sistema republicano y federal⁶⁹.

XVI. EJERCER UN FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

El reconocimiento expreso del dominio originario de los recursos naturales de las Provincias, efectuada por la Convención de Santa Fe y Paraná de 1994, en el art. 124 de la Ley Suprema, debe observarse como una contundente expresión del fortalecimiento del federalismo argentino, que fue una de las grandes ideas-fuerza de la reforma.

Y con respecto a la extensión del dominio de los recursos naturales por las provincias, dijimos en la Convención Constituyente, en nombre de la Comisión de Redacción, en el debate en particular de la norma: “Cuando nos referimos al alcance de lo que corresponde a las provincias en cuanto al dominio de los recursos naturales existentes en su territorio, la Comisión interpreta que el territorio comprende tanto el suelo, como el subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo. Por supuesto, también son de dominio de las provincias los recursos renovables o no”⁷⁰.

⁶⁶ “Sólo la democracia permite la formación y la expansión de las revoluciones silenciosas, como ha ocurrido en estos últimos decenios con la transformación de la relación entre los sexos, que tal vez sea la mayor revolución de nuestros tiempos”. (Cfr. Norberto Bobbio, obra citada, p. 48/9).

⁶⁷ “Gran parte de la historia está hecha de luchas fratricidas. En su *Filosofía de la Historia*, Hegel define la historia como un “inmenso matadero”. ¿Acaso podemos quitarle la razón? En ningún país del mundo puede perdurar el régimen democrático sin convertirse en una costumbre. Pero ¿puede convertirse en una costumbre sin el reconocimiento de la hermandad que une a todos los hombres en un destino común? Se trata de un reconocimiento mucho más necesario hoy, en que cada día nos hacemos más concientes de este destino común, por lo cual deberemos, guiándonos por ese poder de luz de razón que ilumina nuestro camino, actuar en consecuencia”. (Cfr. Norberto Bobbio, obra citada, p. 49).

⁶⁸ “Se trata de una docencia democrática a vivirse en el hogar, en el seno de los partidos, en la universidad, en las calles, en el municipio, en las instituciones, en las urnas. Reconocer que la democracia es una gimnasia cotidiana, un estado de espíritu que comienza con este doble movimiento: la aceptación de la disidencia y el reconocimiento de que un orden justiciero es fruto del esfuerzo común y no de una ofrenda providencial”. (Víctor Massuh, *La argentina como sentimiento*, Editorial Sudamericana, p. 153/4).

⁶⁹ Como lo dispuso la Ley N° 25.863 de 2003, sancionada por el Congreso a propuesta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional que en ese entonces presidíamos, al establecer el 1° de Mayo como Día de la Constitución Nacional. Desafortunadamente, como en tantos otros casos, tampoco se cumple esta normativa tan importante para nuestra educación cívica y democrática.

⁷⁰ “Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente”, Santa Fe-Paraná, 1994, tomo IV, p. 3864. Uno de los temas más importantes es el del mar, donde ya no pueden quedar dudas sobre dominio de las provincias costeras, tal como lo venían señalando antes de la reforma Frías, Bidart Campos, Díez y Marienhoff, entre otros autores. El Congreso también deberá modificar el alcance de la

Esta clara definición constitucional sobre el dominio de los recursos naturales por las provincias en sus respectivos territorios, ha significado un cambio trascendental para afirmar el federalismo económico, pero todavía no ha podido efectivizarse por la inacción legislativa y la falta de una adecuada jurisprudencia.⁷¹

Aclaremos además que para nosotros, por la reforma constitucional producida, la legislación centralista debió perder sus efectos, por una elemental aplicación de la gradación normativa, determinada por el art. 31 de la Ley Suprema de la Nación. Sin embargo, ya vimos anteriormente el caso de los hidrocarburos entre otros, como demostración de la anomia que nos caracteriza.

Mas allá de esto, la reforma constitucional no sólo dispuso cambios sustanciales en esta materia, con respecto al dominio de los recursos naturales (como el mar, hidrocarburos, minerales, los recursos hídricos y la energía), sino también sobre la jurisdicción. Un ejemplo notable en este último aspecto, es la modificación efectuada en el art. 75, inc. 30, que deja a salvo el ejercicio de los poderes de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional, siempre que no interfieran su específica finalidad, lo que reviste especial trascendencia para el futuro del federalismo.

En base a lo expuesto, consideramos que para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo sustentable, se abre un campo amplísimo para el federalismo de coordinación o concertación, mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales.

Es necesario producir una modernización institucional que sume los esfuerzos de todos los niveles gubernamentales interesados, en una sinergia que nos permita alcanzar soluciones sustentables en el aprovechamiento del mar, de la pesca, de los hidrocarburos, de los minerales y de otros recursos naturales⁷².

XVII. FEDERALIZAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA NACIONAL

No obstante que la reforma constitucional de 1994 dispuso en el art. 42, -al regular los derechos de usuarios y consumidores-, la participación de las provincias en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional⁷³, no se han podido verificar modificaciones en esta materia, donde han continuado las políticas centralistas. Todo ello, con inexcusable responsabilidad no sólo de las autoridades federales sino también de las provinciales, como bien lo han señalado Alejandro Pérez Hualde⁷⁴ y Nidia Karina Cicero⁷⁵.

jurisdicción provincial en el mar así como avanzar en fórmulas asociativas con la Nación, para la explotación de los recursos inmensos de la "zona económica exclusiva" que se extiende hasta las 200 millas.

⁷¹ Es evidente que el Congreso no produjo las reformas legales pertinentes, para la adecuación a la Ley Suprema. Asimismo, en cuanto a la jurisprudencia, señalamos el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Total", en 2003, donde no se reconoció dicho alcance del territorio de la provincia de Tierra del Fuego para poder percibir tributos sobre las explotaciones petrolíferas que realiza la empresa en el mar.

⁷² Véase Antonio María Hernández, "El federalismo, ausente en el impulso de YPF", nota publicada en Clarín, Buenos Aires, 8 de julio de 2014, Opinión, p. 25.

⁷³ Entre los que se destacan los de gas, aeropuertos y transporte en sus diversas modalidades.

⁷⁴ Alejandro Pérez Hualde, "Servicios públicos en el constitucionalismo provincial", en el libro *Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino*, Director Antonio María Hernández,

Este otro incumplimiento del proyecto federal se debió a distintas razones, como ha puntualizado esta autora⁷⁶: efectivamente no han participado las provincias en dichos organismos de control; que además han sido desnaturalizados por su falta de independencia; que en algunos casos fueron creados por Decreto y no por leyes del Congreso y finalmente, por la inexistencia de una participación adecuada de ciudadanos y usuarios y consumidores, que hubiese permitido un buen funcionamiento de los servicios con un sistema regulatorio eficaz.

Mirando al futuro, Cicero⁷⁷ propone para asegurar la participación provincial en estos servicios: a) la intervención en el diseño de la regulación, esencialmente a través del debate legislativo, lo que implica la imposibilidad del dictado de decretos del Poder Ejecutivo y la derogación de la legislación de emergencia económica.; y b) la intervención en el control de gestión, a través de las siguientes alternativas: 1. Integración de los entes reguladores nacionales por representantes de las provincias involucradas. 2. Delegación de la facultad de control de ciertos aspectos de la regulación federal en organismos locales. 3. Cooperación provincial en el control del servicio público federal a través de la detección y comunicación de incumplimiento a los organismos provinciales competentes.

Y para concretar esta participación, la autora sostiene la necesidad de una relectura de las facultades concurrente en materia de control o poder de policía, la celebración de acuerdos interjurisdiccionales y la transferencia a la órbita provincial de servicios actualmente regulados a nivel nacional⁷⁸.

XVIII. AFIANZAR LOS PRINCIPIOS FEDERALES EN LA DOCTRINA Y ORGANIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Consideramos que al haberse constitucionalizado los partidos políticos en el art. 38 -otra obra de la reforma de 1994-, con la obligación de respetar la Ley Suprema, los mismos deben aceptar, practicar y defender los valores y principios del federalismo no sólo en la organización estatal, sino también en su propia organización y funcionamiento.

Es que otra de las causas de la desfederalización del país ha sido la falta de cumplimiento adecuado de estos principios por parte de los partidos políticos, especialmente por su actuación en el Congreso, y en particular en el Senado⁷⁹.

Interrelacionado con ello, el hiperpresidencialismo, la democracia delegativa y las emergencias, degradaron nuestra calidad institucional, impidieron la plena vigencia de la

editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000.

⁷⁵ Nidia Karina Cicero, *Servicios públicos y federalismo-Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, de Nidia Karina Cicero⁷⁵, Eudeba, Buenos Aires, 2013. Se trata de la Tesis Doctoral de la autora, dirigida por el Dr. Alejandro Pérez Hualde, con un estudio profundo de tan trascendente cuestión, estrechamente ligada al federalismo de coordinación o concertación.

⁷⁶ Nidia Karina Cicero, *ob. cit.*, p. 336.

⁷⁷ *Ob. cit.*, p. 339 y ss.

⁷⁸ *Cfr.* Nidia Karina Cicero, *ob. cit.*, p. 341 y ss.

⁷⁹ Recuérdese lo expuesto en la Propuesta N° 3 sobre el fortalecimiento del rol del Congreso y Senado en particular.

democracia deliberativa y de los principios republicanos y federales⁸⁰ y afectaron profundamente los partidos políticos.

A su vez, ese hiperpresidencialismo ha significado en no pocos casos, la confusión de partido oficialista y gobierno. Incluso en algunos casos se ha llegado a confeccionar las listas de legisladores desde la Presidencia, como demostración indudable de centralismo. Y el mismo fenómeno se ha repetido en los niveles provinciales y municipales, con los Gobernadores e Intendentes.

Por eso Barrera Buteler concluye en que las deficiencias del federalismo argentino tienen una raíz ética y cultural, antes que normativa, ya que los representantes en el Congreso no responden a las Provincias y sus intereses sino al proyecto político del dirigente que lo incluyó en la lista.⁸¹

De ahí que el autor proponga que se introduzcan mayores exigencias legales para el reconocimiento de partidos políticos nacionales en relación con el federalismo, que se disminuya el efecto “arrastre” que se produce por las elecciones nacionales, provinciales y municipales conjuntas y que se fortalezca el vínculo entre representante y representado⁸².

Por nuestra parte, desde hace tiempo somos partidarios de una profunda reforma política⁸³, con especial énfasis en los partidos políticos y en el sistema de partidos⁸⁴.

Creemos que hay avanzar en la misma⁸⁵ en los aspectos relativos al sistema electoral⁸⁶, a la organización de las elecciones, -que no pueden seguir estando en las manos del Ministerio

⁸⁰ Remitimos a la nota 13. Véanse también los trabajos de Daniel Alberto Sabsay, “Consideraciones en torno al federalismo argentino” y Mario Midón, “Ilegitimidades constitucionales en nombre del federalismo”, en el libro *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*, Director Antonio María Hernández, *ob. cit.*, p. 247 y ss. y 271 y ss., respectivamente.

⁸¹ Guillermo Barrera Buteler, “Aspectos políticos del federalismo”, en el libro *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*, Director Antonio María Hernández, *ob. cit.*, p. 287.

⁸² *Cfr.* Barrera Buteler, *ob. cit.*, p. 288.

⁸³ Para un análisis completo de la reforma política en América Latina, véase especialmente la Tesis Doctoral en Ciencia Política de Daniel Zovatto, presentada en la Universidad Complutense de Madrid, en 2011, titulada “La reforma político-electoral durante la tercera ola democrática en América Latina”, que abarca el período 1978-2009, entre otros trabajos de dicho autor. Asimismo, “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007”, Daniel Zovatto y Jesús Orozco Henríquez, Coordinadores, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Internacional IDEA, Méjico, 2008.

⁸⁴ Véase Antonio María Hernández y José Manuel Belisle, “Regulación jurídica de los partidos políticos en Argentina”, en la obra *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Coordinador Daniel Zovatto, UNAM e Internacional IDEA, Méjico, 2006, pp. 191/242; y antes, “Por una profunda reforma política”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 23 de diciembre de 2000.

⁸⁵ Como lo hemos propuesto en nuestras obras *Fortalezas y Debilidades Constitucionales*, ya citada, p. 159 y *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, *ob. cit.*, Cap. XVII “La Constitución de Córdoba y la reforma política”, p. 457 y ss.

⁸⁶ Nuestro país posiblemente sea el más atrasado de América Latina en esta materia, ya que todavía continúa con el sistema de boletas múltiples, con todas las corruptelas que ello permite. Y ello rige en casi todos los órdenes gubernamentales, con pocas excepciones como en las Provincias de Córdoba y Santa Fe con boleta única, y algunas otras experiencias municipales de voto electrónico.

del Interior⁸⁷- e incluso, de la propia justicia electoral, con especial énfasis en su fortalecimiento e independencia.

En lo específicamente electoral, estimamos negativamente las reelecciones indefinidas que se permiten en varias provincias y en gran parte de los municipios del país. Ellas consolidan el hiperpresidencialismo, terminan afectando el sistema republicano y democrático e impiden la renovación de las dirigencias.

Estamos convencidos que la parte sustancial de una reforma política reside en la mayor democratización, modernización y fortalecimiento de los partidos políticos. Se debe abrir los partidos y profundizar la democracia interna, para superar la denominada “ley de hierro de las oligarquías partidarias”⁸⁸. Y ponerse el énfasis en el eficaz cumplimiento de sus funciones, como instituciones fundamentales de nuestro sistema democrático, como lo dice el art. 38. En este aspecto, consideramos plausible la selección de candidatos en el orden federal, a través de internas abiertas simultáneas y obligatorias, que deben extenderse a los órdenes provinciales y municipales. Las cuestiones de la financiación de la política son trascendentes, porque están vinculadas a uno de nuestros más graves problemas: la corrupción⁸⁹. Otro aspecto decisivo es la formación y capacitación de la dirigencia de los partidos políticos. En este sentido se debería dar estricto cumplimiento al artículo 38 de la Constitución Nacional que ha previsto la asignación de fondos a los partidos políticos con esta finalidad⁹⁰.

Queremos destacar especialmente un aporte para nuestra Provincia, que creemos puede ser útil para otras y para el resto de nuestros órdenes gubernamentales: el profundo estudio realizado por la Comisión Consultiva de Expertos para la Reforma Política Electoral, que culminara con un Dictamen y la edición de una obra.⁹¹

⁸⁷ Es muy interesante observar la experiencia mejicana al respecto, con su Instituto Federal Electoral, que significara un notable avance en esta materia.

⁸⁸ Como lo sostuviera Robert Michels.

⁸⁹ Véase nuestra obra *Fortalezas y Debilidades constitucionales...*, ya citado, pp. 151/156 y 167/168.

⁹⁰ Recordamos las opiniones de Weber y de Ortega y Gasset sobre las exigencias y condiciones para ser un político en serio, ya que se requiere conjuntamente una extraordinaria capacidad de pensamiento y de acción. Y frente a la complejidad del mundo moderno, hacen falta verdaderas carreras políticas, centros de investigación y de pensamiento en los partidos, además de escuelas de formación para los jóvenes y los dirigentes. Esta reforma es particularmente urgente en nuestro país, ante el más que preocupante estado de situación de nuestros partidos y del sistema de partidos.

⁹¹ Titulada “Así no va más Diagnóstico y propuesta de reforma político-electoral de la Provincia de Córdoba”, Dictamen de la Comisión Consultiva de Expertos, editado por las Universidades Católica y Nacional de Córdoba y la Educc (Editorial de la Universidad Católica de Córdoba), Córdoba, 2008. Dicha Comisión fue presidida por el Dr. Daniel Zovatto e integrada por los Rectores de ambas Universidades, Carolina Scotto y Rafael Velasco, los Decanos Ramón P. Yanzi Ferreyra y Mario Riorda, los Profesores Jorge Gentile y el suscripto y la Dra. Claudia Laub, de la organización no gubernamental El Agora. Allí se propuso una reforma constitucional y otras reformas legislativas y ejecutivas, para modificar todos los aspectos de la reforma político-electoral, abarcando no sólo el orden provincial sino también el municipal. Por razones de brevedad, nos remitimos a dicho libro para el análisis de dicha temática. Desafortunadamente, muy pocas propuestas se concretaron, entre las que contamos la eliminación de la sumatoria de votos y la consagración de la boleta única. Pero confiamos en que algún día dicho estudio producirá muchos mayores cambios en nuestra provincia y en nuestros gobiernos locales. Véase Antonio María Hernández, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, ob. cit., Cap. XVII “La Constitución de Córdoba y la reforma política”, p. 457 y ss.

En directa relación con el federalismo, hemos señalado la necesidad de su profundización mediante la existencia de partidos políticos específicamente provinciales y municipales⁹², que consideramos muy importantes para vigorizar y jerarquizar la política y la autonomía en dichos ámbitos gubernamentales, mediante el análisis y debate de los temas respectivos.

Coincidiendo con Joaquín V. González que decía que los municipios eran el “primer teatro” en que los hombres ejercían sus derechos, sostuvimos que los gobiernos locales autónomos y ampliamente participativos deben ser “la escuela social de la democracia” y el escenario donde debe comenzar el “*cursus honorum*” de la política. Deben ser porque todavía no lo son, ya que aunque ha sido notable el avance de nuestra legislación para posibilitar una democracia participativa en lo local, en los hechos se observan preocupantes problemas al respecto, por nuestra baja calidad institucional⁹³.

Además de ello, es cada vez mayor la importancia que la política provincial y aún la municipal tiene en el contexto nacional. Adviértase que la mayoría de quienes fueron Presidentes -luego de la recuperación democrática de 1983-, antes fueron Gobernadores o Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁹⁴

Y lo propio puede decirse de la trascendencia de la política municipal. En este sentido, no podemos dejar de considerar lo que ocurre en la Provincia de Buenos Aires, por su especial peso político. Es para nosotros imperioso que se modifique el régimen municipal, no sólo para asegurar la autonomía⁹⁵ sino también la descentralización política y democrática provincial. Desde hace tiempo venimos sosteniendo que hay que cambiar el sistema centralista de un solo gobierno municipal por Partido, que significa la existencia de apenas 135 para

⁹² En nuestra obras, *Derecho Municipal*, 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997 y *Derecho Municipal-Parte General*, UNAM, Méjico, 2003, en respectivos Capítulos sobre la Participación ciudadana en el Municipio, donde analizamos el tema de los partidos políticos, entre otras formas de participación tanto específicamente políticas como de carácter ciudadano.

⁹³ Además de la participación estrictamente política por el reconocimiento de los derechos políticos de elegir y ser elegido para ciudadanos e incluso extranjeros, de formar partidos políticos locales y de ejercitar institutos de democracia directa o semidirecta como la iniciativa, el referéndum y la revocatoria, las Constituciones Provinciales, Leyes Orgánicas Municipales y Cartas Orgánicas Municipales, en general han posibilitado el ejercicio de otras formas de participación, que denominamos ciudadanas. Entre ellas destacamos la vecinal, a través de Centros y Consejos Vecinales; la de Audiencias públicas; la de Consejos Económicos y Sociales; entre otras. (Cfr. Nuestras obras citadas en la nota anterior). Con respecto a nuestros problemas de baja calidad institucional, obsérvense las diversas encuestas y estudios sobre la crisis de la participación y de la representación y la debilidad que exhibimos en cultura constitucional y de la legalidad. (Véase Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica, ob. cit.*).

⁹⁴ La politóloga Julieta Suárez Cao titula uno de sus trabajos “Federal en la teoría y unitaria en la práctica? Una discusión sobre el federalismo y la provincialización de la política”, *Revista SAAP*, Vol. 5 N° 2, noviembre 2011, p. 305/321. Asimismo, Alberto Dalla Via, Profesor de Derecho Constitucional y Miembro de la Cámara Nacional Electoral, analizó la territorialización de la política en su libro *La competencia política en el federalismo argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2010.

⁹⁵ Consagrada constitucionalmente en el art. 123, como obligación para las Provincias. También es lamentable la violación en que también se encuentran las Provincias de Santa Fe y Mendoza al respecto, que todavía no han adecuado sus textos constitucionales a la Ley Suprema.

más de 307.000 Km² y de 16.000.000 de habitantes. La democracia local debe profundizarse en dicha Provincia con muchos más municipios autónomos y participativos⁹⁶.

Reiteramos la imprescindible necesidad de una metodología interdisciplinaria para el estudio del federalismo⁹⁷, que ya está produciendo frutos, como se aprecia en los aportes provenientes de politólogos que enriquecen con su análisis el conocimiento de una temática tan compleja, como la que nos ocupa.⁹⁸

XIX. DESCENTRALIZAR E INTEGRAR EL PAÍS EN OTROS ASPECTOS

Se comprenderá que es menester llevar adelante un proceso de descentralización e integración del país que abarca otros aspectos, además de los previamente considerados.

Nos referimos ahora a las obras de infraestructura, transporte y comunicaciones, como elementos también decisivos para un desarrollo nacional equilibrado.

Podemos ejemplificarlo en la necesidad de avanzar en los corredores bioceánicos, -al norte, al centro y al sur del país-, lo que significa consolidar los pasos cordilleranos que vinculen a Argentina y al Mercosur con Chile⁹⁹ y luego de ahí al Pacífico y al Asia, con el enorme potencial que ello implica para el futuro.

Esto también implica un mejor aprovechamiento de las hidrovías Paraná-Paraguay y Paraná-Tieté, que en particular servirán para la vinculación con Brasil, en los corredores señalados.

Por cierto que esta propuesta está relacionada con otras y particularmente con la integración regional, tanto nacional como supranacional¹⁰⁰.

⁹⁶ Es urgente también realizar allí una reforma político-electoral, a la que antes nos referimos. Y por cierto, deben prohibirse las reelecciones indefinidas.

⁹⁷ Como lo indican los libros de “Aspectos fiscales y económicos del federalismo” y “Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino”, ya citados, que cuentan con la participación de especialistas de dichas disciplinas, junto a los provenientes del derecho. Asimismo, creemos en esa clase de metodología para el estudio del derecho constitucional, del constitucionalismo provincial y del derecho municipal, como lo hemos postulado en nuestras obras respectivas antes citadas.

⁹⁸ Ejemplos de ello son los trabajos de Alejandro Bonvecchi, “Federalismo fiscal y supervivencia presidencial” y Carlos Gervasoni, “Transferencias federales y competitividad electoral: la ventaja oficialista de gobernadores en provincias argentinas (1983-2011)”, en el libro *Consecuencias económicas y políticas del federalismo fiscal argentino*, Carlos Gervasoni y Alberto Porto Editores, *ob. cit.*, p. 35/72 y 73/104, respectivamente. También señalamos la obra *El federalismo argentino en perspectiva comparada*, Tullia Falletti, Lucas González y Martín Lardone Editores, Educa, Buenos Aires, 2013, con énfasis en la relevancia de la política local y territorial en estos tiempos, de la misma manera que lo hace Suárez Cao, previamente citada en la nota 86. Y desde luego, los aportes histórico-políticos de Julio Saguir en su obra *Unión o Secesión*, Prometeo, Buenos Aires, 2007 y los de Natalio Botana, en su clásica obra *El orden conservador*, entre otros libros y artículos periodísticos de su autoría.

⁹⁹ Como ya lo disponen Tratados celebrados al respecto.

¹⁰⁰ Véanse entre otros trabajos de nuestra autoría: el libro *Integración y globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000; y los trabajos “Estudio sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la regionalización”, “Anteproyecto de Tratado de integración regional entre las Provincias de Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe”, “El gran desafío de la integración regional”, “La región y el área metropolitana de Córdoba” y “A diez años de la creación de la Región Centro”, obrantes en el libro *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, ya citado, pp. 531/553.

En el sistema de transporte, también estimamos como muy necesaria la recuperación de nuestros ferrocarriles, atento la importancia que alcanzaron y las dimensiones enormes de nuestra geografía.

Por cierto que la infraestructura y los transportes deberán integrar el país, modificando nuestra macrocefalia y de acuerdo a una planificación federal¹⁰¹.

La descentralización y la desconcentración del gobierno federal, -asentado en Buenos Aires-, también podrían llevarse adelante trasladando desde Poderes¹⁰² hasta organismos al interior del país. Es muy importante acercar el gobierno y la administración a los ciudadanos, en un país de tan dilatadas dimensiones.

Asimismo, creemos que también es conveniente disminuir la gran concentración que se advierte en muchos ámbitos de la organización empresarial, sindical, cultural, de las comunicaciones y deportiva, porque inciden en la centralización y asimetrías que padecemos.

XX. TRASLADAR LA CAPITAL FEDERAL

No por ser la última propuesta, deja de tener una especial trascendencia para el fortalecimiento de nuestro federalismo.

Es que no se puede desconocer la importancia que en un Estado tiene su capital y mucho más, cuando se trata de uno que es Federal, o sea compartido entre diversos órdenes gubernamentales en la búsqueda de la “unión” de la “diversidad”, que requiere de especiales equilibrios¹⁰³.

Ejemplos de ello son los casos de Estados Unidos con Washington, Suiza con Berna, Canadá con Ottawa, Australia con Canberra y más cercanamente, Brasil con Brasilia.

Este ha sido uno de los temas más complejos y conflictivos de nuestra historia, como lo dijera Félix Luna, ya que la ciudad de Buenos Aires pudo imponer su destino de Capital¹⁰⁴.

Hubo sin embargo distintas propuestas como la antes recordada de Sarmiento en “Argirópolis” que la ubicaba en la isla de Martín García, como Capital de los Estados Unidos del

¹⁰¹ Prueba de ello es la concentración absurda del transporte aéreo en Buenos Aires, que dificulta y encarece enormemente nuestras conexiones interprovinciales, además de los problemas de nuestra infraestructura vial y ferroviaria. Recuérdense las críticas de Bonifacio del Carril en “Buenos Aires frente al país”, por el sistema de embudo de esta última infraestructura, entre otros autores. (Cfr. Elva Roulet, *La nueva capital*, Fundación Jorge Esteban Roulet Centro de Participación política”, Buenos Aires, 1987, en el punto “El Gran Buenos Aires”, p. 43 y ss.).

¹⁰² Como Alemania, que tiene a sus Poderes Legislativo y Ejecutivo en Berlín, pero al Tribunal Constitucional en Karlsruhe.

¹⁰³ Véase nuestra obra ya citada *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Cap. I “Los sistemas políticos federales”, en el punto 4: “Federalismo: unión y diversidad” (p. 8/9) y punto 7. “Conceptos y características esenciales de los Estados federales”, con las opiniones de Hamilton, Loewenstein, Elazar, Kincaid, Watts y Linares Quintana (p. 14/16).

¹⁰⁴ Nos remitimos a nuestra obra ya citada *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, en su Cap. V “La Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, punto 1. “Buenos Aires y el país. Síntesis histórica”, p. 141 y ss.

Río de la Plata, integrados por la Confederación Argentina, Paraguay y Uruguay. Además de distintos proyectos de leyes para fijarla en Rosario, Bell Ville y Villa María¹⁰⁵.

Tal como lo recordamos anteriormente en la Propuesta 5, se confirmaron en la realidad los problemas que anticiparon grandes personalidades argentinas y especialmente Alem con su conocida profecía¹⁰⁶, enunciada en el brillante debate con José Hernández, con motivo de la capitalización de Buenos Aires, operada en 1880.

Ya en el siglo XX hubo distintos proyectos para trasladar la Capital¹⁰⁷, hasta que el Presidente Alfonsín en su discurso de Viedma¹⁰⁸, anunció la presentación de un anteproyecto al Consejo de Consolidación de la Democracia, donde expresó: “Tal como se predijo en su momento, el crecimiento metropolitano ha transformado el sistema político argentino, destruido las bases del federalismo y creado una vasta y compleja red de dificultosas relaciones políticas, económicas y sociales. Leandro N. Alem examinó el tema en famoso debate de la Legislatura bonaerense. Lo ubicó en el mismo sitio trascendente de definición de un sistema político que es necesario reactualizar por tratarse de una visión profética que coincide con el diagnóstico de la actual realidad argentina”.

Dicha iniciativa presidencial¹⁰⁹ prosperó y el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 23.512 en 1987 que así lo dispuso para las ciudades de Viedma y Carmen de Patagones, previa cesión efectuada por Leyes N° 2.086 y 10.454 de las Provincias de Río y de Buenos Aires, respectivamente.

Como ya se sabe, dichas Leyes no se cumplieron y la situación se ha agravado, como lo indica la situación actual de nuestro federalismo, según lo expuesto en este trabajo.

¹⁰⁵ En el caso de esta última ciudad, se sancionó una ley en 1871 por el Congreso que así lo disponía, pero fue vetada por el Presidente Sarmiento, que hizo lo propio en ese mismo año con otra ley posterior que fijaba la Capital en Rosario. Para un análisis histórico de este tema, véase el libro *La nueva Capital*, de Elva Roulet, editado por la Fundación Jorge Esteban Roulet Centro de Participación política, Buenos Aires, 1987, en el punto “La cuestión capital de la República”, p. 13 y ss. Previamente, el Presidente Mitre había también vetado otra ley que declaraba Capital a Rosario.

¹⁰⁶ De que iba a ser la “apoplejía en el centro y la parálisis en las extremidades”, citando palabras de Laboulaye. Previamente dijo el gran tribuno: “Los partidarios de la centralización se equivocan en los resultados que esperan. Cometan un error filosófico en sus apreciaciones. La concentración del poder no produce ese vigor y esa mayor vitalidad de un país. Tendrá a su disposición mayor cantidad de elementos, pero la fuerza de éstos se debilitará paulatinamente, porque así se debilita su propia iniciativa y su propia actividad, que es el impulso verdadero del progreso. La centralización, atrayendo a un punto dado los elementos más eficaces, toda la vitalidad de la República, debilitará necesariamente las otras localidades”. *Cfr. Federalismo y centralización en el discurso de Leandro Alem – La Capitalización de Buenos Aires*, Edición de la Presidencia del H. Senado de Buenos Aires, 1986, p. 97. Este discurso es una notable pieza oratoria, que revela las calidades intelectuales y culturales del gran político, que abogó por el federalismo, el municipalismo y los partidos políticos.

¹⁰⁷ Véase Elva Roulet, *ob. cit.*, punto “Hacia el traslado de la Capital”, p. 50 y ss. Hubo no sólo propuestas políticas y legislativas, sino también académicas como las de Manuel Solanet, Adolfo Holmberg y Alejandro von der Heyde Garrigós.

¹⁰⁸ Pronunciado el 15 de abril de 1986 en dicha ciudad, capital de la Provincia de Río Negro.

¹⁰⁹ De trasladar la Capital a Viedma-Carmen de Patagones, marchando al sur, al frío y al mar, y que formaba parte de otras iniciativas para profundizar nuestro federalismo, donde también se incluía una reforma constitucional. *Cfr. Elva Roulet, ob. cit.*, p. 53.

Por ello proponemos nuevamente el traslado de la Capital, en base a los argumentos de tipo histórico, político, económico y social que hemos expuesto en este aporte -al analizar la realidad nacional-, a los que se suman los provenientes de la doctrina del federalismo y del derecho comparado que hemos mencionado.

Consideramos imprescindible y urgente descentralizar y desconcentrar el país, con una enérgica voluntad política para cumplir el proyecto federal de la Constitución y mejorar nuestro ordenamiento territorial.

Habrá que discutir nuevamente el futuro emplazamiento de la Capital, en base a criterios estratégicos e interdisciplinarios.

Sostengo que el asiento de las autoridades federales debe ser en **una ciudad modesta**¹¹⁰, lo más alejada posible de los intereses corporativos, para que primen las virtudes republicanas, democráticas y federales y se pueda pensar en grande el destino de nuestra Nación¹¹¹.

La actual Ciudad Autónoma de Buenos tiene sus problemas institucionales resueltos por la reforma constitucional de 1994 y gozará seguramente en el futuro de su autonomía plena, como otro miembro más de nuestra Federación¹¹².

Al finalizar la exposición de las 20 propuestas, abogamos nuevamente, por el ejercicio de una política arquitectónica, que nos permita cambiar esta realidad deprimente del centralismo, la decadencia y la anomia en que nos encontramos. Para ello, habrá que apelar a los mejores ejemplos de nuestra historia que nos permitan producir esta verdadera reconstrucción de nuestros valores cívicos, para consolidar el proyecto republicano, federal y democrático de nuestra Constitución Nacional.

¹¹⁰ Así lo sostuvo Félix Luna en su obra ya citada, *Buenos Aires y el país*, Sudamericana, Buenos Aires, 1982.

¹¹¹ Ezequiel Martínez Estrada expresó una muy crítica opinión sobre la Ciudad de Buenos Aires como Capital Federal: "...Las provincias han creído que Buenos Aires, como sede de las autoridades nacionales, era el punto supremo de la aspiración de todos, mientras que Buenos Aires procedió con esos aportes sagrados con un criterio no sólo unitario sino verdaderamente municipal. Se engrandeció, se embelleció, se fortificó, más exclusivamente como urbe y no como Capital Federal". (Cfr. "La cabeza de Goliath", Buenos Aires, 1940, p. 31).

¹¹² La Convención Constituyente distinguió los dos temas: el de la Ciudad Autónoma de Buenos y el de la Capital Federal. Por tanto, si dejara de ser la Ciudad Autónoma la sede de las autoridades federales, mantendrá el status constitucional ya reconocido. Véase nuestra obra ya citada, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Cap. V.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en Latinoamérica y su errada construcción desde el habeas data

Eligio Rodríguez Marcano

*Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (Guayana)
Director de la Escuela de Derecho (UCAB Guayana)*

Resumen: *El artículo se refiere al desarrollo en el ámbito latinoamericano del derecho a la protección de datos de carácter personal, desde la figura del habeas data, lo que ha reducido pragmáticamente su contenido al acceso de la información o al acceso a la información pública.*

Palabras Clave: *Derecho a la protección de datos personales. Derecho de acceso a la información. Habeas data.*

Abstract: *The article analyses the development of the right to protection of personal data in Latin America, from the perspective of the habeas data recourse, which has reduced pragmatically its content to the access to information or access to public information.*

Key words: *Right to personal data protection. Right to Access to Information. Habeas data.*

SUMARIO

- I. PRELIMINARES
- II. LA VISIÓN DE LATINOAMÉRICA ANTE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
- III. LATINOAMÉRICA POSEE UNA VISIÓN PRAGMÁTICA ANTE EL AUGE E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA Y SU RESPUESTA HA SIDO EL *HABEAS DATA*
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINARES

El derecho a la protección de datos de carácter personal se entiende como un verdadero derecho fundamental, autónomo, que se traduce en una potestad/poder de control y disposición sobre los datos personales, y se compone de un conjunto de facultades que se otorgan a los ciudadanos, para que ellos puedan decidir a quién o quiénes les proporcionará información -independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares-, estableciéndoles cuáles puede recoger, manteniendo siempre, el seguimiento de su uso y finalidad. Ese control permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, además de permitir el

derecho a oponerse a su posesión y su uso, e incluso a su indemnización, utilizando para ello las acciones judiciales y extrajudiciales¹.

Esa visión nace originalmente en Norteamérica y luego se traslada a Europa, donde se tiene un camino recorrido y una experiencia digna de importar y aprender, especialmente ante la manera como se ha entendido la progresividad de los derechos fundamentales y su incorporación y la regulación a niveles incluso comunitario².

¹ Este concepto nace de la sentencia 292/2000, del 30 de noviembre, a través de la cual el Tribunal Constitucional Español resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, esto es, ante la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Además, como bien lo afirma Serrano Pérez, M. M, en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson, Madrid, 2003, pp. 176-177, se trata del "... derecho a controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal".

Este derecho se reconoce por primera vez en Venezuela, a través de la sentencia 1318, del 4 de agosto de 2011, en el caso *GERMÁN JOSÉ MUNDARAIN HERNÁNDEZ* (como Defensor del Pueblo). Aquí se plantea lo que se hemos denominado, la visión integradora de la Sala Constitucional y lo que se asume como una oportunidad de articulación de las dos posiciones desde el mismo Tribunal.

En el presente caso, conoce la Sala Constitucional de un recurso de nulidad contra el Decreto Nro. 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. De esta manera, el Defensor del Pueblo delata que las instituciones financieras, por vía del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y con base a los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, del 26 de junio de 1998, vulneraban los artículos 28 y 60 de la Constitución.

² Como bien lo señala Serrano Pérez, M. M, en la citada obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* en su p. 29, el concepto aparece por primera vez bajo el esquema del derecho a la protección ante la informática y específicamente frente al poder de intromisión que para la época tenía la prensa en los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo fue escrito por Warren, S. y Brandeis, L, denominado: "The Right to Privacy", publicado en *Harvard Law Review*, Vol IV, Nro. 5, Año 1890-1891, p. 193 a la 220, el cual se encuentra traducido al español, en una edición a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. obra denominada, *El derecho a la intimidad*", de Civitas, Madrid, 1995.

Merece la pena, además, referir el comentario de Piñar Mañas, J. L, en la obra *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos. Legislación de Protección de Datos*. Iustel. Madrid 2008, p. 18, en el que se indica: "Sin perjuicio de construcciones doctrinales anteriores, entre las que destacan sin duda alguna Cooley, T. que en 1888 habló ya de "the right to be alone" y el tantas veces citado (que no siempre leído) artículo de Warren y Brandeis "The Right to Privacy", lo cierto es que hasta la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo no se sientan las bases del derecho a la protección de datos tal como hoy la entendemos".

Véanse además: Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre), p. 21; y

Rebollo Delgado L. en su libro: *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008, p. 34, quien opina que a pesar de la existencia de disposiciones jurídicas de protección, el asunto Warren y Brandeis de 1890 en los Estados Unidos, "...configura un nuevo derecho que pasará en primer lugar a formar parte del ordenamiento norteamericano a través de la jurisprudencia. Con posterioridad dará el salto a las declaraciones internacionales de derechos, para poco después pasar a los textos constitucionales, fundamentalmente a los europeos."

Ahora bien, Latinoamérica a diferencia de Europa, ha querido dar una justificación procesal a un asunto netamente constitucional (a lo cual se ha sumado Venezuela)³, siendo el centro no el derecho a la libertad informática, o como también se conoce “la autodeterminación informativa”, o el derecho a la protección de datos de carácter personal -denominación que nos parece la más acertada-, sino que como señala Puccinelli, el proceso de reformas o adaptaciones constitucionales van a definir dos versiones principales en función del “...*habeas data*: aquella que se ocupará de otorgar una garantía procesal al derecho a la autodeterminación informativa (*habeas data* propio o tradicional) y aquella que pretenderá garantizar el acceso a la información pública (*habeas data* impropio)”⁴.

Por esa razón, en los años ochenta, Argentina, Colombia y Chile, desarrollaron los primeros proyectos, para atender la situación e influencia de la informática, tomando como base las regulaciones que desde Europa se habían gestado⁵.

Esas iniciativas aunque no implicaron disposiciones concretas y efectivas, dieron inicio a la discusión regional, a la creación de una conciencia de protección necesaria y a la búsqueda de soluciones jurídicas, toda vez, que la realidad tecnológica y su utilización, habían “...facilitado las persecuciones adelantadas por las recientes dictaduras en el subcontinente”⁶.

De modo que -como ya fue señalado- el punto de partida es la década de los ochenta, y con ellos la llamada “redemocratización”, esto es, la reforma de gran parte de las constituciones de los países latinoamericanos, las cuales procuraron una mayor tutela de los derechos fundamentales, la buena marcha de las instituciones y la fortaleza de sistema democrático⁷.

En ese proceso de incorporaciones, y nuevos derechos y garantías -en el caso que ocupa-, se toman como referencias centrales a Portugal y España, pues son los primeros en regular la materia a nivel Europeo. Luego, los países latinoamericanos colocan su rasgo autóctono, al tratar de establecer mecanismos de protección del derecho a la protección de datos de carácter personal y configurar el hoy conocido *habeas data*⁸.

³ Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal. Prefiriendo las Constituciones latinoamericanas incorporar las figuras del *habeas data* con énfasis en el control sobre el acceso a la información, el cual constituye el contenido esencial del llamado “derecho”, con lo cual se reduce y suplanta el verdadero derecho.

⁴ O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 193. De acuerdo al autor, la frase *Indoiberoamérica*, corresponde a la expresión tomada de Pablo Lucas Verdú, en reemplazo del término Iberoamérica, como una expresión más justa y acabada de la realidad, p. 22.

⁵ C. Correa, *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho (Aportes de doctrina internacional*, vol. 2). Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 17.

⁶ O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica*...p. 193.

⁷ *Ídem*.

⁸ O. Puccinelli, “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de *habeas data* en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos).” *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México, 2004, p. 97.

Es importante acotar que el término *habeas* en la doctrina se utiliza de manera indistinta tanto con acento, como sin acento, aunque se prefiere la última opción.

De esta manera, las referencias o constantes están enfocadas especialmente sobre dicha garantía, que luego se confunde con el propio derecho a la protección de datos de carácter personal. Es así, que tanto en el seno constitucional, doctrinal y legislativo, su incorporación es reciente, permitiendo que se mantenga bajo confusión y oscuridad dicha figura y se estudie desde el llamado *habeas data*⁹.

Bien tiene razón Pérez Luño cuando se refiere a la seguridad jurídica, al hablar del Estado de Derecho y dentro de ello al utilizar el término de “inflación normativa”, donde sostiene que “El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos”¹⁰.

En todo caso, somos de la opinión que el *habeas data* es sólo una garantía judicial, un mecanismo de protección, cuyo fin es permitir la plena vigencia del derecho a la protección de datos de carácter personal, por lo que no debe confundirse con el derecho, ni con las facultades que nacen de él (acceso, la actualización, rectificación o cancelación), sino que como vía procesal hará posible la materialización de aquel.

Las siguientes consideraciones, constituyen un acercamiento a lo que se ha denominado la justificación de Latinoamérica para tomar el camino del *habeas data* bajo una visión distinta del derecho a la protección de datos personales. Se trata de un acercamiento a comprender el amplio y complejo mundo de la informática, de nuestra realidad y reacción y principalmente ante la diversidad de nuestros países.

II. LA VISIÓN DE LATINOAMÉRICA ANTE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. *Primera razón: La inestabilidad política y jurídica de la región*

Latinoamérica no puede verse bajo la tradición “arraigada” en materia de protección de datos a diferencia de Europa, y ello -no cabe duda- tiene visos y antecedentes en la marcada inestabilidad que se plantea en la mayoría de sus países, ante las muchas y actuales dictaduras que han atentado y atentan contra la eficaz protección de los derechos y libertades fundamentales, que además requieren y claman los regímenes democráticos¹¹.

De manera que, al revisar el pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, que además nace con nuestra emancipación, podemos encontrar algunas pistas que ratifican la

⁹ Principalmente a partir de los años 1988, con la Constitución de Brasil. Así mismo, el Estado Colombiano, ha asumido la figura del *habeas data* como un derecho autónomo, como lo ha expresado la Corte Constitucional en las sentencias: T-414/92, T-480/92, T-486/92, T-008/93, T-022/93, T-110/93, C-114/93, T-160/93, T-220/93, T-296/93, T-303/93, T-354/93, T-359/93, T-389/93, T-459/93, T-460/93, SU.528/93, S.V. SU.528/93, T-127/94, T-157/94, T-164/94, T-094/95, T-096A/95, T-097/95, T-199/95, entre otras.

¹⁰ A. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*. (2da edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona. 1994, p. 64.

¹¹ Véase F. Argüello Téllez, *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*, en el artículo: “Protección de datos personales: La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”. Editorial Tirant Lo Blanch, Agencia de Protección de Datos Valencia-España, 2006, p. 80.

enorme turbulencia que ha vivido Latinoamérica en la consolidación de las hoy llamadas democracias, y que tienen origen en la construcción de su pensamiento político, donde es ineludible escapar de nuestros ideales, un rotundo pragmatismo y un desbordado autoritarismo (que se mantienen incluso hasta el siglo XXI). Ello se puede expresar así:

“El contenido lo fijó la realidad misma, la nueva realidad que se empezó a constituir al día siguiente del colapso de la autoridad colonial. Entonces empezó la contradicción, cuya expresión fueron las guerras civiles, los vagos movimientos sociales, las controversias constitucionales, las luchas de poder, siempre movidas por el juego indisoluble entre las ambiciones de grupos o personas y las encontradas concepciones sobre las finalidades de la acción y las formas alcanzadas...” porque además “...frente al constitucionalismo, se fue delineando poco a poco una mentalidad política pragmática que debía terminar justificando la dictadura de quien tuviera fuerza y autoridad para asegurar el orden y la paz resolviendo autoritariamente los conflictos concretos surgidos de los intereses y las expectativas de pugna...”¹².

Esa experiencia y pensamiento político ha marcado a Latinoamérica, convirtiéndola en una región que llegó tarde a la democracia y que se ha construido bajo constituciones relativamente recientes, configurándose en una suerte de sistemas jurídicos de avance y de retrocesos, que son obstáculos permanentes en la plena vigencia de los derechos fundamentales -incluso para el siglo XXI-.

Así lo expone Brewer Carías, al aludir al contexto actual de la Venezuela de hoy, expresando con vehemencia las violaciones actuales al orden constitucional, luego del proceso electoral y político de 1999.¹³

Ello, sin lugar a dudas ha permitido que la historia de progresividad de los derechos fundamentales -aunque plasmada en la Constitución- sea tardía; bajo la influencia de las reformas, enmiendas y constituciones tras constituciones, caudillos tras caudillos, todo lo que ha conllevado a la poca profundización a nivel constitucional, legislativo, doctrinal y jurisprudencial.¹⁴

¹² El pensamiento político que se gesta en Latinoamérica, lo podemos revisar en el prólogo elaborado por J.L. Romero, en la obra *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas. 1977, p. X y ss.

¹³ Véase el discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario, Parainfo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002, en la obra de A. Brewer-Carías, *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2004, p. 19 y 20.

También puede verse el artículo “Reflexión crítica de la Constitución de 1999” de A. Brewer-Carías, *Revista de Derecho Público*. N° 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2000, p. 7 y ss. Aquí se afirma el llamado populismo, autoritarismo y estatismo insolente.

Además la *Revista Derecho y sociedad de los estudiantes de derecho de la Universidad Monteávila*. En el artículo: “Venezuela: historia y crisis política” de A. Brewer-Carías, Caracas 2001. p. 217 y ss. Aquí el autor hace una revisión desde la gesta independentista hasta llegar a nuestros días, afirmando que: “El militarismo, así, marcó a nuestro país desde la independencia durante todo el siglo XIX y ha estado presente hasta nuestros días...”

Véase la obra: *Temas Constitucionales* (véase el artículo de A. Brewer-Carías, “El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional”. Fundación de Estudios Administrativos. Caracas 2001, p. 13 y ss.

¹⁴ De hecho, en el caso venezolano, aun con la existencia del artículo 50 (o cláusula abierta de derechos humanos) en la Constitución de 1961, no es sino hasta el año 1999, cuando en la nueva Consti-

Sin embargo, no se trata del contexto venezolano solamente, ni del siglo pasado, sino que se trata incluso de este siglo y de los países del hemisferio americano que han visto toda esa lucha entre el poder y el esquema constitucional, lo que ha marcado su realidad actual. Esa lucha es reciente, así como, sus constituciones, por lo que ese tiempo de puja nos ha dejado con ciertas deficiencias visuales.¹⁵

De modo que, la realidad política, el pensamiento político gestado, la visión autoritaria y sumado a ello los cambios “dinámicos” vividos en el seno constitucional, no han permitido reflexionar sobre el verdadero papel, desarrollo y alcance de los derechos fundamentales, y mucho menos de los nuevos derechos fundamentales (en los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales), por la ruptura constitucional, las reformas constantes a las constituciones, además de pretender que a través de las leyes se resuelvan los problemas en los países.¹⁶

Así mismo, a todo este esquema de ilusiones y desilusiones que vive Latinoamérica, en la búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales, se debe sumar las palabras de Vanossi, quien agrega consecuencias ante la crisis política, constitucional y que generan mayor atención ante el enfoque de la crisis que se tiene que afrontar, especialmente al referirse a:

“La diferencia que hay cuando uno estudia los repertorios o los anuales en materia de protección de derechos humanos, entre los casos que registran en Europa o en algunas partes del continente americano como en EE.UU. o Canadá, y el equivalente a los casos que se registran en nuestra castigada América Latina es una diferencia palmaria. Los europeos están en una protección muy sofisticada porque los casos que se registran allí son de lesiones milimétricas y están originados en verdaderas exquisiteces que han ido elaborando en torno a la

tución se plantea el abuso ante la informática (en el artículo 60) y se plantea el “llamado *habeas data*” en el artículo 28.

¹⁵ D. Valadés, *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, N° 41). UNAM, México 2002, p. 28 y 29. Afirma el autor que:

“Delos dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, doce han adoptado Constituciones enteramente nuevas entre 1980 y 1999. En esta situación Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Otras Constituciones, como es el caso de la boliviana, la costarricense, la ecuatoriana, la mexicana y la uruguaya, por ejemplo, han sido objeto de importantes reformas, e incluso algunas de las adoptadas en ese periodo de quince años han experimentado ya algunas modificaciones, como ocurrió en 1993 con la de Guatemala, y entre 1984 y 1991 con la hondureña.

Como se puede apreciar, el ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido dinámico. Una de las razones para que haya ocurrido así ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas democráticos estables. Eso explica que entre los cinco países que no han modificado su Constitución figuren Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. En este país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida temporalmente por un gobierno militar, pero quedó restablecida a partir de 1985. En el caso de Venezuela, su Constitución de 1961 coincide con la conclusión de los regímenes de facto y el restablecimiento de la democracia y la de 1999 con una crisis política de gran escala, que es característico entre otras cosas por la derrota electoral de los partidos tradicionales.”

¹⁶ Es el caso que hoy autores como Brewer-Carías, hablan de términos “Derecho a la Constitución”, o el “Derecho a la Democracia”, desde los países Latinoamericanos, como fórmulas de vigencia y supremacía de la Constitución. Véase *Nuevas tendencias: Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. (Directores Cuarezma Terán, S. y Luciano Pichardo, R.). En el artículo de A. Brewer-Carías, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.” INEJ, Bogotá 2011, p. 73-94

doctrina y la protección de la persona humana [...] En América Latina tenemos situaciones macro, en las cuales las lesiones a los derechos humanos suelen aparecer en una dimensión cualitativa y cuantitativamente poderosa...”¹⁷.

Además de la variabilidad constitucional lo consecuente es el pragmatismo, propio de los países Latinoamericanos (el llamado “remedio”), donde el abuso del autoritarismo ha llevado a que se trate de establecer un nuevo constitucionalismo¹⁸ o como menciona Puccinelli se trata de la “redemocratización” de la mayoría de los países indoiberoamericanos¹⁹, y en ellas, la incorporación de nuevas formas, con el fin de hacer frente ante la posible ruptura del hilo constitucional.

Lo que se pretende decir, es que existe en Latinoamérica una visión distinta sobre el derecho a la protección de datos y su cultura, lamentablemente antela poca vigencia de nuestras democracias y constituciones, así como, por la atención que nuestros países han tenido que mantener ante los constantes choques y pugnas políticas, y falta de continuidad constitucionalidad ante la lucha por el poder (unos con mayor y otros con menor grado), todo ha permitido nuestra llegada tardía a la progresividad de los derechos fundamentales

En ese orden, ante la inestabilidad política y jurídica, no puede caber en Latinoamérica –ni frente a los derechos fundamentales y mucho menos ante el derecho a la protección de datos- una revisión sobre antecedente jurisprudenciales, doctrinales, sino constitucionales y legislativos que han marcado su existencia y apreciación, y que nacen a partir de las incorporaciones espasmódicas, apresuradas o incompletas y que se van nutriendo por el lento desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos en la región, cuya génesis no es la nueva visión de la libertad, sino la búsqueda y salida (que se describe en acceso) ante el poder y el uso y abuso de la informática. A ello, se debe agregar la falta de acuerdos internacionales, de unificación de criterios en el continente, que -como se verá a continuación- limita aun más nuestra visión ante el nuevo derecho.

2. *Segunda razón: La inexistencia de tratados internacionales regionales, que regulen y unifiquen la visión del derecho a la protección de datos personales de carácter personal*

Además, del contexto político y constitucional, que han retrasado la incorporación del derecho o su evolución y comprensión, lo segundo tiene que ver con la inexistencia en Lati-

¹⁷ J. Vanossi, “El *habeas data*: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho* del 13/9/94 159-940.

¹⁸ Incluso siguiendo el planteamiento de F. Argüello Téllez. En la citada obra. Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica... p. 69. “...se hace necesario adoptar medidas que permitan alcanzar el máximo nivel de aprovechamiento para la región, garantizando el respeto a los derechos humanos fundamentales”. También en la páginas 80 y 81, el mismo autor expresa que el *habeas data*: “...fue concebida como un remedio constitucional contra los abusos de poder e ilegalidades cometidas por servidores o agentes públicos, relacionadas en especial a las informaciones y datos relativos a los administrados.

[...]

“Una de las razones fundamentales para que América Latina se hubiere decidido por adoptar este mecanismo de protección y no seguir el modelo Europeo, son los costos económicos implícitos que conlleva la adopción de una Ley General de Protección de datos al estilo de la Directiva Comunitaria”.

¹⁹ O. Puccinelli. *El habeas data en Indoiberoamérica*...p. 193.

noamérica de tratados internacionales de protección de datos²⁰, mediante el cual se pueda establecer el contenido esencial, los principios que puedan plantearse para el tratamiento de los mismos y los mecanismos de protección y además pueda servir de marco referencial o modelos para los países con incidencia en las legislaciones nacionales²¹.

Sin embargo, desde la óptica política se ha tratado de avanzar y hacer un reconocimiento internacional del nuevo derecho a la protección de datos personales. Un ejemplo reciente es la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (derivada de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y Gobiernos, donde participaron 21 países Iberoamericanos,) en la cual se expresó que:

“45.... la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad”²².

Dicha Red Iberoamericana de Protección de Datos, puede apreciarse como una respuesta a la “...necesidad de fomentar, mantener y fortalecer un estrecho y constante intercambio de información, experiencia y conocimiento entre los Países Iberoamericanos, a través del diálogo y colaboración en materia de protección de datos de carácter personal.” De manera que constituye una oportunidad para que los países iberoamericanos postulen proyectos relativos a la materia. Así mismo, sus objetivos y la organización de la Red, se encuentran descritos en el Reglamento, aprobado en Cartagena de Indias, Colombia, los días 27 al 30 de mayo de 2008, en el marco del VI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos²³.

De manera que, a pesar de los altibajos latinoamericanos, y el escaso fundamento regional, se han dado pasos de avance desde el contexto de los países Iberoamericanos—integrando la experiencia de España y Portugal— a los fines de unificar y comprender la existencia del derecho, pero sobre todo entender cómo la informática cruza fronteras, impacta nuestras

²⁰ N. Remolina Angarita. *Quaestiones Disputatae 2* (Artículo: “Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet”). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2012. p. 179 y ss.

²¹ Como son los casos del Consejo de Europa (Convenio 108), o el caso de la Unión Europea y las Directivas del Parlamento y el Consejo.

²² Celebrada en fecha 15 de noviembre de 2003, la cual se encuentra publicada en la Pág. Oficial de la Red Iberoamericana (www.redipd.org/reuniones/xxii-cumbre-iberoamericana-ides-idphp.php). Revisada el 26 de enero de 2015.

Véase también, la obra J. L. Piñar Mañas. *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2006. pp. 17 y 18. Véase además la obra cita. Remolina Angarita, N. *Quaestiones Disputatae 2*.... p. 204.

²³ Puede verse su historia en la página Oficial de la Red, a través de la siguiente dirección: http://www.redipd.org/la_red/Historia/index-ides-idphp.php

Revisada el 26 de enero de 2015.

Además se encuentra constituida por 22 países, en ellos están: Principado de Andorra, República Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa del Brasil, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, República del Ecuador, República de El Salvador, Reino de España, República de Guatemala, República de Haití, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, República del Perú, República Portuguesa, República Dominicana, República Oriental del Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela.

vidas e influye y vulnera nuestros derechos fundamentales, principalmente al ser palpable en la mayoría de los países, la construcción -de manera aislada- del derecho o de su garantía, especialmente antela aprobación de distintos dispositivos internos. Por eso, no es descabellada la tarea de afinar criterios y esfuerzos que permitan tratar de regular la informática y todo el espectro que comprende (internet, firmas electrónicas, o las telecomunicaciones)²⁴.

Así mismo, en el contexto de la Organización de Estado Americanos (OEA), también se están desarrollando tareas que pretenden expresar la necesidad de legislar sobre el tema, unificar los criterios y emprender acciones mancomunadas, en la vía de asegurar -en la diferencia- un mismo fin, “la protección”.

Ello lo expresó la Asamblea General de la OEA, donde además de considerar “[...] ... la creciente importancia de la privacidad y la protección de datos personales, así como la necesidad de fomentar y proteger el flujo transfronterizo de información en las Américas”; se permitió encomendar “... al Comité Jurídico Interamericano que, antes del cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General...”, presentara “...un documento de principios de privacidad y protección de datos personales en las Américas...”²⁵.

Frente a ese panorama: “La Unión Europea ha asumido el Liderazgo en cuanto a protección de datos se refiere, esto le implica jugar un papel proactivo en su desarrollo. Terceros países alrededor del mundo están siguiendo su modelo; pero su adopción no implica sólo un corta y pega de la normativa, sino compartir experiencias, evaluar su aplicación y adecuarla a las realidades de cada país o región”²⁶.

En todo caso, no existe -hasta la fecha- ningún tratado Latinoamericano sobre la protección de datos de carácter personal, sino posiciones políticas o intenciones, que no han podido concretarse y que marquen un camino a la uniformidad regional. Europa, tanto en el seno del Consejo de Europa, como en el de la Unión Europea ha marcado un cauce desde el contexto internacional que claramente ha permitido la uniformidad y han planteado el reto interno en cada país para asumir, modificar o ampliar la visión sobre la materia (Convenio 108 y la Directivas del Parlamento y el Consejo). Anclas importantes y ejemplos necesarios que tiene que apreciar Latinoamérica y que han marcado sus diferencias con Europa, pero que además tiene aún la posibilidad de desarrollar²⁷.

3. *Tercera razón: La incorporación aislada de disposiciones constitucionales y legales que tratan de hacer frente a la informática*

Si se observa el panorama Latinoamericano, encontraremos que existen algunas diferencias, entre aquellos que han previsto constitucionalmente el peligro que configura la informática -en la misma idea de los países Europeos-, tal vez incluso sin preverlo que ello representaría hoy en día.

²⁴ En el caso de Venezuela, incluso sin ley de Protección de Datos o *habeas data*, se ha legislado en Telecomunicaciones, firmas electrónicas, entre otras. Lo cual es recurrente en la legislación Latinoamericana.

²⁵ Cuadragésimo Primer Período Ordinario de Sesiones, 5 al 7 de junio de 2011, en San Salvador, El Salvador. OEA/Ser. P. AG/doc. 5176/11, 26 de mayo de 2011.

²⁶ Véase F. Argüello Téllez. *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica...* p. 80

²⁷ Aunque como se ha afirmado, ello significa voluntad política puesta en acción y un costo económico que deben estar los países dispuestos a afrontar.

En este grupo se encuentra Venezuela, cuando dispone en la Constitución de 1999, que: “La ley limitará el uso de la informática...”²⁸ El otro país en la misma tendencia es Perú. Su Constitución en el artículo 2.6 expresa que “Toda persona tiene derecho: [...] 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”²⁹.

Otros países, han configurado el derecho a conocer sobre sus datos, banco de datos y las facultades derivadas, son los casos de Argentina en su Constitución de 1994, se dispuso en el Artículo 43 que: “(...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.” También el caso de Brasil que en la Constitución de 1988, establece en el Artículo 5 que: “LXXII se concederá “*habeas data*”: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo (...)” Se agrega el caso de Nicaragua que en la Constitución de 1987, en su Artículo 26, establece que: “Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo; (...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información. Guatemala por su parte en la Constitución de 1985, expresa en su artículo 31, que: “Acceso a archivos y registros estatales, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos”. Y Colombia, en su artículo 15, de la Constitución de 1991, establece que: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.” En todas ellas, se establecen la figura -de manera directa o indirecta- del *habeas data*.

En todo caso, las previsiones se encuentran regadas dentro de las propias constituciones Latinoamericanas, además de establecer normativas dispersas dentro de los ordenamientos internos, donde es reconocido el derecho o la garantía.³⁰

²⁸ Se trata del artículo 60, el cual comprende una redacción idéntica al artículo 18.4 de la Constitución Española.

²⁹ Es el caso de la Constitución de 1993.

³⁰ A. García González. En el artículo: “La protección de datos. Derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado.” Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XL, N° 120, septiembre-diciembre 2007, México, p. 759.

Se puede agregar, que tampoco han sido los Tribunales Constitucionales, las Salas o Cortes Constitucionales de los Tribunales o Cortes Supremas de Justicia los que han establecido el nuevo derecho fundamental, abocándose principalmente a tramitar los recursos de *habeas data*.

De manera que, si se hace una revisión por décadas, los primeros antecedentes en la constitucionalización del derecho fundamental a la protección de datos -o por lo menos las primeras referencias relacionadas con el derecho- se presentan en la década de los años 80. Los primeros países en asumir dichas disposiciones fueron Guatemala, en 1985, luego Nicaragua en 1987 y luego le siguió Brasil en 1988. Una segunda etapa se plantea con seis países que hacen dicha incorporación en la década de los años 90. Es el caso de Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Ecuador y Venezuela. Posteriormente, en una tercera etapa o a partir del 2000 cuatro países hacen lo propio: Bolivia, Honduras, México y República Dominicana. Las nuevas adaptaciones son la de República Dominicana con una reforma en el 2010 y México en 2008 y 2009³¹.

En ese orden y dirección, si bien existen algunas tendencias hacia el derecho a la protección de datos, como tal, la asociación frente a su garantía es y representa el mayor énfasis o eje central del desarrollo legislativo en el ya nombrado “*habeas data*”, llegando a confundirlo o colocarlo al mismo nivel del derecho a la libertad informática o derecho fundamental a la protección de datos, lo cual dificulta el estudio³².

Otro aspecto que merece comentario, tiene que ver con la vinculación que podemos vislumbrar desde las constituciones y las leyes generales o reglamentarias, con el derecho a la intimidad o vida privada (o esa llamada concepción pre informática de Lucas Murillo)³³. Es decir, notamos en las disposiciones Latinoamérica -constitucionales o legales- un acercamiento al *habeas data*, entendiéndolo como aquel que se configura para hacer frente a toda agresión o afcción del bien jurídico tutelado que se asume que es la intimidad.

De hecho, la mayoría de la doctrina Latinoamericana, toma como punto de referencia principal la concepción dada por Pérez Luño y así se evidencia en sus constituciones³⁴. Se puede, por tanto ver algunas de esas concepciones así:

Ekmekdjian y Pizzolo por ejemplo, afirman que “...la “protección de datos” (4) no ha sido imaginada para proteger a los datos *per se*, sino a su fundamento, que es la protección de una parte sustancial del derecho a la intimidad: la que se refiere a la información individual”³⁵.

³¹ *Obra Cit.* N. Remolina Angarita. *Quaestiones Disputatae*.... pp. 205 y 206.

³² Aunque, como afirma T. E. Frosini en la *obra cit.* *Nuevas tecnologías y constitucionalismo*... p. 135. “se ha confirmado el *Habeas data costituzionale*, como garantía jurisdiccional del derecho público latinoamericano...”. Sin embargo, al referirse al caso de Brasil, nos habla del derecho constitucional de *habeas data*, de acuerdo al artículo 135 de la Constitución de 1988, y en el caso venezolano lo asume desde la óptica del término “derecho informático”, al referirse al artículo 28 de la Constitución de 1999.

³³ Véase *obra cit.* Lucas Murillo de la Cueva, “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”. Col. 43 *Cuadernos y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993, p. 27 y ss.

³⁴ Visión que inicialmente asumió éste autor y que posteriormente abandonó. Véase O. Puccinelli. El *habeas data* en Indoiberoamérica. pp. 80 y 81

También R. Ortíz Ortíz. *Habeas data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Frónesis. Caracas 2001, pp. 110 y 111.

Además de C. Colautti. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 1999, p. 232 y ss.

³⁵ *Obra cit.* M. A. Ekmekdjian y C. Pizzolo. *Habeas data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... pp. 5 y 6.

Pierini, Lorences y Tornabene por su parte sostienen que “Se encuentran íntimamente conectados la legitimación activa, los derechos personalísimos y la intimidad de una persona, siendo ésta generalmente la afectada por el contenido de los datos [...] El *habeas data* tiene una finalidad muy específica: otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad...”³⁶.

Gozáini también se pronuncia y establece que al hablar de la intimidad plantea que se trata de “...dos caras del derecho: una positiva, que se refiere a la garantía de contar con un instrumento procesal de resguardo contra la intromisión indiscriminada, y otra de tipo negativa, que impide capturar datos sin la autorización de quien resulta afectado. [...] Bajo esa concepción, expresa que “...el *habeas data* protege dicho derecho a la ocultación, que es una de las ramificaciones importantes en el derecho a la intimidad...”³⁷.

Quiroga Lavié sostiene que el *habeas data* es una garantía “que tutela el derecho a la intimidad, variable fundamental de la dignidad humana”³⁸.

Ortiz Ortiz al manejar una doble concepción del *habeas data* (derecho y garantía), plantea que al referirse al *habeas data* como recurso judicial, éste es el encargado de lograr la “protección y tutela de los derechos fundamentales al control de la información, y la defensa de la intimidad, honor y reputación tanto de las personas naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de información o datos sobre ellas”³⁹.

En todo caso, aunque en el contexto europeo y especialmente en el Español, es Lucas Murillo, quien diferencia el derecho a la libertad informática y la intimidad, y de manera determinante ello se establece por el Tribunal Constitucional Español con posterioridad; en Latinoamérica son pocos los avances y la discusión doctrinal sobre el asunto, siendo escaso la revisión hacia la diferenciación (lo cual denota poca importancia), toda vez que la tendencia ha sido establecer una autonomía del *habeas data* como nuevo derecho, diferenciarlo o sustituir el derecho a la protección de datos de carácter personal (asumiendo al primero incluso como derecho y como garantía), bajo un modismo o renacimiento del llamado derecho procesal constitucional y que desde los años 80 invade a Latinoamérica como respuesta a los abusos de poder y la garantía de la constitución.

Es así como autores como Ortiz Ortiz, ante la posición establecida por Pellegrino (“quien indica que el “*habeas data* es un mecanismo de defensa contra los excesos del “*poder informativo*” y para tutelar el *derecho a la autodeterminación informativa*, no para tutelar otros derechos como los antes señalados por el fallo” -refiriéndose al honor, reputación y vida privada-⁴⁰), establece que:

³⁶ A. Pierini, V. Lorences, y M. Tornabene. *Hábeas data, derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires 1999. p. 283.

³⁷ O. Gozáini. *El derecho de amparo*. 2^{da} edición. Depalma, Buenos Aires 1998. pp. 235 -237.

³⁸ Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas data*. Zavalia, Buenos Aires 2001. p. 7.

³⁹ R. Ortiz Ortiz. *Habeas data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... p. 121.

⁴⁰ C. Pellegrino. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.” Tribunal Supremo de Justicia (Separata al libro *Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Colección Libros Homenaje Número 3*). Caracas 2001, p. 191. En todo caso, como veremos en la segunda justificación, nos separaremos de las diversas posiciones, incluyendo la de Ortiz Ortiz, y la de Pellegrino.

Sin embargo la autora desconoce que éste -refiriéndose al *habeas data*- ha sido el movimiento iberoamericano, como se señaló, pues en Brasil, lugar de origen ibérico de la institución, como en Argentina [...] conciben, efectivamente, el *habeas data* como un medio de protección de la intimidad o privacidad con motivo del abuso del poder informático...⁴¹

Es decir, claramente plantea Ortiz Ortiz una vertiente real Latinoamericana, y especialmente la evidencia que el camino fue atender la “procesalidad” del *habeas data*, su instrumentación y su posición de cara y ante el nuevo esquema concebido en el seno constitucional, denominado “Derecho Procesal Constitucional”, sin entrar en la diatriba si se trata de la extensión de la intimidad y la vida privada.

Se cree además, sin llegar a denigrar de Latinoamérica, pero sí lamentar nuestra realidad, que como lo resume Pérez Luño, cuando describe la realidad entre países avanzados que pueden y tienen condiciones para recoger información, almacenarla y distribuirla, mientras que los que no lo son “sólo pueden recibir y consumir informaciones [...] -y además agrega que-, “Esta circunstancia ha determinado que los países desarrollados mantengan una posición decidida a favor de una libertad ilimitada de intercambios de informaciones entre todos los países, mientras que los países subdesarrollados que carecen de una tecnología informática propia exigen que se reconozca la facultad de ejercer un control sobre los datos que puedan recogerse en su territorio”⁴².

Ello afirma, el por qué Latinoamérica tomó el camino del *habeas data*, en la vía de tratar de llevar al contexto constitucional ese reconocimiento y pretender con él contener los abusos ante el poder informático, que es la justificación y su visión única y principal (acceder ante sus datos y la búsqueda de su control), donde nota absoluta importancia las vías judiciales, como es el caso del *habeas data*. Se trata de una visión restringida que atendiendo a la progresividad de los derechos fundamentales, es posible que se pueda avanzar.

En la segunda justificación en la construcción del nuevo derecho de *habeas data* se puede apreciar cómo los procesalistas se han incorporado a la discusión, generando nuevas figuras y elevándolas a las constituciones, produciendo mayores confusiones entre constitucionalistas y procesalistas, apartándose así de la discusión principal.

IV. LATINOAMÉRICA POSEE UNA VISIÓN PRAGMÁTICA ANTE EL AUGE E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA Y SU RESPUESTA HA SIDO EL *HABEAS DATA*

1. *Primera razón: La incorporación de figuras procesales en el ámbito del Derecho Constitucional (Derecho Procesal Constitucional)*

Latinoamérica inicia a partir de 1988, todo un proceso de cambios constitucionales, en el cual la mayoría de las Constituciones, se enfilan en la llamada visión de la justicia constitucional⁴³, o la incorporación de garantías en el ámbito constitucional, lo cual ha permitido el híbrido entre las normas procesales y las normas constitucionales, procesalisándose -si se permite utilizar el término- el derecho constitucional, en la búsqueda de dar respuesta a la realidad social y en la vía de pretender hacer más eficaz las constituciones.

⁴¹ R. Ortiz Ortiz. *Habeas data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*... p. 111.

⁴² A. Pérez Luño. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos, Madrid 1984, p. 355.

⁴³ Ya señalada desde 1928 en Europa y luego rescatada en 1947 en América.

En ese orden, Alcalá Zamora, atribuye como fundador de dicha rama procesal, denominada “jurisdicción constitucional” a Kelsen⁴⁴, posición que va incluso a trascender al constitucionalismo de otros países (un ejemplo es el caso de España en 1931)⁴⁵.

Así lo ratifica Fix Zamudio en su artículo de la defensa de la constitución, con énfasis en las Américas, en 1968, donde se plantea, la existencia de dos categorías bien diferenciadas en el marco de la defensa de la Constitución, es decir, los medios de protección de la propia constitución y las garantías, asumiéndolas -las últimas- bajo un concepto técnico y jurídico. En el caso de la primera (protección de la constitución), indican que “tienen el objeto de lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder” (aquí están los medios de protección políticos, económicos, sociales y jurídicos); mientras que el segundo caso, “las garantías constitucionales”⁴⁶, la asume como los medios o instrumentos, o aquel sistema de carácter procesal que funciona subsidiariamente ante la protección constitucional, cuando la primera es insuficiente o con el objeto de evitar las extralimitaciones de los órganos del poder. A partir de allí utiliza -siguiendo a Kelsen- el término “Derecho Procesal Constitucional”, como el encargado del estudio de las garantías de la Constitución, con un carácter procesal, adjetivo y no sustantivas, que integran la llamada justicia constitucional⁴⁷.

De manera que, como indica Sagüés, “Es frecuente que ciertas instituciones procesales sean elevadas a reglas de derecho constitucional, cuando el constituyente formal o el derecho consuetudinario constitucional juzgan que son vitales para el desenvolvimiento de la vida social, [...] se trata de instituciones “procesales” que terminan “constitucionalizadas”. El mismo autor se refiere al derecho constitucional procesal como un “sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal e informal)”, pero además alude al término derecho procesal constitucional como una rama del derecho procesal que es principalmente “el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales”. En todo caso, y a los fines de complicar el asunto, distingue el autor que existen mutaciones y zonas comunes, en el entendido que puede ocurrir, que materias procesales sean incluidas al derecho constitucional, por lo que serán normas constitucionales, pero con naturaleza procesal. Pero existen otras, que poseen una realidad mixta, esto es, pertenecen un tramo al derecho procesal y otro al derecho constitucional (caso del *habeas corpus*)⁴⁸.

⁴⁴ Refiriéndose al trabajo titulado “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).” En *Revue de Droit Public*. 1928, pp. 197-257.

⁴⁵ N. Alcalá Zamora. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión. México, 2000, pp. 215 y 216.

⁴⁶ Después de partir de varias definiciones: como derechos constitucionales de las personas, las concebidas como institucionales, en sentido estricto y finalmente en sentido técnico, que sobre es que se basa la definición referida.

⁴⁷ H. Fix-Zamudio. *Boletín mexicano de derecho comparado* (“Introducción al estudio de la defensa de la Constitución.” N° 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición. UNAM. México, 1969, p. 108 y ss.

⁴⁸ Néstor P. Sagüés. *Derecho procesal constitucional (Recurso extraordinario)*. 4^{ta} ed. Astrea. Buenos Aires, 2002, pp. 1-5.

A criterio muy personal⁴⁹, lo expuesto anteriormente representa el punto de partida hacia el camino de incorporar en el marco de la mayoría de las constituciones latinoamericana las figuras como el amparo, luego el *habeas corpus* y finalmente el *habeas data*, enmarcado en la conceptualización procesal en el ámbito constitucional y desarrollar a partir de allí una llamada justicia constitucional o mecanismos de vigencia y protección.

Como señala Gozaíni “El hábeas data es un proceso constitucional que se instala en la órbita del derecho de acceso a la justicia sin restricciones, salvando cuestiones de legitimación que en la especie son ineludibles por tratarse de afecciones de carácter personalísimo”⁵⁰.

De modo, que el camino tomado fue el procesal, se incluye y eleva al ámbito constitucional y representa el remedio procesal constitucional aceptable y necesario para hacer frente a los ataques, abuso de la informática o principalmente los detentores del poder, así como, la oportunidad de poder tener acceso a la información y -en lo posible- logra un control sobre la misma. Eso permite que Latinoamérica se sitúe en el camino del *habeas data* y no en el del derecho a la protección de datos personales.

2. *Segunda razón: Se asume el habeas data como un nuevo derecho o garantía, parte del Derecho Procesal Constitucional*

Como consecuencia del nuevo rumbo, se incorporan figuras procesales o garantías constitucionales como el *habeas data*, diferenciándose del *habeas corpus*, confundiendo con el amparo, y colocándose como derecho (incluso como derecho a la libertad informática o derecho de protección de datos de carácter personal, en Latinoamérica).

Sin embargo, no se trata de un camino fácil y mucho menos pacífico dentro de aquellos que se han esforzado por dar su posición y consideración. En ese orden, existe una gama de posturas y diversidad entre ellas. Algunos autores -primordialmente argentinos- indican que:

Ekmejdjian y Pizzolo establecen que “El *hábeas data* no tiene añeja o rancia prosapia. Es una de las garantías constitucionales más modernas [...] La acción de *hábeas data* se define como el derecho que asiste a toda persona -identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros -públicos o privados- en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación...”⁵¹.

Pierini, Lorences y Tornabene por su parte, indican que “La acción de *hábeas data* es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación”⁵².

⁴⁹ Y sin tratar de hacer un estudio detallado de autores, del término y de los avances.

⁵⁰ *Obra cit.* O. Gozaíni, O. *El derecho de amparo...* p. 250.

⁵¹ *Obra cit.* M.A. Ekmejdjian, y C. Pizzolo, *Habeas data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*... p. 1.

⁵² *Obra cit.* A. Pierini, V. Lorences, y M.I. Tornabene, *Hábeas data, derecho a la intimidad...* p. 17.

Como fue referido, Gozáini también se pronuncia e indica que “El *habeas data* es un proceso constitucional...”⁵³.

Quiroga Lavié sostiene que el *habeas data* “...no es una pureza aislada dentro del sistema de garantías. Es una herramienta más en el marco protector que vale, precisamente, en función de la mejora que puede producir en el marco del garantismo”⁵⁴.

En un nuevo sentido, Sagüés lo ha planteado como una sub-especie del amparo denominándolo “amparo informativo”. Considera que es el *habeas data* una nueva forma o posibilidad de ejercer el amparo, cuando lo que se persigue es “el acceso y modificación de ciertas fuentes de documentación, o al ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta...”⁵⁵.

En el caso de Venezuela, autores como Rondón, también asume esa postura, cuando afirma que “...El artículo 28 es constitutivo de una forma de amparo muy particular, el *habeas data*, que existe en el derecho brasileño, de donde lo copió nuestro constituyente...”⁵⁶.

En este orden de ideas, se puede citar a Zambrano, quien coloca al *habeas data* en varias facetas. Establece que se trata de una “garantía constitucional” y especialmente una “garantía de protección mediante recursos efectivos” y además, dentro de esa categoría, indica que corresponde a una especie de amparo constitucional -y así lo clasifica-, de acuerdo a la “naturaleza del derecho protegido”, por lo que concluye que se trata de una “acción de *habeas data*”⁵⁷.

Pellegrino por su parte, sostiene que “Uno de los aspectos más importantes de la adaptación del derecho a estas nuevas situaciones es el incipiente reconocimiento en los textos constitucionales de un nuevo derecho fundamental, el derecho a la autodeterminación informativa y el *habeas data* como medio de tutela. El derecho a la autodeterminación informativa se configura como un derecho fundamental de la persona humana, que reconoce a la persona la facultad de control sobre su propia información, y el *habeas data* que constituye una acción para salvaguardar la autodeterminación informativa.”⁵⁸

Por su parte, Brewer-Carías utiliza el término de acción, al indicar que “El artículo 28 de la Constitución de 1999, siguiendo la orientación de las Constituciones latinoamericanas recientes, estableció expresamente en Venezuela la acción de *habeas data*...” además de que para él forma parte del “derecho procesal constitucional”⁵⁹.

⁵³ *Obra cit.* O. Gozáini, *El derecho de amparo*... p. 250.

⁵⁴ *Obra cit.* H. Quiroga Lavié. *Habeas data*... 2001. p. 7.

⁵⁵ Néstor Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Astrea. Buenos Aires 1995. p. 652.

⁵⁶ H. Rondón. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999* (parte orgánica y sistemas). Ex Libris. Caracas 2001. p. 334.

⁵⁷ F. Zambrano. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, N° 2). Atenea, Caracas 2001, pp. 49 y 97.

⁵⁸ C. Pellegrino. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.”... pp. 210 y 211.

⁵⁹ A. Brewer-Carías. *Revista de Derecho Público*. N° 120 (octubre-diciembre 2009). (Artículo: “El proceso constitucional de las acciones de *habeas data* en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del derecho procesal constitucional”). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 185-191.

En todo caso, no se trata de una concepción determinada, porque como se observa se habla indistintamente de derecho, de garantía, de proceso o de acción. Por ello, como bien señala Puccinelli, "...en ocasiones se le otorga una naturaleza mixta (acción y derecho) y no se coincide, cuando se lo entiende como acción o proceso, respecto de si se trata de un tipo de amparo o de *habeas corpus*"⁶⁰.

Al apreciar tal consideración, existe oscuridad entre establecerlo como una acción o un proceso, pero además, genera grandes diferencias si se trata del binomio derecho y garantía⁶¹.

IV. CONCLUSIONES

Algunas ideas a modo de conclusiones que podemos exponer, ante lo expuesto por la mayoría de los autores referidos, tratando de incorporar algunos comentarios en el marco de establecer la radiografía latinoamericana, son:

- Latinoamérica posee una visión distinta en cuanto al nacimiento, vigencia, autonomía y desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, especialmente si se compara con Europa.
- Las Constituciones latinoamericanas han preferido incorporar la figura del *habeas data* con énfasis en el control sobre el acceso a la información, el cual constituye el contenido esencial del llamado "derecho".
- A pesar de lo anterior, no existe claridad si el *habeas data* es un derecho en sí, o una garantía, o si se trata de un proceso o una acción (tipo de amparo), o si es parte del derecho procesal constitucional.
- De aquellos que entienden al *habeas data* como un derecho, unos lo definen como el derecho a la libertad informática (entendido como el acceso a la información) y otros, lo entienden como el acceso, uso y finalidad de la información; frente a éstos, se encuentran los que lo conciben como un derecho instrumental, a través del cual se protege a otros derechos (intimidad).

Ahora bien, frente a las descritas consideraciones, no cabe duda que todas las vías tomadas por los diversos países y las conceptualizaciones mencionadas, permiten afirmar que todas niegan la existencia del nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal⁶², porque:

⁶⁰ Véase O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica...* p. 218.

⁶¹ Además, se puede apreciar una influencia importante del autor, por la posición que plantea Pérez Luño y el trinomio (Libertad informática, autodeterminación informativa y *habeas data*), que además le llevará a plantear su concepción.

Véase O. Puccinelli, *El habeas data en Indoiberoamérica...*p. 66 y ss.

También se puede seguir dicha posición en la *cit. Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1)... 2004... p. 93 y ss.

⁶² Bajo el seguimiento y las consideraciones basadas en la posición de Pérez Luño y ese trinomio de Libertad informativa, autodeterminación informativa y *habeas data*, -en Latinoamérica-, más que traer avances lo que ha generado es la desnaturalizado del derecho a la protección de datos personales, construyendo concepciones que anulan al propio derecho.

- a. Lo colocan bajo una visión restringida, al no tomar en cuenta el punto de partida o todo su contenido esencial que inicia con “el consentimiento”, que en palabras de Lucas Murillo, se trata de la “piedra angular” sobre la cual se va a cimentar el tratamiento de datos personales⁶³, contenido al cual se suman el conjunto de facultades que hacen posible el derecho⁶⁴, y que incluso lo diferencia de la intimidad y vida privada.

Existe, por tanto, una visión arraigada que solapa el derecho a la protección de datos de carácter personal por el *habeas data* y no aprecia que el derecho a la protección de datos representa más que el acceso a la información. Sin embargo, el *habeas data* es “una nueva situación jurídica [...] cualificada activamente por los derechos o facultades que aseguran tal dominio y, pasivamente, por los límites opuestos a quienes desde los poderes públicos o desde la sociedad utilizan información de carácter personal”⁶⁵.

De esta manera, el *habeas data* no puede confundirse con el derecho a la protección de datos de carácter personal y mucho menos con las facultades que derivan de él, sino que se constituye en una de las garantías del derecho a la protección de datos de carácter personal (judicial), pero no la única, porque pueden existir otras en el ámbito judicial o en el ámbito administrativo (v.gr. el amparo), y que nace como vía procesal para hacer posible el conjunto de facultades -que dentro del derecho a la protección de datos existen-, las cuales conjuntamente con el consentimiento, forman el contenido esencial del nuevo derecho y que además lo hacen practicable. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia (STC 292/2000 del 30 de noviembre), donde se ha afirmado que se trata de: “...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.” (F.J. 7). Se trata de un poder de disposición y control que van a poseer los ciudadanos que le otorgan un conjunto de facultades que se expresan en: “consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.” Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: “saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.” De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se “informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo

⁶³ Véase *obra cit.* P. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales...* p. 61.

También en P. Lucas Murillo de la Cueva, y J.L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. p. 26. Lucas Murillo, indica que “...la disposición por terceros de datos personales solamente es lícita cuando han sido obtenidos con el consentimiento inequívoco de los afectados, debidamente informados, o con autorización legal explícitas”.

También *Obra cit.* M. Serrano Pérez. *El derecho fundamental a la protección de datos...* p. 195-197. Es importante también aclarar, lo que establece la autora al referirse al consentimiento “...no se traduce en la posibilidad del interesado de decidir acerca del nivel de protección de sus datos o, al menos, no de igual manera en todos los supuestos. Para ser exactos, ese nivel está fijado *a priori* por las leyes”.

⁶⁴ *Obra cit.* M. Serrano Pérez. *El derecho fundamental a la protección de datos...* p. 196 y 197.

⁶⁵ Véase *obra cit.* P. Lucas Murillo de la Cueva, y J.L. Piñar Mañas. *El derecho a la autodeterminación informativa...* 2009, p. 18.

do a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.”

- b. El segundo aspecto tiene que ver con la instrumentalidad, es decir, el entender al *habeas data* como el derecho de la protección de datos, y otorgarle un carácter meramente instrumental, simplemente anula la existencia del nuevo derecho fundamental, colocándolo como una especie de derecho-garantía, sin vida propio e incorporado su existencia a la vigencia de otros derechos, lo cual es absolutamente erróneo, porque como bien lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional Español en la referida sentencia 292/2000, se trata de un “poder de disposición y control”, un derecho autónomo, que se diferencia con el derecho a la intimidad, la cual consiste en ese poder de “...excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno...”[...] es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida...”; por otro lado el derecho fundamental a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos...” (F.J. 5).
- c. De modo que, como afirma Casal en Venezuela,⁶⁶ se deben aclarar algunos conceptos básicos para llegar a definir el *habeas data*, pero señala que la libertad informática es un “derecho fundamental” y que dentro de este se encuentran un grupo asociados de derechos, como son: el “derecho a la autodeterminación informativa”, ya que cada persona puede decidir cuándo, cómo y a quién dar información “personal o privada”; el “derecho de información y acceso”, es decir, conocer y acceder a los referidos datos, el “derecho de rectificar y cancelación” de los datos, el “derecho a la indemnización por daños” y finalmente el “derecho a garantías suficientes”, y una de esas garantías es el *habeas data*.

De manera que, de todo lo que se ha mostrado se puede colegir que la existencia del “remedio constitucional” (*habeas data*), ni siquiera garantiza los parámetros comunitarios porque el *habeas data* va a corregir irregularidades en el tratamiento de datos, pero no es la vía idónea para prevenir las acciones que atentan con los derechos y libertades fundamentales como la regulación del tratamiento, por lo que sólo es un mecanismo más⁶⁷.

En ese sentido, este tránsito permite comprender el haz de facultades que plantea el derecho a la protección de datos de carácter personal que han sido opacadas desde Latinoamérica con el *habeas data* y que -como fue afirmado- junto al consentimiento, forman parte del contenido esencial del derecho. Por lo que estudiar la existencia del nuevo derecho desde su garantía es un error, pero que es posible solventar.

⁶⁶ J. Casal, “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas: UCAB. 2001. p. 209.

⁶⁷ Véase F. Argüello Téllez, *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*, en el artículo: Protección de datos personales: “La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica”... pp. 80-82.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alcalá Zamora, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines de proceso)*. Instituto de Investigación Jurídica (UNAM). Primera reimpresión. México 2000.

Argüello Téllez, F. "Protección de datos personales: La Directiva Comunitaria, su influencia y repercusiones en Latinoamérica". *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua-Guatemala 2-6 de junio de 2003)*. Editorial Tirant Lo Blanch. Agencia de Protección de Datos. Valencia-España 2006.

Brewer-Carías, A. "Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia." *Nuevas tendencias: Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. (Directores: Cuarezma Terán, S. y Luciano Pichardo, R.) INEJ. Bogotá 2011.

_____. "Discurso en el acto de recepción del Premio Francisco de Venanzi a la trayectoria del Investigador Universitario". Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de marzo de 2002. *Constitución, democracia y control del poder*. Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2004.

_____. "El proceso constitucional de las acciones de *habeas data* en Venezuela: Las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional". *Revista de Derecho público N° 120/2009*. Editorial Jurídica Venezolana. Venezuela 2009.

_____. "El autoritarismo establecido en el fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional". *Temas Constitucionales*. Fundación de Estudios Administrativos. Caracas 2001.

_____. "Reflexión crítica de la Constitución de 1999". *Revista de derecho público*. N° 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2000.

Colautti, C. *Derechos humanos constitucionales*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1999.

Correa, C. *El derecho informático en América Latina. Informática y Derecho (Aportes de doctrina internacional, vol. 2)*. Depalma. Buenos Aires 1996.

Ekmekdjian, M. y Pizzolo, C. *Habeas data (El derecho a la intimidad frente a la revolución informática)*. Depalma. Buenos Aires 1998

Ekmekdjian, M. A. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Depalma. Buenos Aires 1994.

Fix-Zamudio, H. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución." *Boletín mexicano de derecho comparado* Nro. 1 (enero-abril). Nueva serie. Año I, primera edición. UNAM. México 1969.

Frosini, T. E., en "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista de Estudios Políticos 124*. (Nueva Época), abril/junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2004.

Frosini, V. "Banco de Datos y Tutela de la Persona". *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 30. Nueva Época, (noviembre-diciembre), 1982.

García González, A. En el artículo: “La protección de datos. Derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado.” Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XL, N° 120, septiembre-diciembre. México 2007.

Gozáini, O. *El derecho de amparo*. 2da edición. De palma. Buenos Aires 1998.

Lucas Murillo de la Cueva, P. *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Col. 43 *Cuadernos y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993.

Lucas Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid 2009.

Ortiz Ortíz, R. *Habeas data derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Frónesis. Caracas 2001.

Pellegrino, C. “El Derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informática y el *habeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999.” Tribunal Supremo de Justicia (Separata al libro *Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Colección Libros Homenaje Número 3*). Caracas 2001.

Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad*”. Civitas. Madrid 1995.

Pérez Luño, A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Tecnos. Madrid 1984.

_____ *La seguridad jurídica*. (2da edición revisada y puesta al día). Ariel Derecho. Barcelona 1994.

Piñar Mañas, J. L. *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos*. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid 2008.

_____ *La Red Iberoamericana de Protección de Datos: Declaraciones y Documentos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España 2006.

Puccinelli, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*. Temis. Santa Fe de Bogotá 1999.

_____ “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos).” *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional* (Proceso y Constitución, N° 1), Editorial Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho procesal Constitucional. México 2004.

Quiroga Lavié, Humberto. *El Habeas data*. Zavalía. Buenos Aires 2001.

Rebollo Delgado, L. *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid 2008.

Remolina Angarita, N. “Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional de datos personales a través de internet”. *Quaestiones Disputatae 2*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2012.

Rondón, H. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Ex Libris. Caracas 2001.

_____. *Cuatro temas álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Ex Libris, Caracas 2004.

Romero, J. L. (“Prologo”). *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Tomo I. Biblioteca Ayacucho. Caracas 1977.

Sagüés, N. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Astrea. Buenos Aires 1995.

_____. *Derecho Procesal Constitucional (Recurso extraordinario)*. 4ta ed. Astrea. Buenos Aires 2002.

Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson. Madrid 2003.

Valadés, D. *Constitución y democracia*. (Primera reimpresión). Instituto de investigaciones jurídicas (Serie doctrina, nro. 41). UNAM. México 2002.

Vanossi, J. “El *habeas data*: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa.” *Revista El Derecho* 13/9/94.

Warren, S. y Brandeis, L. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review*. Vol. IV. N° 5. Año 1890-1891.

Zambrano, F. *El procedimiento de amparo constitucional* (Colección de textos legislativos Venezolanos, N° 2). Atenea, Caracas 2001.

Comentarios Monográficos

LA OCUPACIÓN JUDICIAL DE LOS BIENES EXPROPIADOS COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA ILEGAL PRÁCTICA DE DECRETAR LA “OCUPACIÓN ADMINISTRATIVA” DE BIENES EN PROCEDIMIENTOS EXPROPIATORIOS APLICANDO LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Allan R. Brewer-Carías

Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *La garantía del derecho de propiedad en el procedimiento expropiatorio exige que la ocupación previa de los bienes expropiados se realice conforme a la Ley de expropiación, luego del avalúo del bien y de la consignación del precio ante el tribunal, siendo contraria a la misma las ocupaciones administrativas de bienes expropiados decretadas conforme a la Ley Orgánica de Precios Justos.*

Palabra Clave: *Expropiación. Ocupación previa.*

Abstract: *The anticipatory occupation of the expropriated assets in the expropriation procedure as the guaranty of private property, imposes the need for the expropriated assets to be previously evaluated and the amount posted before the expropriation court, being contrary to such guaranty the administrative occupations of expropriated assets decreed according to the Organic Law on Just Prices.*

Key words: *Expropriation. Anticipatory occupation.*

Es bien sabido que el artículo 115 de la Constitución¹ establece la garantía del derecho de propiedad, disponiendo que solo “por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”

Para asegurar en la práctica estatal la vigencia de dicha garantía, es que la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social,² precisa que la expropiación es un medio extraordinario de adquisición de la propiedad privada por parte del Estado, concebida como una institución de derecho público, “sometida por el legislador al cumplimiento de formali-

¹ Constitución 1999: Artículo 115. “Se garantiza el derecho de propiedad. [...]. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”

² Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de 2002, en *Gaceta Oficial* No. 37.475 de 1 de Julio de 2002. La Ley reformó la anterior de 1947 publicada en *Gaceta Oficial* N° 22.458 de 6 de noviembre de 1947, que había sido modificada parcialmente por decreto ley N° 184 de 25 de abril de 1958, *Gaceta Oficial* N° 25.642 de 25 de abril de 1958.

dades específicas”³ mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una casusa de utilidad pública o de interés social, “con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización.” (art. 2 Ley).

Ello significa que para que el Estado pueda ejecutar la expropiación de bienes de propiedad privada, como lo estableció la antigua Corte Suprema en 1965, la misma debe desenvolverse “a través de un procedimiento especial cuyo objeto esencial es llegar a la transferencia de dominio del bien expropiado”⁴. La propia Corte Suprema posteriormente confirmó que “toda expropiación supone justa compensación,” de manera que en consecuencia, en la expropiación, “la función del Juez se limita a la declaratoria de la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad, o algún otro derecho, al correspondiente avalúo, y al pago, puesto que toda expropiación supone una justa compensación”⁵.

La garantía de la propiedad, conforme a la Ley de Expropiación, por tanto, exige que el Estado deba pagar la justa compensación debida por la expropiación, no sólo para materializar la transferencia de la propiedad privada al Estado (art. 46), sino incluso para que el Estado pueda tomar posesión u ocupar los bienes a expropiar, al establecer como único mecanismo para poder efectuar la ocupación de los mismos mientras dura el juicio de expropiación, la denominada “ocupación previa” que debe siempre ser decretada por el juez competente, mediando el previo avalúo del inmueble para establecer la justa compensación por una Comisión de Avalúos designada con la participación del expropiado (art. 19), cuyo monto debe necesariamente depositarse en el tribunal competente y ser puesto a disposición del expropiado, quien tiene el derecho de aceptar el monto como el pago de la justa compensación (art. 56).

Pues bien, esta exigencia de la garantía de la propiedad desarrollada en la Ley de Expropiación ha pretendido ser violada por el Estado, al haber procedido en varios casos a decretar y ejecutar la expropiación de bienes, y a “ocupar administrativamente” bienes expropiados sin intervención judicial, sin realizar el avalúo del bien expropiado y sin pagar o depositar en el tribunal correspondiente y a la orden del expropiado el monto de la compensación, aplicando ilegal e ilegítimamente, y con desviación de poder, disposiciones contenidas por

³ Como lo precisó la antigua Corte Federal y de Casación ya en 1948, recién adoptada la Ley: “La expropiación es un medio extraordinario de adquirir, sometido por el Legislador al cumplimiento de determinadas formalidades; ella es una institución de derecho público en el cual no tienen aplicación los principios del derecho común [...] “dada la naturaleza extraordinaria del derecho a expropiar, es de fundamental interés público el que se verifique la expropiación con estricta sujeción a las disposiciones de la ley que la reglamenta” y que con el procedimiento el Tribunal declare “la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad.” Sentencia de la Corte federal y de Casación de 29 de Octubre de 1948, en *Compilación Legislativa 1948-1949*, Anuario 1948, p. 789. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, Volumen VI, La Propiedad y la Expropiación por causa de utilidad pública e interés social*, Ediciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 394-395) (en lo adelante: *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*).

⁴ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 24 de febrero de 1965, en *Gaceta Oficial* No. 27676 de 24 de febrero de 1965, p. 205.971 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, pp. 348-350).

⁵ Véase sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 10 de junio de 1968, en *Gaceta Forense* No. 60, 1968, pp. 173-174 (p. 374). En igual sentido, sentencia de la misma Sala de 29 de abril de 1969, en *Gaceta Forense* No. 64, 1969, pp. 133-134 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 427).

ejemplo en la Ley de Defensa para el acceso de personas a bienes y servicios de 2010,⁶ sustituida, junto con la Ley de Costos y Precios Justos de 2011,⁷ por la Ley Orgánica de Precios Justos,⁸ en la cual sin embargo se conservaron las mismas disposiciones sobre ocupación administrativa de la propiedad en medio de un procedimiento administrativo de fiscalización y sancionatorio.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD: EL RÉGIMEN DE LA EXPROPIACIÓN Y EL RÉGIMEN DE LA OCUPACIÓN PREVIA DE LOS BIENES EXPROPIADOS

El procedimiento expropiatorio, en efecto, está regulado en la Ley de Expropiación, cuyas disposiciones en materia expropiatoria, constituyen la normativa general que se aplica en todos los procesos expropiatorios, excepto cuando una ley especial o un tratado establece alguna previsión especial que se aplique con preferencia a lo dispuesto en ella, y siempre que la misma, por supuesto, se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. Por lo demás, conforme a los términos del artículo 66 de la propia Ley de Expropiación, otras leyes pueden aplicarse supletoriamente en materia expropiatoria solo si regulan situaciones no previstas en la misma.

Ahora bien, los efectos de garantizar la propiedad privada, la Ley de Expropiación regula un detallado procedimiento con el objeto de asegurar que el Estado no pueda tomar posesión de los bienes expropiados, que en ningún caso le pueden ser transferidos ni pueden ser ocupados por el mismo, sino después que se haya pagado al propietario o expropiado la justa compensación, o su monto depositada ante la autoridad judicial competente.⁹

1. *Las fases del procedimiento expropiatorio*

Dicho procedimiento expropiatorio establecido precisamente como garantía de la propiedad, se desarrolla a través del cumplimiento de diversas fases, en las cuales intervienen todas las ramas del Poder Público; todo de acuerdo con el artículo 7 de la Ley de Expropiación que dispone que:

“Artículo 7. Solamente podrá llevarse a efecto la expropiación de bienes de cualquier naturaleza mediante el cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Disposición formal que declare la utilidad pública.
2. Declaración de que su ejecución exige indispensablemente la transferencia total o parcial de la propiedad o derecho.
3. Justiprecio del bien objeto de la expropiación.
4. Pago oportuno y en dinero efectivo de justa indemnización.”

Conforme a esta norma y a su desarrollo en el resto del articulado de la Ley las siguientes son las fases del procedimiento expropiatorio:

⁶ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.358 de 1 de febrero de 2010.

⁷ Véase en *Gaceta Oficial* N° 39.715 del 18 de julio de 2011

⁸ Decreto Ley No. 600 de 21 de noviembre de 2013, publicada en *Gaceta Oficial* No. 40.340 de 23 de enero de 2014.

⁹ Véase en general sobre dicho procedimiento: Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

En *primer lugar*, está la *fase legislativa*, en la cual la Asamblea Legislativa debe necesaria e ineludiblemente intervenir declarando, mediante ley, el carácter de utilidad pública o interés social de determinadas actividades o bienes (Artículos 7.1 and 13, Ley E.), que es en los únicos casos en los cuales conforme al artículo 115 de la Constitución se puede decretar la expropiación de bienes. Esta declaración legislativa está formulada, incluso, en forma general respecto de muchas actividades y bienes que se enumeran en el artículo 11 de la propia Ley de Expropiación (básicamente referida a obras de infraestructura), y además, se ha formulado en innumerables leyes particulares.

De ello deriva que la causa *expropiandi* tiene que estar establecida en una ley, o en un decreto ley en caso de delegación legislativa (art. 203 Constitución), de manera que como de acuerdo con la Constitución sólo por causa de utilidad pública o social es que se puede decretar la expropiación de cualquier clase de bienes, sin tal declaratoria de la actividad o bienes como de utilidad pública o de interés social en una ley, en ningún caso puede ser decretada la expropiación de los mismos.

En *segundo lugar*, está la *fase ejecutiva o administrativa*, que se desarrolla en dos planos:

El *primero* de dichos planos se desarrolla, en el ámbito nacional, mediante la adopción de una decisión (acto administrativo) por parte del Ejecutivo Nacional, con forma de decreto, denominado Decreto de expropiación, de afectación o de ejecución de la expropiación (art. 5 Ley E.), en el cual deben determinarse los bienes específicos que están en manos de particulares, y que el Estado requiere para poder cumplir con determinadas actividades declaradas por ley como de utilidad pública o interés social (art. 7.2 Ley E.). Dicho decreto, como todo acto administrativo de carácter general, debe publicarse en la *Gaceta Oficial*.

El objetivo principal del Decreto es el de identificar con precisión los bienes a expropiar, pudiendo también contener los datos relativos al o los propietarios, si los mismos se conocen. Por ello, el hecho de identificarlos en ningún caso es vinculante ni tiene efectos en relación con los que en definitiva resulten ser parte expropiada en el procedimiento. El decreto de expropiación también debe identificar a la entidad pública o privada que actuará como parte o ente expropiante (arts. 6 y 3 Ley E.).

El *segundo* de los planos en la *fase ejecutiva o administrativa*, se desarrolla con un procedimiento administrativo que debe iniciarse por el ente expropiante inmediatamente después de publicado el Decreto de Expropiación, con la finalidad de buscar un arreglo amigable con el o los expropiados para adquirir la propiedad de los bienes afectados por el justiprecio que establezca la Comisión de Avalúos prevista en el artículo 19 de la Ley. Para tal efecto, la entidad expropiante debe publicar en un periódico de circulación nacional y otro de circulación local, un Aviso convocando a todos los que se consideren con derechos de propiedad o posesión sobre los bienes afectados de expropiación, o que en general aleguen tener cualquier tipo de derechos sobre los mismos (Artículo 22 Ley E.).

Y en *tercer lugar* está la *fase judicial*, que debe iniciarse cuando las partes no logran el antes mencionado arreglo amigable, en cuyo caso, el ente expropiante debe solicitar o demandar la expropiación ante el juez competente, iniciándose el juicio expropiatorio, en la cual debe identificarse el bien a expropiar y los propietarios, poseedores o arrendatarios si fuesen conocidos (art. 24 Ley E.). A los efectos del juicio, el juez competente debe, mediante edicto, emplazar a todos los presuntos propietarios, poseedores, arrendatarios, acreedores y en general, a todos los que tengan algún derecho sobre los bienes que se pretenda expropiar (art. 26 Ley E.). El procedimiento expropiatorio tiene por objeto final que el tribunal competente declare la necesidad del Estado de adquirir todo o parte de la propiedad o algún otro derecho, según lo alegado y probado en el procedimiento, identificando a las personas que por tal motivo deben ser indemnizados o compensados (artículo 34), conforme al precio que

se establezca por la Comisión de Avalúos regulada en el artículo 19 de la Ley de Expropiación (arts. 34-44 Ley E.), proveyendo el tribunal lo correspondiente para asegurar el pago de la indemnización a quienes corresponda (art. 45 Ley E.).

Durante la fase judicial, y solamente después de iniciado el juicio expropiatorio, el ente expropiante en casos urgentes, puede solicitar autorización para la ocupación previa del bien expropiado, antes de concluir el juicio y antes de que se pague a quienes corresponda la indemnización correspondiente. Ello debe tramitarse mediante un procedimiento específico e incidental en el juicio de expropiación, que exige que el tribunal competente se asegure que la Comisión de Avalúos establecida en el artículo 19, la cual debe ser designada con la participación de las partes (expropiante y expropiado), establezca mediante un avalúo el justiprecio del bien expropiado.

Una vez realizado el avalúo y determinado el justo valor del inmueble, y una vez que su monto íntegro se haya consignado en efectivo ante el tribunal competente, el mismo puede autorizar a la parte expropiante para ocupar previamente el inmueble (art. 56 Ley E.).

En esos casos, la parte expropiada, a su sola discreción, tiene derecho de aceptar el monto de la compensación consignada por el expropiante en el tribunal, como la indemnización a la cual tiene derecho, en cuyo caso el juicio se da por terminado, y con la decisión del tribunal homologándolo, la propiedad de los bienes expropiados pasan al ente expropiante.

En estos casos de ocupación previa, el avalúo realizado por la Comisión de Avalúos no es impugnabile por las partes; y una vez depositado el monto del mismo en el tribunal, el ente expropiante no puede retirarlo. A la vez, si el monto es aceptado por la parte expropiada, dicha aceptación o convenio no puede ser posteriormente revocada (art. 56 Ley E.).

Ahora bien, analizadas globalmente las diversas fases del procedimiento expropiatorio, se observa que la garantía básica de la propiedad privada a la cual el mismo responde es que incluso en casos de ocupación previa, solo después de que se ha pagado el monto de la indemnización correspondiente establecida por la Comisión de Avalúos regulada en la Ley, sea directamente como consecuencia del arreglo amigable o de la sentencia expropiatorio definitiva, sea indirectamente, mediante el depósito en el tribunal a disposición del expropiado al autorizarse la ocupación previa, es que la entidad expropiante puede tomar posesión del bien que se expropia (art. 45 Ley E.).

Es decir, es sólo mediante el pago de la indemnización correspondiente por la parte expropiante a la parte expropiada, que la primera puede ocupar o tomar posesión del bien expropiado, y que, además, se materializa la transferencia de la propiedad de los bienes expropiados de manos privadas al Estado (art. 46 Ley E.). Hasta ese momento, incluso si los bienes han sido previamente ocupados, y el monto del avalúo permanece depositado en el tribunal, la propiedad de los mismos sigue siendo de sus dueños.

De todo ello deriva que la más significativa garantía de la propiedad privada en el procedimiento expropiatorio es que el Estado no puede ocupar o tomar posesión de los bienes de propiedad privada afectados de expropiación antes de que los mismos no hayan sido evaluados por la Comisión de Avalúos prevista en la Ley, y antes de que el Estado no haya pagado en dinero efectivo el monto de la justa compensación al expropiado, o antes de que el mismo no se haya depositado en el tribunal competente y puesto a disposición del expropiado en caso de solicitud de ocupación previa de los bienes, para poder ser aceptado por el mismo.

En todo caso, por lo demás, como la parte expropiada permanece como propietaria de los bienes expropiados hasta que la justa compensación sea pagada, la Ley de Expropiación, autoriza a la parte expropiada durante el procedimiento expropiatorio, a transferir la propie-

dad a otros particulares, en el entendido de que cualquier transferencia de la propiedad no suspende el juicio expropiatorio, pues el nuevo propietario se considera de pleno derecho como subrogado en todas las obligaciones y derechos del anterior propietario (art. 10 Ley E.)

2. *Los principios relativos a la ocupación previa del bien expropiado*

Como antes se ha dicho, de acuerdo con la Ley de Expropiación, en el procedimiento expropiatorio, el ente expropiante solo puede ocupar y tomar posesión de los bienes expropiados antes de la conclusión de juicio expropiatorio, en casos urgentes, mediante el procedimiento judicial de la ocupación previa regulado con detalle en la Ley de Expropiación, y por tanto de obligatorio cumplimiento. Conforme al mismo, dicha ocupación sólo procede en la *fase judicial* del procedimiento, autorizada expresamente por el juez, y sólo después de que se ha efectuado el avalúo del bien expropiado por la Comisión de Avalúos establecida en el artículo 19 de la Ley, y el monto del justiprecio ha sido depositado en el tribunal competente (art. 56 Ley E.).

En efecto, para asegurar el cumplimiento de las políticas estatales, cuando la transferencia de la propiedad de los bienes expropiados al Estado se considera indispensable y urgente y no se ha logrado un arreglo amigable con los propietarios para ejecutarla, la Ley de Expropiación dispone que el Estado, una vez presentada la demanda de expropiación, siempre puede solicitar al juez competente la ocupación temporal de los bienes expropiados.¹⁰

Esta ocupación temporal que sólo puede producirse una vez iniciado el procedimiento judicial expropiatorio, quedando por tanto excluida toda forma de ocupación administrativa de la propiedad de bienes en proceso de expropiación, requiere de dos condiciones ineludibles: i). que se evalúe el bien expropiado por una Comisión de Avalúos; a fin de determinar la justa compensación que corresponde al expropiado; y ii). Que se deposite el monto del avalúo o compensación en el tribunal competente, a disposición de poder ser aceptado por el expropiado.¹¹

El procedimiento dispuesto para que pueda verificarse la ocupación previa está regulado detalladamente en los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación,¹² conforme al cual la

¹⁰ El régimen de la ocupación previa fue establecido “por el legislador como un Sistema de garantías procesales a los efectos de salvaguardar los intereses y derechos que puedan ser afectados por la medida.” Dicho procedimiento tiene el propósito “anticipar algunos de los efectos de la expropiación mediante un procedimiento expeditivo, en el cual el avalúo del bien expropiado y la consignación de la indemnización estimada por los evaluadores, en conjunción con la inspección ocular a que se refiere el artículo 52 de la Ley de la materia, integran un sistema de garantías procesales establecidas por el Legislador para salvaguardar los intereses o derechos que pudieren ser afectados por la medida.” Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 12 de mayo de 1969, en *Gaceta Forense* No. 64, 1969, pp. 157-159. Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 366).

¹¹ “La Ley subordina, sin embargo, el ejercicio de ese derecho al cumplimiento de dos requisitos previos: el avalúo del bien de cuya expropiación se trate por una comisión constituida en la forma prevista en el artículo 16 *ejusdem*, y la consignación de una cantidad igual al monto del justiprecio realizado por los miembros de dicha comisión. Cumplidos esos requisitos, el Tribunal de la causa puede acordar la ocupación previa.” Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 12 de mayo de 1969, en *Gaceta Forense* No. 64, 1969, pp. 162-164 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 362).

¹² La regulación de la ocupación previa en la Ley de Expropiación “no quiere decir que el procedimiento de la ocupación sea independiente del juicio de expropiación ni que puedan sustanciarse en procesos legales distintos. [...] En consecuencia, la expropiación y la ocupación no son juicios independientes el uno del otro que deban, por esta razón, acumularse en un momento dado, para evitar el riesgo

misma solo es posible cuando: (i) exista una causa de utilidad pública o interés social de las declaradas en el artículo 14 de la ley de Expropiación o en otras leyes particulares; (ii) que el ente expropiante haya calificado de urgente la realización de la actividad para lo cual se requiere la expropiación de los bienes expropiados;¹³ (iii) que el ente expropiante haya solicitado al juez competente para conocer el juicio de expropiación, luego de intentada la demanda de expropiación; (iv) que los bienes expropiados han sido evaluados o justipreciados por la Comisión de Avalúos regulada en el artículo 19 de la Ley, que haya sido constituida en el tribunal, con la participación de la parte expropiante y la parte expropiada, estableciendo la justa compensación debida al expropiado; (v) que el ente expropiante haya consignado en el tribunal competente el monto de dicha compensación; (vi) que el tribunal de expropiación haya previamente notificado conforme al artículo 27 de la ley, a la parte expropiada, es decir al propietario y a los ocupantes, si los hubiere, del monto de la compensación depositado por el expropiante, cuyo monto puede ser aceptado por el expropiado como compensación; (vi) que el juez haya ordenado y se haya ejecutado, una inspección judicial de los bienes expropiados para dejar constancia de todas las circunstancias de hecho que deben tenerse en cuenta para fijar el monto de la justa indemnización del bien de que se trate y que puedan desaparecer o cambiar de situación o estado por el hecho de la ocupación. Cumplidos todos los anteriores requisitos, es que el juez de la expropiación puede decretar la ocupación previa de los bienes expropiados.

En estos casos de ocupación previa, el monto del avalúo que deba hacer la Comisión de Avalúo designada con la participación de ambas partes, es el de la compensación que se debe al expropiado por la expropiación de sus bienes. Por eso, el artículo 56 de la Ley primero, habla de ese avalúo como la valoración o justiprecio del bien; segundo, indica que el monto del avalúo no es impugnabile por ninguna de las partes; tercero, precisa que una vez consignado el justiprecio en el tribunal, el ente expropiante no lo puede retirar; y cuarto, el expropiado puede convenir en ese monto depositado como el monto de la compensación a la cual tiene derecho, pero una vez aceptada no puede revocar tal aceptación.

Si el convenimiento en el avalúo o justiprecio del bien reflejado en el monto depositado por parte del expropiado en el tribunal, no se produce, el monto del justiprecio efectuado por la Comisión de Avalúos y depositado para autorizar la ocupación previa, como lo ha dicho la antigua Corte Suprema, viene a ser “un depósito adelantado del precio probable”¹⁴ del bien expropiado hasta que se determine definitivamente al concluir el juicio de expropiatorio,

de que se dicten sentencias contrarias o contradictorias en un mismo asunto, o sobre asuntos que tengan entre sí conexión. La ocupación es tan sólo una incidencia peculiar del juicio de expropiación, inconfundible con los casos a que se refiere el Artículo 222 del C. de P.C.” Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 1 de febrero de 1962, en *Gaceta Forense* No. 35, 1963, pp. 70-72 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, pp. 358-359)

¹³ “Urgencia que es, precisamente, lo que justifica y explica el procedimiento de la ocupación previa.” Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 15 de febrero de 1968, en *Gaceta Forense* No. 59, 1968, p. 113. (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 373).

¹⁴ En caso de urgencia, la previsión general de la Ley de Expropiación impone la necesidad de que “se haga un avalúo provisional del inmueble, y que, antes de la ocupación, se consigne en el Tribunal el monto de ese avalúo [...] siendo la consignación, en el caso de ocupación previa, un depósito adelantado del precio probable del inmueble.” Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 21 de noviembre de 1961, en *Gaceta Forense* No. 34, 1961, pp. 101-102 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 360).

configurándose en todo caso como una garantía de pago futuro del monto de la compensación. En esos casos en los cuales el expropiado no acepte el justiprecio consignado, el monto del mismo “constituye una garantía para el expropiado, y no el justiprecio definitivo”¹⁵ que deberá fijarse al concluir el juicio.

Por último, el monto del justiprecio depositado en el tribunal cuando no se haya aceptado por el expropiado como compensación, y en definitiva la expropiación no se haya efectuado por cualquier causa y el bien es devuelto al propietario, el monto consignado servirá de garantía por los daños causados al bien expropiado por la ocupación previa efectuada.

Por todo ello, no hay duda en afirmar que conforme a la garantía del derecho de propiedad establecida en el artículo 115 de la Constitución y desarrollada por la ley de Expropiación, en Venezuela no hay posibilidad de ocupación administrativa de los bienes expropiados, sino sólo ocupación previa de los mismos decretada por el juez después que se ha producido el pago de la compensación debida, establecida por la Comisión de Avalúos, en forma indirecta mediante depósito del monto de la misma en el tribunal, y puesta a disposición de expropiado para su aceptación. Por ello es que la antigua Corte Federal y de Casación hace décadas afirmó que “La Constitución quiere que no se expropie sin el previo pago de la indemnización correspondiente, conjugando así el interés público con el derecho de propiedad.”¹⁶ En consecuencia, la misma Corte consideró “el pago de la indemnización, jurídicamente, como el hecho que determina la transferencia de la propiedad, es cuando éste se verifica, que se perfecciona el procedimiento expropiatorio.”¹⁷ Por ello, incluso, la misma Corte declaró que “la sentencia dictada en el juicio expropiatorio no es más que declarativa llegando sólo a materializarse la expropiación al ser cumplida la condición esencial de “indemnización previa” exigida en el precepto constitucional que rige la materia”¹⁸.

Todo lo anterior, particularmente la exigencia legal de que para ocupar previamente el bien expropiado, el ente expropiante está obligado a consignar el monto de la compensación en el tribunal que acuerde la ocupación previa, que ha de ser establecida por la Comisión de Avalúo establecida en la Ley, ha pretendido ser burlado por el Ejecutivo Nacional y los entes expropiantes, pretendiendo la aplicación de la Ley de Defensa para el Acceso de las personas

¹⁵ “En cuanto a la cantidad consignada, según el avalúo de los peritos, cabe observar que dicha cantidad a los fines del artículo 51 de la citada Ley de Expropiación, constituye una garantía para el expropiado, y no el justiprecio definitivo.” Sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 30 de enero de 1968, en *Gaceta Forense* No. 59, 1968, p. 71 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 373). En el mismo sentido, sentencia de Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de 15 de febrero de 1968, en *Gaceta Forense* No. 59, 1968, p. 113 (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 373).

¹⁶ “La Constitución quiere que no se expropie sin el previo pago de la indemnización correspondiente, conjugando así el interés público con el derecho de propiedad.” Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Federal de 12 de abril de 1950, en *Gaceta Forense* No. 4, 1950, pp. 135-136. (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 542).

¹⁷ “Caracterizado el pago de la indemnización, jurídicamente, como el hecho que determina la transferencia de la propiedad, es cuando éste se verifica, que se perfecciona el procedimiento expropiatorio. La sentencia dictada en el juicio expropiatorio no es más que declarativa llegando sólo a materializarse la expropiación al ser cumplida la condición esencial de “indemnización previa” exigida en el precepto constitucional que rige la materia.” Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación, Sala Federal de 9 de mayo de 1949, en *Gaceta Forense* No. 2, 1949, pp. 27-28. (Véase también en *Jurisprudencia de la Corte Suprema, T. VI*, p. 550).

¹⁸ *Ídem*.

a los bienes y servicios, denominada a partir de 2014 como Ley Orgánica de Precios Justos, para justificar la ocupación administrativa de propiedades a expropiar, incluso antes de que se inicie el juicio expropiatorio, aplicando ilegal e ilegítimamente dicha Ley, y así, pretender obviar el cumplimiento con las condiciones establecidas en la Ley de Expropiación.

Ello exige analizar no sólo el objeto de dicha Ley y sus previsiones en materia expropiatoria, que se han conservado en la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014, sino la práctica del gobierno buscando su aplicación en violación de la garantía de la propiedad prevista en la Constitución.

3. *La improcedencia de medidas cautelares innominadas para “ocupar” los bienes expropiados en el procedimiento judicial expropiatorio*

De lo anterior resulta por tanto, que en materia expropiatoria, la ocupación de los bienes expropiados se rige por el procedimiento expropiatorio establecido en la Ley de Expropiación, como garantía de la propiedad privada, el cual no puede ser sustituido por ningún otro procedimiento judicial y menos, administrativo.

Ello implica, por tanto, que en el ámbito judicial, el Juez de la expropiación no puede acordar la ocupación previa de los bienes expropiados sino en aplicación del artículo 56 de la Ley de Expropiación que la regula, no pudiendo sustituir esa normativa, decretando la “ocupación temporal” de los bienes expropiados como medida cautelar innominada de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil; pues el procedimiento establecido en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil, al contrario de lo exigido por el artículo 56 de la Ley de Expropiación, no requiere que obligatoriamente la entidad expropiante que solicita la declaración judicial de la ocupación de los bienes expropiados, deposite previamente ante el tribunal el monto de la compensación debida al expropiado. Ello no está permitido en la Ley de Expropiación en la cual al contrario, a los efectos de garantizar el derecho de propiedad, establece con todo detalle el procedimiento de la ocupación previa, que en la materia tiene aplicación preferente en los términos del artículo 66 de la propia Ley de Expropiación.

Si el Juez de la expropiación adoptase una decisión judicial de esa naturaleza, fuera de las previsiones de la Ley de Expropiación, permitiendo al ente expropiante que tome posesión de los bienes expropiados sin exigirle la obligación de pagar la compensación que resulte del justiprecio establecido por la Comisión de Avalúos prevista en la ley (art. 19), mediante el depósito ante el tribunal, ello sería contrario a la garantía de la propiedad establecida en el artículo 115 de la Constitución y, en particular, violatorio del artículo 56 de la Ley de Expropiación dispuesto para desarrollar esa garantía en materia de ocupación previa de los bienes expropiados durante el juicio expropiatorio.

El uso de dicho procedimiento establecido para las medidas cautelares innominadas en el Código de Procedimiento Civil por parte de una entidad expropiante y de un tribunal de expropiación, para evadir la aplicación del artículo 56 de la Ley de Expropiación, sería, en definitiva, una burla a la misma, incurriendo en esos casos el tribunal de expropiación en ilegalidad por vicio de desviación de procedimiento.

En esta materia hay que recordar que conforme a la jurisprudencia tradicional del Supremo Tribunal y de la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el procedimiento en materia de expropiación difiere de las previsiones del procedimiento civil, las cuales no pueden aplicarse en materia expropiatoria, que debe regirse por las normas de la Ley de Expropiación. Así lo resolvió, por ejemplo, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2 de octubre de 1986, ratificada en sentencia No. 1902 de 21 de diciembre de 1999 en la cual expresó:

“El desarrollo y reglamentación del dispositivo constitucional antes mencionado tiene su medio de expresión en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social, donde se contemplan las normas a las cuales ha de ceñir su conducta el ente expropiante al hacer uso de ese precepto constitucional.”¹⁹

Por ello, siendo el propósito fundamental de la expropiación garantizar el pago de una justa compensación al propietario de los bienes expropiados, el procedimiento de la Ley de Expropiación constituye la garantía de ello, razón por la cual, como lo ha dicho la misma Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de octubre de 1995 expresó que:

“El procedimiento expropiatorio difiere en grado sumo del ordinario, y tiene como objetivos fundamentales garantizar al propietario del bien expropiado el pago de una justa indemnización por la desposesión de que es objeto.”²⁰

Esa naturaleza especial de la expropiación explica que otras previsiones legales, incluso las de la Ley Orgánica que regula al Supremo Tribunal, no son aplicables en el contexto de la expropiación si difieren o contradicen lo dispuesto en la Ley de Expropiación. Como lo expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2003:

“el procedimiento de expropiación, dada su especial naturaleza, se encuentra regulado en la Ley Especial, es decir, en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social, por lo que no resultan aplicables las normas previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares.”²¹

En consecuencia, en los términos del artículo 66 de la Ley de Expropiación, en materia de ocupación previa de los bienes expropiados regulada expresamente en el artículo 56 de la misma, el procedimiento general del Código de Procedimiento Civil para la adopción de medidas cautelares innominadas (Artículos 585-589) no puede ser aplicado por el juez de expropiación. Como ha sido decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, si el previo pago de la indemnización estimada no ha sido depositado ante el tribunal de expropiación, acordar la ocupación temporal violaría el artículo 56 de la Ley de Expropiación. La Corte Primera en sentencia de 26 de junio de 1995 en efecto dijo”;

...“mientras ésta [pago compensación] no se efectúe, no puede acordarse en la presente causa la ocupación previa solicitada, sin infringir el citado artículo 51. Norma esta que a los fines indicados dispone: ‘... siempre que el expropiante consigne’... ‘la cantidad en que hubiere sido justipreciado el inmueble.’”²²

Por ello también, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema, en sentencia No. 6127 de 9 de noviembre de 2005, incluso reconociendo que “es un derecho del ente expropiante a ocupar anticipadamente el inmueble objeto de expropiación,” estableció claramente que el mismo:

¹⁹ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 438.

²⁰ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 63-64, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, p. 489.

²¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, p. 363.

²² Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 63-64, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, p. 491.

“se encuentra subordinado al cumplimiento de los presupuestos exigidos por la Ley, tales como el avalúo previo, la inspección judicial y la consignación del monto reflejado en el avalúo, con el fin de dar inicio a la obra de utilidad pública o social, que bajo la premisa de “urgencia” debe realizarse.”²³

II. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS EN EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS (LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS)

1. *Antecedentes*

La Ley para la Defensa de las personas en el Acceso a Bienes y Servicios (en lo adelante *Ley de Defensa y Acceso*) fue sancionada inicialmente en mayo de 2008, sustituyendo y derogando dos leyes precedentes que fueron, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, cuya última reforma había sido de 2004, y la Ley Especial para la Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos o Productos sometidos a control de precios de 2007.

En dicha Ley de 2008 se incorporó una norma contenida en su artículo 5 destinado exclusivamente a regular los bienes y servicios “de primera necesidad,” que se definieron como “aquellos que por esenciales e indispensables para la población, atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado, determinados expresamente mediante Decreto por el Presidente de la república en Consejo de Ministros.”

Y sólo respecto de dichos bienes “de primera necesidad,” en la norma se estableció, por una parte, la potestad del Ejecutivo Nacional de poder dictar medidas necesarias de carácter excepcional para garantizar el bienestar de la población, destinadas a evitar el alza indebida de precios, acaparamiento y boicot de productos o servicios declarados de primera necesidad o establecer reducciones en los precios de tales bienes; y por la otra, la declaratoria de utilidad pública e interés social de todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios de primera necesidad.

Esta última declaratoria de utilidad pública e interés social, por supuesto, no tendría nada de extraño, si no es que en el mismo artículo destinado a regular los “bienes y servicios de primera necesidad,” la misma norma, en su último párrafo, agregaba que “el Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública o interés social por parte de la Asamblea.”

Al establecerse esta previsión, en cierta forma incomprensible, quizás el Ejecutivo-Legislator de 2008, no se percató que al dictarse la ley mediante un decreto ley habilitado, el Ejecutivo Nacional mismo estaba actuando como “legislador” y podía declarar los bienes como de utilidad pública y social, como en efecto lo hizo con los de primera necesidad, por lo que le bastaba extender tal declaratoria de utilidad pública e interés social a otros bienes sin necesidad de incurrir en el disparate de decir que se puede expropiar sin tal declaratoria violando, en la propia Ley, lo dispuesto en la Ley de Expropiación (art. 13) que impone la necesidad de la declaratoria legislativa de utilidad pública o interés social para que pueda ser decretada la expropiación de bienes.

²³ Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 104, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 135.

Declarar de utilidad pública o interés social algunos bienes para permitir su expropiación y disponer que respecto de otros se puede proceder a la expropiación sin necesidad de tal declaratoria, es algo simplemente incomprensible y contradictorio, y además innecesariamente violatorio de la Ley de Expropiación y del artículo 115 de la Constitución.

La norma del artículo 5 de la Ley de Defensa y Acceso de 2008, fue reformada radicalmente por la Asamblea Nacional mediante Ley de Defensa y Acceso de 2010,²⁴ sustituyéndose su contenido, agregándose una nueva normativa en el artículo 6, que se le incorporó, en el cual se establecieron nuevas previsiones relacionadas con la expropiación, así:

Primero se declaró como de utilidad pública y social, en general, a “los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios”, en una forma tal general que raya en el absurdo. Es elemental, por ello, para no caer en el absurdo, precisar que no se trata de cualquier clase de bienes, sino de bienes que estén destinados a la satisfacción de necesidades colectivas, sean o no de primera necesidad, que son los que regula la referida Ley.

Segundo, la norma incurrió en la misma redundancia que provenía de la Ley de 2008, al disponer a renglón seguido de la amplia declaratoria de utilidad pública o interés social, con lo que se habilita al Ejecutivo Nacional para iniciar procedimientos expropiatorios, que el mismo, sin embargo, “podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública o interés social por parte de la Asamblea Nacional” sin percatarse, esta vez la propia Asamblea Nacional, que ella misma era la que estaba sancionando la Ley, y que ya la misma en el primer párrafo del artículo, la propia Asamblea había hecho tal declaratoria. Un disparate más, que si no es porque ya estaba formulada la declaración en la misma norma, no hubiera sido otra cosa que una inconstitucionalidad contraria al artículo 115 de la Constitución.

Tercero, en otra novedad en la materia, el artículo dispuso una figura antes desconocida en el ordenamiento jurídico venezolano, y por demás incongruente, que es la previsión de una especie de expropiación “como sanción” que se puede decretar con ocasión de la comisión de conductas ilícitas en el marco de la Ley de Defensa y Acceso. A tal efecto, el tercer párrafo del artículo 6 de la Ley dispuso que “igualmente el Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en los artículos 144 de la Constitución (ilícito económico, especulación, acaparamiento, usura, cartelización, y delitos conexos) y los artículos 16 (imposición de condiciones abusivas a las personas), 53 (alteración de precios) y cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en los artículos 46 (prohibición de doble marcaje de precio), 47 (prohibición de incremento de precio de bienes de existencia ya marcada), 65 (especulación), 66 (especulación comprando), 67 (acaparamiento), 68 (boicot) y 69 (prohibición de expendio de alimentos o bienes vencidos o en mal estado) de la presente Ley.”

Se trata de una previsión específica relativa a la expropiación de bienes cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos precisamente identificados. En general, las leyes en esas materias, como es el caso de la propia Ley de Defensa y Acceso lo que han regulado como sanción para el caso de la comisión de ilícitos es el comiso o la confiscación, pero nunca la expropiación de los bienes incursos en ilícitos.

²⁴ Véase en *Gaceta Oficial* 39.358 de 1 de febrero de 2010.

Cuarto, la misma norma, a renglón seguido, dispuso que “en todo caso” (que sólo se puede entender como referido a los casos en cuales se hayan cometido los ilícitos económicos y administrativos enumerados), la Administración puede tomar una serie de medidas preventivas administrativas, que son:

“ocupación, operatividad temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad.”

Dichas medidas, por supuesto, solo pueden justificarse porque se trata de casos en los cuales ha ocurrido la comisión de los mencionados ilícitos económicos y administrativos, que son los casos en los cuales la Ley indica que el Ejecutivo Nacional, además de velar por su corrección y represión mediante un procedimiento administrativo regulado en la misma, puede proceder a expropiar los bienes involucrados.

Quinto, finalizó la norma previendo otra novedad, que es que en los casos de expropiación “de acuerdo a lo previsto en este artículo,” que se refiere exclusivamente a expropiaciones ejecutadas en los casos de comisión de ilícitos económicos y administrativos, se puede “compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes.” Todo lo cual confirma que se trata de casos de expropiaciones decretadas en casos originados por la comisión de ilícitos económicos y administrativos, que son en los cuales pueden resultar las multas, sanciones y daños causados por tales conductas, que conforme a la norma podrían ser compensadas con el monto de la indemnización derivada de la expropiación.

Esta norma del artículo 6 de la Ley de Defensa, quedó materialmente con el mismo texto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos de noviembre de 2014, en la cual se refundieron las normas de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2010 y de la Ley de Costos y Precios Justos de 2011.

Con base en la normativa antes comentada de la Ley de Defensa y Acceso de 2010, y en una clara desviación de poder, se comenzaron a desarrollar en el país una serie de procesos expropiatorios, violándose la garantía establecida en el artículo 115 de la Constitución y las normas de la Ley de Expropiación de 2002, incluso respecto de bienes que no tienen relación alguna con los destinados a satisfacer necesidades de la colectividad que son los que protegía la Ley de Defensa y Acceso, y ahora protege la Ley Orgánica de Precios justos de 2014.

2. *El artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso (2010) y el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos*

Como se ha dicho, la Ley de Defensa y Acceso de 2008, fue reformada en 2010, introduciéndose en la misma únicamente un nuevo artículo, que fue el artículo 6, en el cual se incorporaron referencias a la institución de la expropiación, y que es el que se comenzó a aplicar ilegítimamente a partir de ese año para tratar de justificar la posibilidad de una supuesta ocupación administrativa de la propiedad en los procedimientos expropiatorios en violación del artículo 56 de la ley de Expropiación y de la garantía de la propiedad establecida en el artículo 115 de la Constitución.

Dicho artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso de 2010 disponía lo siguiente:

Artículo 6°. Declaratoria de utilidad pública. Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios.

El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional.

Igualmente el Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en los artículos 46, 47, 65, 66, 67, 68 y 69 de la presente Ley.

En todo caso, el Estado podrá adoptar la medida de ocupación; operatividad temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante procederá a realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda.

PARÁGRAFO ÚNICO. En los casos de expropiación, de acuerdo a lo previsto en este artículo, se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes

Dicho artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso de 2010, al ser sustituida por la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014, quedó como artículo 7, con la misma redacción salvo la eliminación de su segundo párrafo vacío y tautológico del artículo 6 precedente, en la forma siguiente:

Artículo 7. Declaratoria de utilidad pública. Se declaran y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios.

El Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, cualquiera de los ilícitos administrativos previstos en la presente Ley.

En todo caso, el Estado podrá adoptar medida de ocupación temporal e incautación de bienes mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante deberá procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción, distribución y consumo, de los bienes que corresponda.

En los casos de expropiación, de acuerdo a lo previsto en este artículo, se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes.

Analizaremos dicha previsión, refiriéndonos al artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso de 2010, en el entendido de que sus previsiones se conservaron en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014 que la derogó la anterior, para poder referirnos con coherencia a las decisiones del Tribunal Supremo sobre la misma, así como a los casos de su aplicación en materia expropiatoria. Todos los razonamientos que hacemos a continuación relativos al mencionado artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso y al ámbito de aplicación de sus disposiciones, son por tanto aplicables, *mutatis mutandi*, al análisis del artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014, y a su ámbito de aplicación.

3. *El ámbito de aplicación de la Ley de Acceso y Defensa*

Lo primero que requiere precisarse, cuando uno analiza la Ley de acceso de las personas, es el ámbito de aplicación de la Ley (que es la misma de la Ley de Precios Justos), en el sentido de que analizada globalmente la misma se refiere a bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades de la población, de la colectividad u del colectivo como lo indican muchas de sus normas. Por tanto, el ámbito de aplicación de la ley no es ni puede ser cualquier clase de bienes, sino sólo aquellos destinados a la satisfacción de necesidades colectivas.

Esto incluso lo ha precisado la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1269 de 17 de septiembre de 2014,²⁵ al declarar sin lugar el recurso de nulidad intentado contra del Decreto No. 7712 de 10 de octubre de 2010²⁶ mediante el cual se decretó la expropiación de las Plantas de las Industrias Venoco, productoras de Lubricantes, motor para vehículos, aceites de motor y ligas de freno; que había invocado la aplicación del artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso para ocupar administrativamente los bienes afectados sin pago alguno de indemnización, no justiprecio alguno ni depósito de monto alguno ante un tribunal.

Sobre el mencionado objeto o ámbito de aplicación de la Ley de Defensa y Acceso, es decir, a qué tipo de bienes y servicios se puede aplicar dicha Ley, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo comenzó en dicha sentencia, precisando que la misma se había dictado “atendiendo a la escasez de productos para la satisfacción de necesidades del colectivo, así como al aumento indebido de los precios, lo cual se aprecia de su exposición de motivos,” (p. 23/44); agregando que en definitiva se trata de una ley “*especial en materia de protección de consumidores y usuarios*” (p. 27/44).

Por tanto, los bienes declarados en la Ley como de utilidad pública e interés social, que son los que conforman su objeto, identificados en el artículo 6 como “todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios,” si bien no son solo los que la propia Ley define como de “primera necesidad,” tampoco son cualquier clase de bienes y servicios, de cualquier naturaleza, sino que son aquellos destinados a la satisfacción de necesidades del colectivo o necesidades de la colectividad; o en otras palabras de la Sala, aquellos *destinados a la satisfacción de necesidades colectivas o “del colectivo,”* (25/44), aquellos

²⁵ Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/168815-01269-18914-2014-2011-0328.HTML> Véase el comentario en Allan R. Brewer-Carías, “Notas sobre las implicaciones de la aplicación en paralelo del procedimiento sancionatorio regulado en la Ley de Defensa para el acceso de las personas a bienes y servicios, y del procedimiento expropiatorio regulado en la Ley de Expropiación: El caso Industrias VENOCO,” en *Revista de Derecho Público*, No. 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 137-144.

²⁶ Véase en *Gaceta Oficial* No. 39.528 de 11 de octubre de 2010.

que “permiten que la población vea satisfecha sus necesidades básicas” (p. 25/44), aquellos “dirigidos a la satisfacción de necesidades del colectivo” (p. 25/44), o aquellos “que satisfagan las necesidades de la población”(p. 37.44). Por ello, el Supremo Tribunal justificó la normativa de dicha Ley en el marco del “Estado Social”, refiriéndose a una sentencia anterior (No. 85 de 24 enero-2002) (p. 34/44) con el propósito de

“tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en debilidad o minusvalía jurídica, reforzando su protección jurídico-constitucional ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad y va a aminorar la protección de los fuertes, tratando de armonizar intereses antagónicos.” (p. 37/44).

III. LAS PREVISIONES RELACIONADAS CON LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY DE DEFENSA Y ACCESO Y SUS PREVISIONES (ARTÍCULO 7 DE LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS)

El artículo 4 de la Ley de Expropiación como se ha dicho, dispone que la expropiación forzosa de bienes solo puede llevarse a efecto con arreglo a sus propias previsiones “salvo lo dispuesto en las leyes especiales,” en las cuales se pueden establecer disposiciones en la materia que pueden privar sobre lo dispuesto en la Ley general de Expropiación.

Ni Ley de Defensa y Acceso ni la Ley Orgánica de Precios Justos son algunas de esas leyes especiales en materia expropiatoria, ni tienen por objeto regular la expropiación, por lo que, en general, no pueden ser considerada como una “ley especial” en materia expropiatoria que pueda privar sobre la Ley de Expropiación.

En dichas Leyes, en realidad, la palabra “expropiación” solo se utiliza en un solo artículo de su texto, que es el artículo 6 de la Ley de defensa y Acceso, incorporado en la reforma de la Ley de 2010, que se conservó en el artículo de la Ley Orgánica de Precios Justos, en los cuales se establecen varias previsiones vinculadas con la expropiación, que analizaremos a continuación, precisando sin embargo de entrada que ninguna de ellas, salvo una relativa a deducciones al monto de la compensación a pagar en casos de expropiación, puede configurarse como disposición “especial” o prevista en una “ley especial” en relación con la ley general de expropiación, pues nada contienen, en realidad, en materia de procedimiento expropiatorio que se configure como tal especialidad.

1. *La previsión sobre declaratoria de utilidad pública o social y su ausencia de “especialidad”*

En primer lugar, el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, establece la declaratoria de utilidad pública de los bienes y actividades regulados en la ley, en la forma siguiente:

Artículo 6: Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios. [...]

La norma se conservó con igual redacción en el primer párrafo del artículo 7 de la ley Orgánica de Precios Justos, con el único agregado lógico de extender la declaratoria de utilidad pública e interés social, no sólo respecto de “bienes” sino de los “servicios.”

Sobre esta declaratoria de utilidad pública o interés social contenida en esta disposición, la Sala Político Administrativa en la antes mencionada sentencia 1269 observó que, con ella “lo que pretendió el Legislador fue prever que no era necesaria una declaratoria de utilidad pública e interés social posterior a la ya -general y previa- por él instaurada” (p. 24/44); teniéndose en cuenta lo antes indicado por la propia Sala Político Administrativa en el sentido

que si bien dichos bienes y servicios no son sólo los declarados como de primera necesidad, sin embargo, son solo los considerados como necesarios o destinados a la satisfacción de necesidades colectivas o del colectivo.

Esta disposición declarando la utilidad pública de determinadas actividades en relación con determinados bienes y servicios, no contiene ninguna previsión que pueda considerarse como “especial” en relación con la Ley de Expropiación, pues en realidad no es sino la materialización, en una ley particular, del requisito establecido en el artículo 7.1 de la Ley de expropiación en el sentido de que para que ésta proceda es necesario un “disposición formal que declare la utilidad pública” mediante ley (artículo 13 Ley. E).

2. *La declaración de que se puede proceder a la expropiación de los bienes y servicios regulados en la Ley de Defensa y Acceso “sin que medie declaratoria de utilidad pública” y su ausencia de “especialidad”*

En segundo lugar, el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso dispone en su segundo párrafo que:

Artículo 6. [...] “El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional.” [...]

Este párrafo, con razón, se eliminó en el texto del artículo 7 de la ley Orgánica de Precios Justos.

En efecto de la simple lectura de esta previsión, lo único que resulta es su inutilidad y carácter tautológico. Si en el párrafo anterior del mismo artículo, antes transcritos se declara de utilidad pública e interés social los bienes y servicios a cargo de las personas sometidos a la ley, ya dicha declaración la ha formulado el legislados, por lo que obviamente no será necesaria una nueva y previa declaración de utilidad pública por parte del legislador, pues ya está formulada en la ley.

En consecuencia, esta norma no establece nada “especial” en materia expropiatoria o de procedimiento expropiatorio, siendo en realidad una previsión vacía e inútil.

3. *La declaración de que se puede proceder a la expropiación de los bienes y servicios regulados en la Ley de defensa y Acceso en casos de comisión de ilícitos económicos y administrativos, y su ausencia de “especialidad”*

El tercer párrafo del mismo artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, contiene otra declaración sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento de expropiación en la siguiente forma:

Artículo 6. [...] Igualmente el Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en los artículos 46, 47, 65, 66, 67, 68 y 69 de la presente Ley.” [...]

Esta norma se conservó, simplificada, en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos, expresando que:

“El Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, cualquiera de los ilícitos administrativos previstos en la presente Ley.”

Sin embargo, de nuevo puede considerarse que se trata de una declaración inútil, pues con base en la Ley de Expropiación, el Estado puede iniciar el procedimiento de expropiación cuando para los fines de utilidad pública o interés social que persigue, necesite determinados bienes de particulares, por lo que nada agrega en materia expropiatoria, no conteniendo dicha norma nada “especial en relación con el procedimiento expropiatorio”.

Sin embargo, en su mero carácter declarativo, estas normas de la Ley de Defensa y Acceso y de la Ley Orgánica de Precios Justos clarifican que el procedimiento expropiatorio que el Ejecutivo Nacional puede iniciar en el marco de la Ley es sólo cuando se hubieren cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el resto de los ilícitos administrativos establecidos en la Ley, que la norma de la Ley de Defensa y Acceso enumeró al referirse a los artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en los artículos 46, 47, 65, 66, 67, 68 y 69 de la Ley.

Estas normas establecen lo siguiente. En cuanto al artículo 114 de la Constitución, el mismo dispone el principio de que “El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley,” a cuyo efecto precisamente, la Ley de Defensa y Acceso regula los diversos supuestos de tales ilícitos.

Así, el artículo 16 citado en la norma del artículo 6 dispone:

Artículo 16. Protección de intereses. Se prohíbe y se sancionará conforme a lo previsto en la presente Ley, todo acto o conducta ejecutado por las proveedoras o proveedores de bienes y por los prestadores de servicios, que impongan condiciones abusivas a las personas:

1. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio, que ponga a las personas en situación de desventaja frente a otros.
2. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio en atención al medio de pago.
3. La subordinación o el condicionamiento de proveer un bien o prestar un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio no guarde relación directa con el mismo.
4. La negativa injustificada de satisfacer la demanda de las personas.
5. La imposición de precios y otras condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica.
6. Las conductas discriminatorias.
7. El cobro a las personas de recargos o comisiones, cuando el medio de pago utilizado por éste sea a través de tarjetas de crédito, débito, cheque, ticket o cupón de alimentación, tarjeta electrónica de alimentación o cualquier otro instrumento de pago.
8. La modificación o alteración del precio, la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios.
9. La negativa a expender, con o sin ocultamiento, productos o prestar servicios.
10. La restricción, con o sin ocultamiento, de la oferta, circulación o distribución de productos o servicios.

Se prohíbe y se sancionará a cualquiera de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, que entre ellos impongan condiciones abusivas que afecten a las personas o que tiendan al incremento indebido de precios, acaparamiento o boicot de productos o servicios.

Y el artículo 53, también citado en la norma del artículo 6, específicamente referido al tema de los precios, dispone lo siguiente:

Artículo 53. Del precio. En el precio de los bienes y servicios se deberá incluir toda tasa o impuesto que los grave y que deba pagar la persona.

El monto del precio deberá indicarse en moneda de curso legal, de manera clara e inequívoca y éste se expondrá a la vista del público, ya sea que se refiera a bienes o a servicios.

Ningún bien podrá ser expuesto a la venta sin que lleve marcado o impreso su precio de venta al público y la fecha en que se hizo el marcaje. El fabricante o productor debe marcar conforme a lo previsto en la presente Ley, la fecha de expiración del lapso durante el cual el producto es apto para el consumo. No podrán ser expuestos a la venta aquellos productos cuya fecha de expiración haya llegado a su límite.

En caso de productos de procedencia extranjera envasados en origen, deberá darse cumplimiento al marcaje de fecha de expiración, conforme a lo establecido en la presente Ley.

Como consecuencia de la protección general de intereses, de la prohibición de conductas y actividades que establecidas en los artículos 16 y 53, la misma Ley tipifica las diversas conductas que se consideran ilícitos, e indica, que además del procedimiento administrativo para sancionar tales ilícitos, además, en paralelo el Estado puede iniciar el procedimiento expropiatorio, refiriéndose específicamente a “cualquiera de los supuestos ilícitos administrativos previstos en los artículos 46, 47, 65, 66, 67, 68 y 69.”

Estos supuestos de ilícitos administrativos que regulaba la Ley de Defensa y Acceso y que regula la Ley Orgánica de Precios Justos, son los referidos a la violación de la prohibición de doble marcaje de precio (art. 46), la prohibición de incremento de precio de bienes de existencia ya marcada (artículo 47), la especulación (artículos 65 y 66), el acaparamiento (artículo 67), el boicot (artículo 68) y la prohibición de expendio de alimentos o bienes vendidos o en mal estado (artículo 69). Sobre estos ilícitos, debe destacarse además que la Ley tipifica como delitos penados con sanción de prisión a la especulación (artículo 138: dos a seis años de prisión), el acaparamiento (artículo 138: dos a seis años de prisión), el boicot (artículo 140: seis a diez años de prisión), y la alteración fraudulenta de precios (artículo 141: dos a seis años de prisión).

De acuerdo con la Ley, por tanto, es en relación con estos supuestos de ilícitos administrativos y económicos que la misma declara que el Ejecutivo podrá iniciar el procedimiento de expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley, y que por supuesto, los hayan cometido, lo que significa que en esos casos, dos procedimientos legales pueden desarrollarse en paralelo: en primer lugar, el procedimiento administrativo previsto en la Ley de fiscalización y sanción de las conductas mencionadas, y en su caso el procedimiento penal para la sanción y condena de los responsables de dichos ilícitos; y en segundo lugar, paralelamente, el procedimiento expropiatorio para el caso de que el Estado estime además que para el cumplimiento de sus actividades de utilidad pública e interés social, necesita apoderarse de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la Ley.

Lo importante a destacar en todo caso, es que se trata de dos procedimientos distintos: uno de carácter administrativo (y eventualmente penal por un lado) regulado por la ley de defensa y acceso, y otro que es el procedimiento expropiatorio, en todas sus fases, regulado en la Ley de Expropiación, y respecto del cual nada “especial” se establece en esta norma del artículo 6 la Ley de Defensa y Acceso.

4. *La declaración de que el Estado puede adoptar las medidas cautelares previstas en la Ley de Defensa y Acceso en el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en la misma y su ausencia de relación con el procedimiento expropiatorio*

El último de los párrafos del artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, y tercer párrafo del artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos contienen otra declaración que por supuesto sólo puede referirse al procedimiento administrativo regulado en la propia Ley de defensa y Acceso o en la Ley Orgánica de Precios Justos, iniciado para fiscalizar y sancionar los antes mencionados ilícitos administrativos y económicos, la cual nada tiene que ver con el procedimiento expropiatorio que pueda iniciarse respecto de los bienes de los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley. A tal efecto, dicha norma del artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso dispone lo siguiente:

Artículo 6. [...] En todo caso, el Estado podrá adoptar la medida de ocupación; operatividad temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante procederá a realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda”. [...]

Esta norma permaneció con igual sentido y casi exacta redacción en la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014, con el sólo agregado de que la incautación mencionada se refiere a “bienes”, y la eliminación de la obligación del ente ocupante de “realizar el inventario del activo;” pero sin percatarse el “legislador” que el régimen de dichas medidas establecidos en los artículos 111 y siguientes de la Ley de Defensa y Acceso de 2010, fue modificado y simplificado, e incluso calificadas con otra denominación en la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014.

Ahora bien, las normas lo que disponen es que “en todo caso,” en el cual se estén desarrollando los dos procedimientos antes mencionado, en paralelo, el procedimiento administrativo (y eventualmente penal) destinado a sancionar a los responsables de los ilícitos administrativos y económicos; y el procedimiento expropiatorio destinado a la adquisición forzosa de los bienes de los sujetos sometidos a la Ley y que obviamente hayan cometido esos ilícitos, el funcionario competente, por supuesto, en el curso del primero de dichos procedimientos que estaba a cargo del Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) hasta 2014 y después de esa fecha, a cargo de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), “podrá adoptar la medida de ocupación; operatividad temporal e incautación” que no son otras que las medidas preventivas administrativas que se regulan precisamente en el procedimiento administrativo de sanción establecido en los artículos 111 y 112 y 113 de la Ley de Defensa y Acceso de 2010, y de los artículos 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Precios Justos.

En esos casos, dispone la norma que dichas medidas del procedimiento administrativo de fiscalización y sanción se pueden adoptar, “mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional,” y todo ello, con el único y preciso propósito de “garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad.”

Dichas medidas preventivas de orden administrativas, por tanto, hasta 2014 podían adoptarse exclusivamente por los funcionarios del Instituto para la defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y servicios (Indepabis), que era la Administración competente para ello conforme se dispone en los artículos 110 y 111 de la Ley, y a partir de 2014 por la los funcionarios de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE) que es la Administración competente para ello, en ambos casos, en el procedimiento de fiscalización y sancionatorio correspondiente que pueden iniciar, y que podrían durar “mientras dure el procedimiento expropiatorio.”

Dichas Leyes no dispone, en absoluto, que dichas medidas preventivas puedan adoptarse “en el procedimiento expropiatorio” sino que una vez adoptadas por el Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) o la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), como la autoridad competente en el procedimiento administrativo de fiscalización y sancionatorio correspondiente, las mismas pueden durar “mientras dure” el procedimiento expropiatorio que se puede iniciar, y cuyo desarrollo ejecutivo, además está a cargo de una autoridad distinta de la que puede adoptar las dichas medidas preventivas, que es la entidad expropiante.

De ello resulta que la previsión final del párrafo cuarto del artículo 6 de la Ley de defensa y Acceso, cuando disponía que “el órgano o ente ocupante procederá a realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda,” o del artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos cuando dispone que “el órgano o ente ocupante deberá procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción, distribución y consumo, de los bienes que corresponda,” al referirse en ambos casos al “órgano ocupante,” por supuesto que se refiere al “Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) antes de 2014 y a la Superintendencia a partir de 2014, que son en el tiempo, los únicos órganos con competencia para dictar las medidas preventivas administrativas de ocupación en el procedimiento sancionatorio.

De todo lo anteriormente indicado resulta por tanto claro que el cuarto párrafo del artículo 6 de la ley de Defensa y Acceso y ahora del tercer párrafo del artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos, tampoco disponen nada “especial” respecto del procedimiento expropiatorio, pues lo que regula son medidas que pueden adoptarse en un procedimiento administrativo de sanción de conductas ilícitas de acuerdo con la Ley de Defensa y Acceso o la Ley Orgánica de Precios Justos, por la institución encargada respectivamente de ejecutar las actividades administrativas en dichas leyes, y que son objeto del procedimiento de fiscalización sancionatorio, cuando el mismo se realiza en paralelo con el procedimiento de expropiación de los bienes de los sujetos sometidos a las mismas, que por lo demás está a cargo de la entidad expropiante; en cuyo caso, lo único que dispone la Ley es que las medidas preventivas adoptadas en el procedimiento sancionatorio pueden permanecer en aplicación mientras dure el procedimiento expropiatorio. Ello en forma alguna modifica el procedimiento expropiatorio previsto en la Ley de Expropiación ni constituye nada “especial” respecto den ella de la normativa regulada.

5. *Las medidas preventivas reguladas en la Ley de Defensa y Acceso para ser aplicadas en el procedimiento sancionatorio previsto en la misma, y su desvinculación con el procedimiento expropiatorio*

Las medidas preventivas que regulaba la Ley de defensa y acceso, que podían adoptarse en los procedimientos sancionatorios en ella previstos, y que se enumeraban taxativamente el artículo 112 de la misma (tipos de medidas preventivas), eran las siguientes:

Primero, la *ocupación y operatividad temporal*, la cual se materializa “mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento local, bienes y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad.” A tal efecto, el órgano o ente ocupante debe proceder a realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda.

Se trata de una medida que por tanto tiene por objeto específico, el “garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad,” a cuyo efecto el ente ocupante debe ejecutar “las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda.” Esa es, por tanto, la única finalidad que puede tener la aplicación de la medida de ocupación temporal y operatividad temporal.

Segundo, la *toma de posesión* de los bienes y el uso de sus respectivos medios de transporte, pudiendo el Inbepabis, cuando se trate de bienes de primera necesidad, poner los mismos “a disposición de las personas,” a través de los mecanismos que se consideren pertinentes.

Tercero, la *toma de posesión* de los bienes y de los medios de transporte con los que se suponga fundadamente que se ha cometido cualquiera de los supuestos de ilícitos administrativos de la especulación (artículos 65 y 66), el acaparamiento (artículo 67), el boicot (artículo 68) y la prohibición de expendio de alimentos o bienes vencidos o en mal estado (artículo 69), previo el levantamiento de acta en la cual se especifiquen dichos bienes. En aquellos casos que se trate de bienes de primera necesidad, el Instituto puede poner los mismos a disposición de las personas, a través del *comiso* inmediato de los bienes u otros mecanismos que se considere pertinentes.

Cuarto, *cierre temporal del establecimiento* o local, con la finalidad de que el presunto infractor subsane los supuestos que motivaron la aplicación de la medida. El lapso del cierre que se fije puede extenderse en caso de incumplirse o irrespetarse la medida preventiva.

Quinto, la *retención preventiva del medio de transporte* cuando existan suficientes elementos de la presunta comisión del delito de contrabando de extracción. En este caso el funcionario debe poner a la orden del Ministerio Público o a la orden de los organismos de seguridad del Estado, al conductor, propietario o cualquier otra persona relacionada con el ilícito, así como el respectivo medio de transporte.

Sexto, todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar el bienestar colectivo de manera efectiva, oportuna e inmediata.

Durante la vigencia de cualquiera de las medidas, los trabajadores seguirán recibiendo el pago de salarios y los derechos inherentes a la relación laboral y la seguridad social.

Por último, la medida preventiva adoptada surte efectos de manera inmediata, aun sin la presencia de la persona afectada.

En todo caso, las antes mencionadas medidas, conforme se dispone expresamente en el artículo 112 de la Ley, solo pueden “ser dictadas conforme” a lo establecido en el artículo 111 de la misma Ley, en el cual se establecen lo que se denomina como “supuestos de procedencia” de las mismas, y que consiste en la existencia siempre de un “peligro del daño,” el cual viene determinado “por el interés individual o colectivo para satisfacer las necesidades en la disposición de bienes y servicios de calidad de manera oportuna, especialmente aquellos inherentes al derecho a la vida, a la salud y a la vivienda.” A los efectos de la medida preventiva, como principio definió la Ley que “la presunción de buen derecho se origina en el derecho del pueblo a la construcción de una sociedad justa y amante de la paz.”

Con base en este supuesto, la Ley otorga a los funcionarios autorizados del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, amplias facultades para proceder a dictar y ejecutar las medidas preventivas, siempre conforme a las disposiciones del procedimiento administrativo regulado en la Ley, en cualesquiera de las siguientes situaciones:

Primero, cuando el o los sujetos de la cadena de producción, distribución y consumo, prestadores de servicios, o terceros responsables “cierren, abandonen, restrinjan la oferta, se nieguen a expender bienes, obstaculicen el desarrollo normal de cualquiera de las etapas de la cadena, alteren las características de la prestación del servicio” de los considerados esenciales (artículo 7) o presuntamente hubieren omitido realizar “cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso, en cualquiera de las fases de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización.”

Segundo, cuando el requerido conforme a la ley, “no exhiba los libros y documentos pertinentes o no aporte los elementos necesarios para efectuar la fiscalización.”

Tercero, cuando la declaración de los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, de los prestadores de servicios, o terceros responsable, “no esté respaldada por los documentos, contabilidad u otros medios que permitan conocer los antecedentes así como el monto de las operaciones que deban servir para la determinación de su contabilidad.”

Cuarto, cuando dichos sujetos “se opongan u obstaculicen el acceso a los locales, oficinas o lugares donde deban iniciarse o desarrollarse las facultades de fiscalización, de manera que imposibiliten el conocimiento cierto de las operaciones que allí se realicen.”

Quinto, los mismos sujetos “lleven dos o más sistemas de contabilidad con distinto contenido;” “presenten los libros y registros de la contabilidad, la documentación comprobatoria o no proporcionen las informaciones relativas a las operaciones registradas;” omitan “el registro de operaciones o presunta alteración de ingresos, costos y deducciones;” lleven un “registro de compras, que no cuenten con los soportes respectivos;” o no cumplan con “las obligaciones sobre valoración de inventarios o no establezcan mecanismos de control de los mismos.”

Sexto cuando haya omisión o presunta “alteración en los registros de existencias que deban figurar en los inventarios, o registren dichas existencias a precios distintos a los de costo;” se adviertan “presuntas irregularidades que imposibiliten el conocimiento cierto de las operaciones;” se. Advierta “riesgo de destrucción, desaparición o alteración de los bienes y de la documentación que se exija conforme a las disposiciones de esta Ley, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro elemento probatorio relevante para la determinación de los hechos investigados.”

Séptimo, cuando el caso que el infractor “persista en vender los alimentos o productos a precios especulativos,” y cuando “se verifique la presunta violación de lo establecido en los

artículos 16, 53 y cualquiera de los supuestos de ilícitos administrativos, tipificados como especulación (artículos 65 y 66), acaparamiento (artículo 67), boicot (artículo 68) y la prohibición de expendio de alimentos o bienes vencidos o en mal estado (artículo 69).

Todas estas conductas ilícitas dan origen a la apertura del procedimiento administrativo para sancionarlas; y el hecho de que en paralelo la ley disponga que en tales casos el Estado también puede iniciar un procedimiento de expropiación para adquirir los bienes afectos a las actividades sujetas a la Ley, en el cual debe cumplirse con lo establecido en la Ley de Expropiación no cambia nada en cuanto a lo establecido en la misma, por lo que el mencionado párrafo cuarto del artículo 6 de la Ley, no contiene nada de “especial” en relación con lo establecido en la Ley de Expropiación.

En la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014, se simplificaron las previsiones relativas a las medidas preventivas que se pueden adoptar en el procedimiento administrativo de fiscalización que debe llevar a cabo la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), a cuyo efecto, el artículo 39 las reguló, con menos carácter garantista que la ley precedente, en la forma siguiente:

Artículo 39. Medidas Preventivas. Si durante la inspección o fiscalización, la funcionaria o el funcionario actuante detectara indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley, y existieren elementos que permitan presumir que se puedan causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia. Dichas medidas podrán consistir en:

1. Comiso.
2. Ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad, o para el transporte o almacenamiento de los bienes comisados.
3. Cierre temporal del establecimiento.
4. Suspensión temporal de las licencias, permisos o autorizaciones emitidas por la SUNDDE.
5. Ajuste inmediato de los precios de bienes destinados a comercializar o servicios a prestar, conforme a los fijados por la SUNDDE.
6. Todas aquellas que sean necesarias para impedir la vulneración de los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos, protegidos por la presente Ley.

Cuando se dicte la ocupación temporal, tal medida se materializará mediante la posesión inmediata, la puesta en operatividad y el aprovechamiento del establecimiento, local, vehículo, nave o aeronave, por parte del órgano o ente competente; y el uso inmediato de los bienes necesarios para la continuidad de las actividades de producción o comercialización de bienes, o la prestación de los servicios, garantizando el abastecimiento y la disponibilidad de éstos durante el curso del procedimiento.

Cuando el comiso se ordene sobre alimentos o productos perecederos, podrá ordenarse su disposición inmediata con fines sociales, lo cual deberá asentarse en acta separada firmada por el representante del organismo público o privado.

6. *El único supuesto en el cual la Ley de Defensa de Acceso previó una regulación que podría considerarse como “especial” en relación con la Ley de Expropiación relativa al monto de la compensación a ser pagada al expropiado*

De todo lo anteriormente expuesto, resulta que de todo el contenido del artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, la única previsión que establece una regulación sobre la expropiación que podría considerarse como una previsión “especial” en relación con el procedimiento expropiatorio de la Ley de Expropiación, es la contenida en el “Párrafo único” final del

artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, en el cual se dispone una regulación sobre el monto de la compensación a ser pagada al expropiado, en los casos de expropiaciones de bienes de los sujetos sometidos a la aplicación de Ley.

El “Párrafo Único” de dicho artículo 6, en efecto, establece lo siguiente:

“PARÁGRAFO ÚNICO. En los casos de expropiación, de acuerdo a lo previsto en este artículo, se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes.”

Una disposición con idéntico contenido se incluyó en el último párrafo del artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos.

Es decir, conforme a esta disposición, en los casos en los cual se inicie un procedimiento expropiatorio de bienes de los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley, conforme a las previsiones del mismo artículo 6, es decir, en paralelo al procedimiento administrativo establecido para la aplicación de las sanciones por la comisión de los ilícitos económicos y administrativos previstos en la Ley de Defensa y Acceso, esta previsión autoriza al juez de la expropiación a quien corresponde proveer por la realización del justiprecio de los bienes a expropiar mediante la Comisión de Avalúo regulada en el artículo 19 de la Ley de Expropiación, a permitir que del monto total de la compensación o indemnización debida al expropiado por la expropiación de sus bienes, se pueda “compensar y disminuir” del mismo antes de que el tribunal acuerde el pago, los montos correspondiente “a multas, sanciones y daños causados.”

Esta norma, en relación con las deducciones que a título de compensación pueden efectuarse al monto de la indemnización o compensación debida al expropiado, no prevista en la Ley de Expropiación, y es por tanto la única de las previsiones de la Ley de Defensa y Acceso y ahora de la Ley Orgánica de Precios Justos, que podría considerarse como de carácter “especial” en relación con las previsiones de la Ley de Expropiación.

IV. LA INCONSTITUCIONAL E ILEGAL PRÁCTICA DE TRATAR DE APLICAR A LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN, COMO MEDIO PARA OCUPAR LOS BIENES EXPROPIADOS, LAS MEDIDAS PREVENTIVAS PREVISTAS EN LA LEY DE DEFENSA Y ACCESO, BURLANDO LO EXIGIDO EN EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN

Queda claro, en todo caso, de las previsiones de la Ley de Defensa y Acceso de 2010 y ahora de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014, que en materia de aplicación de sus disposiciones, dos procedimientos paralelos pueden tener lugar:

En primer lugar, el procedimiento administrativo de fiscalización previsto en dichas leyes, para velar por el cumplimiento de la ley, en el cual se autoriza al ente respectivo del Estado encargado de la ejecución de dichas leyes, el anterior Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) y actualmente la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), para adoptar medidas preventivas, entre las cuales está la de ocupación y operatividad temporal de los bienes “para garantizar la disposición de los bienes y servicios por parte de la colectividad,” (Ley 2010), y “destinadas a impedir que se continúen quebrantando” las disposiciones legales (Ley 2014).

En segundo lugar un procedimiento de expropiación previsto en la Ley de Expropiación, que puede iniciarse por el Ejecutivo Nacional para la adquisición por el Estado de los bienes de los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley de Defensa y Acceso o la Ley Orgánica de

Precios Justos, cuyo desarrollo está a cargo del ente expropiante que se determine en el Decreto de expropiación, que es el que puede solicitar al juez de expropiación la ocupación previa de los bienes expropiados conforme a las previsiones del artículo 56 de la ley de Expropiación; y que, en todo caso, es una autoridad ejecutiva distinta sea al anterior Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis) o al actual la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), que nunca podrán tener la condición de ente expropiante.

En paralelo al desarrollo de dicho procedimiento expropiatorio, en el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en las Leyes de Defensa y Acceso y en la Ley Orgánica de Precios Justos, pueden dictarse medidas preventivas siempre que se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos, que pueden durar mientras concluye el primero.

Ahora bien, en contra de las regulaciones de dichos dos procedimientos que deben desarrollarse paralelamente, y que están a cargo de autoridades administrativas diferentes, en la práctica gubernamental de los últimos años, a partir de 2100, el Poder Ejecutivo ha ilegítimamente mezclado los mismos, y en una evidente desviación de poder en el procedimiento, ha pretendido sustituir la ineludible necesidad de que la ocupación previa de los bienes expropiados se realice conforme al artículo 56 de la Ley de Expropiación, previo justiprecio y pago del monto de la indemnización ante el juez competente; por la ocupación temporal regulada para otros fines sancionatorios en la Ley de Defensa y Acceso, actualmente la ley Orgánica de Precios Justos.

Ello ha ocurrido en múltiples casos, y en particular en el caso del Decreto No. 7712 de 10 de octubre de 2010,²⁷ mediante el cual el Ejecutivo nacional decidió proceder a la expropiación de los bienes de diversas empresas del grupo Venoco para lo que calificó la realización de la obra como “Soberanía en la elaboración y suministro de bases lubricantes, lubricantes terminado, aceites dieléctricos, rasas y liga para frenos” (art. 1), y que dio origen a la sentencia antes mencionada de 2014, que fijó el objeto y ámbito de aplicación de la Ley de Defensa y Acceso.

La base legal del Decreto para justificar la declaratoria legislativa de utilidad pública o interés social, fue el artículo 5 de la Ley de Expropiación y además, el artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, pero en este último caso, sin indicar nada sobre posibles ilícitos económicos o administrativos por parte de las empresas afectadas, que era lo que podía justificar su invocación, ya que dicho artículo sólo se puede aplicar “cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos” (art. 6). El Decreto, sin embargo, de conformidad con dicho artículo 6 de la Ley de Defensa y Acceso, ordenó “la ocupación de los bienes” afectados de expropiación por parte de PDVSA “a los fines de su puesta en operatividad administrativa y aprovechamiento” (art. 6); es decir, ordenó la “ocupación administrativa” de bienes en un procedimiento expropiatorio, lo cual es contrario a la Ley de Expropiación, que solo permite la ocupación judicial de los bienes expropiados.²⁸ Además, la “ocupación administrativa”

²⁷ Véase en *Gaceta Oficial* No. 39528 de 11 de octubre de 2010.

²⁸ Véase lo expuesto en los comentarios a la sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1269 de 17 de septiembre de 2014 (disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/168815-01269-18914-2014-2011-0328.HTML>), en Allan R. Brewer-Carías, “Notas sobre las implicaciones de la aplicación en paralelo del procedimiento sancionatorio regulado en la Ley de Defensa para el acceso de las personas a bienes y servicios, y del procedimiento expropiatorio regulado en la Ley de Expropiación: El caso Industrias VENOCO,” en *Revista de Derecho Público*, No. 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 137-144.

decretada también violó el artículo 6 de la ley de Defensa y Acceso pues para poder dictar una medida preventiva de ocupación administrativa temporal conforme, debía previamente haberse abierto un procedimiento administrativo sancionatorio por el Instituto para la defensa de las personas en el acceso de los bienes y servicios” (Indepabis), por supuestos ilícitos económicos o administrativos que se hubiesen cometido, lo que no fue el caso. Además, la “ocupación administrativa” decretada también era contraria a los artículos 6 y 112,1 de la Ley, pues sólo podía haberse dictado para “garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad,” y no para poner “en operatividad, administración y aprovechamiento” las plantas por parte de PDVSA como lo dispuso el decreto No. 7712 de expropiación (2010).

¿ES NECESARIA LA TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO? UNA PROPUESTA

Serviliano Abache Carvajal

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela,
Universidad Católica Andrés Bello,
Universidad Metropolitana y Universidad Católica del Táchira*

Resumen: *En el presente trabajo se propone la innecesidad de las medidas cautelares para suspender la eficacia del acto administrativo, partiendo de nuestra tesis sobre su exigibilidad al adquirir definitiva firmeza.*

Palabras Clave: *Acto administrativo, presunción de legitimidad, eficacia, firmeza, derechos fundamentales*

Abstract: *In this paper the lack of necessity of cautionary measures to suspend the efficacy of the administrative act is proposed, applying our thesis about its effectiveness upon acquiring definite firmness.*

Key words: *Administrative act, legitimacy presumption, efficacy, firmness, fundamental rights.*

I. INTRODUCCIÓN

La respuesta al interrogante contenido en el título del presente trabajo, debe responderse de una manera algo ambigua: *depende*, si se trata de los -doctrinariamente denominados- actos administrativos de “efectos generales o particulares”. Si el acto es de “efectos generales”, sí resulta necesaria la tutela cautelar para suspender sus efectos, pues no hay otra forma de lograr tal cometido. En cambio, si se está ante uno de “efectos particulares”, nuevamente, *depende*. En este caso, dependerá de la concepción que se siga sobre la exigibilidad del acto administrativo. La tradicional, de acuerdo a la cual el acto resulta exigible apenas es dictado y notificado, hace -indiscutiblemente- necesaria la medida cautelar de suspensión de efectos o la de amparo cautelar, para lograr detener (suspender) la eficacia del acto una vez impugnado. Empero, una concepción distinta, como la que he propuesto recientemente¹, hace totalmente innecesaria cualquier medida cautelar para lograr tal fin, pues el acto administrativo no se puede entender exigible hasta que el mismo alcance definitiva firmeza. Esta tesis es la que ocupará la reflexión que sigue.

¹ *Vid.*, nuestra teoría sobre la eficacia del acto administrativo en Serviliano Abache Carvajal, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 93, Caracas, 2012, pp. 188 y ss.

II. LA FINALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

Es sabido que el derecho a la tutela cautelar, o a solicitar medidas cautelares, es una manifestación directa e integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva², de expreso arraigo en nuestra Constitución³, cuya finalidad no es otra que proteger temporalmente -mientras se sustancia el proceso- a las partes del juicio y, con ello, evitar que se haga ilusoria la sentencia en la que se declare la procedencia de la pretensión finalmente reconocida. En este sentido, UCÍN precisa que las medidas cautelares están dirigidas “en algunos casos, a proteger o preservar el objeto del proceso judicial o, en otros, a anticipar ciertos efectos de la sentencia a dictar en el [proceso] principal”⁴ (corchetes míos), así como “evitar que la sentencia final se torne ilusoria o ineficaz”⁵.

En efecto, y específicamente en el proceso administrativo, se ha dicho que “las medidas cautelares sirven para proteger la posición jurídica del recurrente de manera provisional mientras dura el juicio y hasta tanto el juez determina la procedencia de las pretensiones de fondo de quien se presenta ante él. De esta forma, no sólo se asegura al recurrente que a lo largo del proceso la situación seguirá como estaba antes de que se produjera la actuación administrativa que lo llevó ante los tribunales, sino también que, en caso de obtener al final del juicio una sentencia favorable a sus pretensiones, esa sentencia sea susceptible de ser ejecutada”⁶.

En sintonía con lo anterior, se ha llegado a considerar que “las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo”⁷.

² Así lo ha entendido, entre otros, Víctor Hernández-Mendible: “El derecho a solicitar medidas cautelares constituye un derecho público subjetivo que debe garantizarse siempre y cuando se cumplan los presupuestos procesales para su concesión, en cuyo caso el órgano jurisdiccional no tiene discrecionalidad para otorgar o no las medidas cautelares, sino que se encuentra ante una auténtica obligación de concederlas, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva.// La tutela judicial no será efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen la protección cautelar, mientras se produce la sentencia que reconozca la existencia del derecho o interés cuya tutela se reclama”. Víctor Hernández-Mendible “Los derechos constitucionales procesales” en Allan Allan Brewer-Carías, y Víctor Hernández-Mendible (Dir.), *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 92, Caracas 2011, pp. 98 y 99.

³ Artículo 26 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.// El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

⁴ María Carlota, “Capítulo I-Nociones fundamentales” en Camps, Carlos E. (Dir.), *Tratado de las medidas cautelares*, Abeledo Perrot, 1ª edición, Buenos Aires, 2012, p. 3.

⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁶ Alejandra Figuerías Robisco, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, *Manual de práctica forense contencioso administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Práctica Forense N° 1, Caracas, 2009, p. 146.

⁷ Víctor R. Hernández-Mendible, *op. cit.*, p. 99.

Lo que se quiere, en definitiva, es “prevenir las repercusiones perjudiciales, garantizando las consecuencias del proceso y la tutela efectiva del derecho que se hace valer en aquél”⁸.

III. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL (¿E INCONSTITUCIONAL?) DE EFICACIA INMEDIATA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina ha tradicionalmente considerado que los actos administrativos definitivos son exigibles, aun cuando los mismos no sean firmes, sobre la base de que éstos son ejecutivos en sí mismos y de forma automática, en virtud de lo cual su mera impugnación no suspende sus efectos. Dicho de otra forma, se ha estimado que los actos administrativos que ponen fin a un procedimiento de primer grado gozan de *eficacia inmediata*.

En esta tendencia se ha ubicado, entre otros, Allan Brewer-Carías, en cuya autorizada opinión el carácter ejecutivo de los actos administrativos “implica como principio que los efectos de los mismos no se suspenden por el hecho de que contra los mismos se intenten los recursos contencioso-administrativos”⁹, al punto que el acto administrativo “es ejecutable de inmediato y, en sí mismo, tiene carácter ejecutivo”¹⁰.

En sintonía con la posición señalada, la doctrina tradicional ha expuesto y reiterado en un sinfín de oportunidades, que la ejecutividad de los actos administrativos implica que éstos son, una vez dictados y notificados, exigibles, de manera que para lograr la suspensión de sus efectos, el recurrente deberá elevar al juez contencioso administrativo tal solicitud y demostrar la presencia de los requisitos necesarios para su procedencia, a saber: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, agregando a los anteriores, dependiendo de la exigencia legal de que se trate, el *periculum in damni*.

IV. NUESTRA PROPUESTA SOBRE LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SU DEFINITIVA FIRMEZA

En los términos que lo he propuesto con anterioridad¹¹, el acto administrativo se entiende eficaz porque se presume (o es) legítimo¹². Al respecto, resulta necesario hacer la siguiente reflexión.

⁸ Ramiro Simón Prados, *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires 2004, p. 18.

⁹ Allan Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas 2002, p. 517.

¹⁰ *Ibid.*, p. 206.

¹¹ “En resumen, la presunción de legitimidad constituye el *fundamento* mismo de la exigibilidad de la voluntad de la Administración Tributaria, esto es, sólo el acto presuntamente legítimo -así como, obviamente, *el legítimo*- será ejecutable en respeto de la dogmática constitucional reguladora y propulsora de la garantía de los derechos fundamentales del contribuyente, de ahí su importancia y carácter teleológico: *éste, y no otro, es su fin, es su causa final*”. Serviliano Abache Carvajal, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

¹² Brevemente, el acto administrativo *se presumirá* legítimo cuando no ha sido objeto de revisión judicial, esto es, no fue sometido al control de legalidad de los jueces de lo contencioso administrativo por razón de la inactividad del propio administrado, caducando el lapso para ello, siendo la legitimidad en sí la que se presume, la cual obviamente no se conoce ni se puede determinar con mayor certeza por la falta de impugnación; mientras que *será* legítimo, cuando haya sido recurrido en sede judicial y haya sido declarado como tal por el órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta, claro está, que

Como indicamos, la doctrina dominante reitera la eficacia inmediata que detentan los actos administrativos, en virtud de lo cual, una vez dictados y notificados, los mismos son *automática e inmediatamente* exigibles. Paralelamente se ha afirmado que los derechos fundamentales son la *base y esencia misma* del Estado de Derecho, de ahí su preeminencia jurídica frente a las facultades de la Administración y caracteres de sus actos, razón por la cual constituyen un *límite* en la actividad administrativa.

En este sentido se encuentra, nuevamente, la más autorizada doctrina patria, en la opinión de Brewer-Carías, quien, por un lado, ha seguido la doctrina tradicional sobre la eficacia inmediata de los actos administrativos desde su emisión y notificación, en los términos expuestos, también enseñando, por otro lado, la preeminencia de los derechos fundamentales del particular frente a la ejecución de la voluntad administrativa, con especial mención al derecho a la defensa, explicando que: “(...) la ejecución de los actos administrativos encuentra como límite a las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente el respeto de su integridad personal y de sus bienes; que exige de la Administración Pública que su actuación ejecutoria sea siempre razonable, impuesta por la necesidad; que deba realizarse siempre respondiendo, favorablemente a los derechos y garantías del administrado; respetando el principio de la proporcionalidad entre medios y fines, sin discriminación alguna, y asegurándose el debido proceso, y dentro de él, el derecho a la defensa”¹³.

Ahora bien, lo desarrollado por la doctrina pareciera deberse a la reafirmación, por un lado, de un viejo aunque importante atributo de los actos administrativos: su ejecutividad; y por el otro, a la evolución, adopción y respeto de los derechos fundamentales, posturas que, cuando revisadas de manera conjunta, pudieran arrojar resultados algo encontrados, si no son evaluadas en su justa medida.

Es por lo anterior, que nos surge el siguiente interrogante: ¿resultaría sustentable defender de manera simultánea, que la ejecución de los actos administrativos encuentra su límite en los derechos fundamentales del administrado, y que dichos actos son, una vez dictados y notificados, *inmediatamente* ejecutables, si tomamos en cuenta que una vez notificados el “lapso de impugnación” que posee el particular para contradecir la voluntad administrativa, es una notable y directa manifestación del derecho a la defensa?

aunque haya pasado por el control de legalidad de los jueces, si bien tampoco se tendría un nivel *pleno* de certeza, no sería alejado afirmar que, al menos, se gozaría de mayor certidumbre sobre la legitimidad del acto impugnado. Como se observa, en ambos casos (cuando se presume o sea legítimo) el acto administrativo será siempre *definitivamente firme*. Para un análisis detallado sobre la *estructura y elementos* de la denominada “presunción” de legitimidad del acto administrativo, *vid.* nuestras propuestas en *ibid.*, pp. 170-176.

¹³ Allan Brewer-Carías, “Sobre la importancia para el Derecho Administrativo, de la noción de acto administrativo y de sus efectos”, *Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas 1997, p. 42. En igual sentido, uno de los más prolíficos exponentes de la doctrina española, el catedrático Eduardo García de Enterría, quien también sigue (como la mayoría) la teoría de la *eficacia inmediata* de los actos administrativos [*Vid.* Eduardo García de Enterría, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, séptima edición, Madrid 1995, pp. 491 y ss., y pp. 555 y ss.], ha paralelamente resaltado la “preeminencia” de los *derechos fundamentales* sobre la *exigibilidad* de la voluntad administrativa, en los términos siguientes: “Siempre que se invoquen, con alguna seriedad, derechos fundamentales, la regla es precisamente el carácter suspensivo del recurso y esto tampoco por una razón puramente mecánica, sino porque los derechos fundamentales son el fundamento del orden jurídico, en tanto que la ejecutoriedad de la acción administrativa es un instrumento ordinario, sumamente respetable, de gestión administrativa, pero no es en sí mismo un fundamento del orden”. Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, segunda edición ampliada, Madrid 1992, pp. 55 y 56.

En efecto, si como lo asevera la doctrina y creemos nosotros, los derechos fundamentales del administrado constituyen un *límite intraspasable de la actividad administrativa y de la ejecución de su voluntad*, entonces, vale igualmente preguntarse en este estado de la evolución del pensamiento jurídico y preeminencia (aplicación *prima facie*) de los derechos fundamentales, ¿si tiene cabida en toda su extensión o, por lo menos, con la misma fuerza que en algún momento tuvo, la teoría de la ejecución *inmediata* de los actos administrativos cuya legalidad se desconoce¹⁴ y que afectan de manera negativa, personal y/o patrimonialmente, la esfera subjetiva de los particulares?

En virtud de lo anterior, y en mi opinión, aparte de resultar difícil encontrar sustento simultáneo a los temas apuntados, este tipo de acto de la Administración no puede, en armonía con la preeminencia de los derechos fundamentales del individuo frente a los bienes colectivos y facultades administrativas, entenderse ejecutable una vez dictado, así como tampoco luego de ser notificado, sino que más bien, el inicio y desarrollo *pleno* de su eficacia en el tiempo están forzosamente sometidos a una condición suspensiva *sustancial e inherente* al acto mismo: *la firmeza de la voluntad administrativa*; bien sea por medio del transcurso íntegro e inalterado del lapso legal de impugnación del administrado, como manifestación directa e inmediata del derecho a la defensa, o por haber sido sometida a un proceso de cognición y control judicial y, eventualmente, *confirmada* formalmente su apego a Derecho; ambas posibles vertientes enmarcadas en el respeto y garantía de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Así las cosas, un acto administrativo ejecutado *antes* del transcurso íntegro del señalado lapso, que representa la posibilidad de ejercer las defensas de ley y cuestionar la voluntad de la Administración, se colocará por encima de la propia *esencia* del ordenamiento jurídico y, con ello, ineludiblemente se sustraerá de él. La inexigibilidad del acto como consecuencia del no transcurso del lapso de impugnación, constituye uno de los límites *formales e infranqueables* de mayor importancia que representa el *derecho fundamental a la defensa* para la actuación administrativa y los bienes colectivos.

Por su parte, la exigibilidad de un acto administrativo que haya sido impugnado ante los tribunales de justicia, mientras no haya recaído sentencia definitivamente firme en la causa - algo que nos recuerda, en cierta medida, la criticable y peligrosa doctrina de la “deferencia judicial hacia el ejecutivo”¹⁵ -marginaría a todas luces la *función judicial*, al extremo de que, en caso de ser encontrado y declarado absolutamente nulo el acto *después* de haber sido cumplido, tal fallo no podrá impedir la consumación de lo *ya ejecutado*, indistintamente de los *teóricos* efectos *ex tunc* de su declaratoria anulatoria y de la procedente “reparación” de la situación jurídica infringida, que, como es sabido, en todo caso llegará demasiado tarde,

¹⁴ Así también lo ha entendido el profesor Johann-Christian Pielow, quien, a partir de la *libertad de actuación* del particular, ha planteado lo siguiente: “Ahora bien, si hubiera dudas en la legalidad de una medida del poder público, que limita esa libertad, también debe valer en el derecho procesal, que la decisión no puede ser ejecutada, hasta que la pregunta de la justificación de la medida esté solucionada”. Johann-Christian Pielow, “Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa”, *Terceras Jornadas Internacionales Allan Randolph Brewer-Carias*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997, p. 210.

¹⁵ Sobre esa doctrina, *vid.* Luis Ortiz-Álvarez, “El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas 1997, pp. 84 y ss.

pudiendo, inclusive, haberle costado la existencia *jurídica* al administrado, cuando no la *fáctica*; sin duda, un perjuicio irreparable¹⁶.

Es por lo anterior que “una prescripción legal que declara de manera general y absoluta la inmediata ejecutividad de todos los actos administrativos, sería inconstitucional”¹⁷, esto es, toda disposición normativa que consagre de forma incondicional dicha ejecutividad inmediata y automática del acto apenas dictado, será, como lo es en mi opinión el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁸, contraria a los derechos fundamentales del administrado.

De lo expuesto podríamos entonces concluir, que instituciones como la ejecutividad de los actos administrativos, si bien resultan de clara importancia, en este caso, como carácter y mecanismo para hacer valer la voluntad administrativa, no es menos cierto que su falta de evolución y acoplamiento ha significado -paralelamente- su peligrosa continuidad de forma inalterada, perpetuándola, más allá del pensamiento y discurso doctrinario, en la propia ley y en la jurisprudencia, aun cuando resulten sustentables las incongruencias e inconstitucionalidad que embargan -en la actualidad- a su primigenia concepción¹⁹.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INNECESIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER (PORQUE, SENCILLAMENTE, NO HAN INICIADO) LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La tesis sostenida -afortunadamente- ha sido recibida en los ordenamientos jurídicos de países vecinos, como son los casos de Colombia, Honduras y Costa Rica, por mencionar algunos.

¹⁶ Esto se visualiza claramente, con el comentario que hiciera Hauriou en relación a un caso sobre la Torre de Saint-Paterne en Orléans: “todas las indemnizaciones del mundo no podrían reparar la destrucción de un monumento histórico, porque no es posible rehacer un monumento histórico”. Cf. la postura de Hauriou citada en *ibid.*, p. 77.

¹⁷ Johann-Christian Pielow, *op. cit.*, p. 210.

¹⁸ Artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: “Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente”.

¹⁹ La repetición de viejas posturas y teorías por parte de la doctrina y jurisprudencia, que en ocasiones también encuentran arraigo en la norma positiva, ha sido criticada por el catedrático español Alejandro Nieto, cuya opinión suscribimos plenamente, en los términos siguientes: “Esta sintonía casi perfecta entre los distintos pilares de la Ciencia del Derecho -la doctrina, la jurisprudencia y la legislación- ha terminado produciendo, sin embargo, un conformismo circular autocomplaciente y perverso la doctrina (*sic*) no siente necesidad alguna de revisar sus posiciones ya que las considera avaladas por la ley y por la jurisprudencia-, (*sic*) ésta, por su parte, se encuentra cómoda en un sistema que la ley ha cerrado y que la doctrina aplaude; mientras que, en fin, la ley tiene buena conciencia desde el momento en que no teme las críticas ni de la doctrina ni de la jurisprudencia. Así las cosas, en un ambiente de concordia en verdad anómalo en los campos jurídicos, la doctrina gira incesantemente sobre sí misma, ahondando un surco rutinario del que parece muy difícil salir. El sentido crítico -que es nota irrenunciable del buen jurista- late aquí mortecino y nuestros mejores autores se limitan a perfilar detalles de un sistema que aceptan en bloque. Las voces discordantes -algunas por cierto muy agudas y otras enormemente ambiciosas como es el caso del argentino Gordillo- son escasas y casi nadie se atreve a llevar a sus últimas consecuencias las objeciones parciales que formulan”. Alejandro Nieto, “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, *Terceras Jornadas Internacionales Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas 1997, p. 49.

En efecto, el recién reformado Código Contencioso Administrativo de Colombia²⁰, en manifiesta evolución normativa, consagraba expresamente en su artículo 64 la *firmeza* del acto administrativo como requisito *indispensable* para su ejecución, en los términos siguientes: “Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”.

Por su parte, y en similar forma, la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras establece en su artículo 31, que: “Los actos de la Administración de carácter particular adquieren eficacia al ser firmes”; mientras que el artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, dispone que: “La Administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos firmes”.

Lo anterior permite concluir que, tanto la evolución de las instituciones fundamentales del Derecho administrativo, cuanto la tendencia liberal a privilegiar y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del individuo sobre los bienes colectivos, predicen y se encaminan racionalmente hacia la concepción de la *firmeza* o, lo que es lo mismo, de la *inimpugnabilidad* de los actos administrativos como condición *previa, necesaria e indispensable* para que éstos produzcan plenos efectos jurídicos y se haga exigible la voluntad de la Administración²¹ y, con ello, la innecesidad de la tutela cautelar para suspender los efectos de los actos administrativos. En una palabra: *mal pueden suspenderse unos efectos que, sencillamente, no han iniciado*.

²⁰ Dictado mediante Decreto 01 de 1984, parcialmente reformado por el Decreto 2304 de 1989, la Ley 446 de 1998 y la Ley 809 de 2003, y cuya última y más reciente reforma se hizo por la Ley 1437 de 2011, que ahora lo denominó *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Sobre esta última reforma, *vid.* Allan Brewer-Carías, “Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia” en Canónico Sarabia, Alejandro (Coord.), *Visión actual de los procedimientos administrativos*, Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO”-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 13-48.

²¹ Así también lo ha entendido la más acreditada y siempre innovadora doctrina alemana, dentro de la cual resalta la opinión de Johann-Christian Pielow, quien ha expuesto su pensar en los siguientes términos: “(...) hay que partir del hecho de que el acto administrativo en principio y una vez vencido el plazo para interponer un recurso administrativo o judicial, suele alcanzar automáticamente e independientemente de su legalidad la consistencia jurídico material (*sic*). En otras palabras: Se trata de una decisión unilateral por parte de una autoridad administrativa que -una vez dada su inimpugnabilidad- trae las consecuencias o modificaciones jurídicas, para así decirlo, “en sí” (*sic*), como en el caso de los actos configurativos y declarativos de derecho, o que puede ser ejecutada -o sea: hecho “eficaz”- directamente, es decir: sin intervención judicial, por el propio poder ejecutivo como en el caso de los actos administrativos que postulan obligaciones para la actuación o no del ciudadano”. Y más adelante concluye que: “Después de la inimpugnabilidad de la resolución sobre el recurso de alzada [equivalente a nuestro recurso jerárquico] o la acción de anulación [equivalente a nuestros recursos judiciales], el acto administrativo en principio ya no puede -salvo en los casos de su nulidad- ser acometido. Entonces está también justificado el ejecutarlo”. (Corchetes míos). Johann-Christian Pielow, *op. cit.*, pp. 203 y 216, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

Abache Carvajal, Serviliano, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 93, Caracas, 2012.

Brewer-Carías, Allan R., “Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia” en Canónico Sarabia, Alejandro (Coord.), *Visión actual de los procedimientos administrativos*, Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

_____ *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas, 2002.

_____ “Sobre la importancia para el Derecho Administrativo, de la noción de acto administrativo y de sus efectos”, *Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997.

Figueras Robisco, Alejandra, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, *Manual de práctica forense contencioso administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Práctica Forense N° 1, Caracas, 2009.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, séptima edición, Madrid, 1995.

García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, segunda edición ampliada, Madrid, 1992.

Hernández-Mendible, Víctor R., “Los derechos constitucionales procesales” en Brewer-Carías, Allan R., y Hernández-Mendible, Víctor R. (Dir.), *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 92, Caracas, 2011.

Ortiz-Álvarez, Luis, “El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997.

Pielow, Johann-Christian, “Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa”, *Terceras Jornadas Internacionales Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997.

Prados, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

Nieto, Alejandro, “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, *Terceras Jornadas Internacionales Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997.

Ucín, María Carlota, “Capítulo I-Nociones fundamentales” en Camps, Carlos E. (Dir.), *Tratado de las medidas cautelares*, Abeledo Perrot, 1ª edición, Buenos Aires, 2012.

LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO COMO ASUNTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Armando Rodríguez García

Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo, UCV.

Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Resumen: *El artículo se dirige a la identificación de los estudios de postgrado como tema jurídico que corresponde primordialmente al campo del Derecho administrativo. Se revisa el concepto de educación como manifestación propia de la naturaleza humana, con proyección social y jurídica, lo que permite su sistematización y genera la noción de derecho a la educación. Se analizan los componentes básicos que llevan a categorizar un régimen jurídico específico del nivel de postgrado, destacando el interés científico y práctico de su conocimiento y adecuada aplicación para cumplir con el derecho fundamental a una buena administración.*

Palabras Clave: *Educación, aprendizaje, postgrado, régimen jurídico, relación jurídica, Derecho administrativo, buena administración.*

Abstract: *This paper tries to find out and identify the legal nature of the graduate studies, as a subject in the scientific field of Administrative law. Learning ability - as a special human attribute- leads to build the formal education as a significant public task and a fundamental right, meanwhile graduate studies becomes an important issue for contemporary global society, therefore the relevant interest in recognize the legal qualities, searching for the desideratum of a good administration.*

Key words: *Education, learning, graduate studies, legal regulations, Administrative law, good administration.*

PRELIMINAR

Es un hecho cuya notoriedad releva de ocupar mayores espacios para preámbulos que, en el entorno de la Sociedad contemporánea, la *educación* -en todos sus niveles, grados, técnicas y modos de manifestarse- constituye un *asunto de carácter colectivo e interés prioritario*. De la misma manera, es harto conocido que, en términos generales, los asuntos de carácter colectivo -por su esencia trascendente y por su propia naturaleza- no pueden escapar al alcance del Derecho, que es, también, en su centro nuclear, una creación cultural de primer orden, atendiendo al contenido abstracto de su esencia intelectual, a sus singulares cualidades ductoras para la formación ciudadana y, finalmente, al especial valor que desde el punto de vista racional-utilitario aporta para el funcionamiento regular de la vida colectiva, de la Sociedad en su conjunto¹.

¹ En lo relativo a esta temática, compartimos sin reservas las elocuentes y precisas expresiones de la profesora Julia Barragán, cuando enseña que: "...el derecho está entre las construcciones sociales más finas, avanzadas e influyentes, al punto que no es posible concebir ninguna forma de interacción humana que no esté de alguna manera medida por el derecho. Es el derecho el que nos ofrece el marco

Al partir de esta aproximación básica o primaria encontramos de inmediato que, en términos un tanto más concretos, la *educación* ha sido tradicionalmente un *tema de atención e interés* para el campo del Derecho público, y más concretamente, para el espacio científico y práctico del *Derecho administrativo*.

En efecto, la simple revisión de los contenidos programáticos correspondientes a los estudios de licenciatura en Derecho permite comprobar de qué manera el proceso educativo de las personas -desde los rudimentos básicos y las edades más tempranas, hasta la adultez avanzada y los más elevados niveles del conocimiento-; y junto a esto, todos los mecanismos de instrucción o formación, en general, aparecen enfocados como un asunto que conduce la configuración de una específica situación jurídica de los individuos, de cara al Estado, frente a la Administración Pública; esto es lo que técnicamente se conoce y se maneja como un *status del administrado*, lo que igualmente ocurre cuando se trata de sujetos privados que se dedican a realizar la tarea de educar o suministrar instrucción en diversas áreas del conocimiento, habilidades o destrezas.

A los fines de demostrar lo que se indica parece resultar suficiente una breve referencia al contenido de la obra "*Derecho Administrativo Especial*", publicada originalmente en el año 1959 por la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en su colección *Cursos de Derecho*. Este libro fue concebido por su autor, el profesor Tomás Polanco, como una publicación eminentemente didáctica, *adaptada al Programa de la asignatura Derecho Administrativo II* vigente durante muchos años, como parte del *pensum* de Carrera de Derecho que se aplicó uniformemente en todas las Universidades venezolanas en clara sintonía con el esquema metodológico docente imperante en la vertiente jurídica de raíz latina que se desarrolló en la Europa continental para el estudio de ésta Disciplina del conocimiento².

Pues bien, en el esquema de sistematización que articula el contenido de esa obra -siguiendo, como se dijo, el *Programa* de la asignatura que, a su vez, forma parte del *pensum* de la carrera- se distingue entre el *Régimen administrativo de las personas* (Primera Parte), y el *Régimen administrativo de las cosas* (Segunda Parte), con la finalidad de estudiar sistemáticamente la aplicación de las categorías propias del Derecho administrativo en relación, primeramente, con los *sujetos de derecho* -bien sean personas naturales o personas jurídicas-, y luego, con respecto a las especificidades de tales categorías sobre las *cosas* y los *bienes*, en tanto *objeto de derecho*; todo ello, teniendo como eje analítico y substrato metodológico integrador de la sistematización, a un singular tipo de *relación jurídica*, la *relación jurídico-administrativa*, es decir, aquella relación o vínculo relevante jurídicamente, que tiene como referente constante a la Administración Pública, y que, por otro lado, permite articular en su entorno la estructura general de esta Disciplina y de su objeto de

deóntico al cual adecuar nuestras conductas, nos provee de instituciones que hacen menos costosas las transacciones sociales, y fundamentalmente nos dota de mecanismos racionales para la resolución de los conflictos. Tampoco es exagerado señalar al derecho como un poderoso factor en la educación de los comportamientos, y un reforzador vital de la trama del tejido social...". En: *Estrategias y derecho*. Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) / Ed. Miguel Ángel Porrúa. México, 2009, p. 15.

² Es oportuno indicar que esta obra del profesor Tomás Polanco Alcántara ha sido reeditada recientemente (2012), gracias a la estupenda iniciativa del profesor Allan R. Brewer Carías, a través de la Editorial Jurídica Venezolana, inaugurando así su nueva Colección: "Clásicos Jurídicos". En la *Presentación* de esta reedición, Brewer precisa que, el trabajo de Polanco es *la primera y única obra específica sobre "derecho administrativo especial" que se ha editado en el país*, lo que de por sí subraya la trascendencia y singularidad en el tratamiento de sus contenidos, para el estudio referencial de cualquiera de los temas que integran su contenido sustancial, y en particular, el que ahora nos ocupa.

estudio: el ordenamiento jurídico positivo dispuesto para atender aquellas realidades en la práctica cotidiana.

Desde luego, la complejidad intrínseca del Derecho lleva a recordar que esta sistematización esta prevista únicamente con fines didácticos, como una manera de conducir el ejercicio intelectual de forma lógica, dentro del espacio de un sistema que integra -estructural y funcionalmente- una amplia y variada diversidad de elementos inseparables entre sí, lo que cobra mayor intensidad y dinamismo en el campo del Derecho administrativo en comparación con cualquier otro espacio del mundo jurídico; ello así, en atención a la dependencia de esta disciplina respecto de la oportunidad, del dinamismo propio de la vida social, de donde aflora su ineludible vínculo con la política³ y el carácter *pretoriano* que ha tenido su construcción (en particular en el caso francés) tal como puso de manifiesto Waline⁴, todo lo cual lleva a descubrir, tal como lo hace Meilán Gil, su *inquieta esencia*, que "... se manifiesta en que dentro de él existen una serie de microcosmos con sus principios rectores, que ofrecen una larga serie de contradicciones internas. Si uno pregunta al ordenamiento qué dice de sí mismo, la contestación, indudablemente, no es única..."⁵

En cualquier caso, la *educación* se nos presenta por igual, como un concepto causal o generador de un *status* jurídico administrativo, bien sea porque aparece como una meta u objetivo al cual se tiene *derecho* (una expectativa legítima del individuo frente al Estado), bien sea a partir de la condición formal derivada de su ejercicio, lo que provoca la aparición de un *vínculo jurídico* que convoca la presencia de la Administración como sujeto, de una u otra forma, con mayor o menor grado de intensidad, con variedad de interlocutores y complejidades en sus contenidos, pero como una constante ineludible.

De este modo, la *Educación* en todas sus modalidades, escalas y niveles se manifiesta como un evidente *asunto de interés jurídico* en el cual se hacen presentes múltiples categorías, técnicas e instituciones propias del Derecho administrativo, lo que conduce a la configuración de un *régimen jurídico específico*, dentro del cual es posible aislar metodológicamente el espacio que corresponde a la Educación Superior, y dentro de éste, a los Estudios de Postgrado, como segmento de particular significación, por las singularidades que su revisión permite advertir y aislar metodológicamente, en cuanto a la aplicación integral de las categorías, técnicas e instituciones que lo conforman (fuentes, organización, relaciones jurídico-administrativas, actos, procedimientos, situaciones jurídicas, derechos, garantías, potestades, controles, etc.) en sus aspectos sustantivos y adjetivos.

Esta realidad invita a la reflexión permanente y sostenida sobre el tema, por diversas razones.

Primeramente, por lo que atañe al *enfoque académico*; es decir, en tanto se trata de una cuestión propia de esta vertiente del conocimiento científico, lo que sin duda es una responsabilidad que compromete, de entrada, a la institucionalidad académica encargada del sector, esto es, a las instancias de investigación y docencia propias del ámbito de la Ciencia Jurídica.

³ Vid. José Luís Villar Palasí: *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1968.

⁴ Marcel Waline, *Droit administratif*. Sirey. París, 1963

⁵ Cfr. José Luís Meilán Gil, *El proceso de definición del derecho administrativo. Escuela Nacional de Administración Pública (Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios)*. Madrid, 1967, p. 43.

Pero además, en segundo lugar -y como una lógica derivación de lo anterior-, interesa a aquellas instancias académicas el análisis y reflexión del asunto, también desde una perspectiva práctica, por cuanto el Derecho no se agota en una mera ejercitación teórica o intelectual, idea ésta que destaca con magistral acierto García de Enterría, cuando nos enseña que: "... la meditación científica sobre el Derecho no es una operación abstracta y puramente culturalista que no tenga nada que ver con la vida real del Derecho (como la astronomía no influye para nada en el comportamiento de los astros), sino que es, ella misma, un trozo de la vida real del Derecho..."⁶.

Tal contundente afirmación -por lo demás irrefutable, en nuestro criterio- sirve de soporte para extraer diversas derivaciones, mas o menos obvias, como pueden serlo: a) el sentido práctico del Derecho, en tanto ordenamiento de conductas (ordenamiento jurídico positivo); pero también, con igual valoración y trascendencia, b) el papel que ocupa en la construcción sistemática o académica, el sentido primordial de la Doctrina, generada a partir de la investigación científica del Derecho y su propedéutica, por lo que se convierte, de este modo y por igual, en la fuente primaria de ambas vertientes, el Derecho como Ciencia y el Derecho como ordenamiento de aplicación práctica, lo que explica su inseparable unidad y estructura derivativa.

Por ello, la simple reflexión sobre los estudios de postgrado como asunto jurídico pone de manifiesto el carácter protagónico, cuya consideración no pueden evadir las instancias académicas, las Facultades de Ciencias Jurídicas -en particular sus unidades de Postgrado-, en atención a su doble rol: como generadoras del conocimiento científico del Derecho y como Administración responsable por su aplicación -y sujeto sometido a su efectividad reguladora-, en la gestión de los Estudios de Postgrado.

Por todo lo antes dicho, con las siguientes notas se pretende resaltar las características jurídicas del proceso educativo en general y de los estudios de postgrado en particular, intentando con ello, contribuir a su conocimiento y tratamiento científico, y junto a esto, evitar el soslayo al ejercicio efectivo de la responsabilidad primordial que corresponde al espectro jurídico en el entorno académico general, en cuanto a la construcción y recta aplicación del Derecho, por ser éste el soporte primario e insustituible para el resto de la institución universitaria. Se intenta, de este modo, a un tiempo, realzar, intensificar, reforzar y extender los alcances de la reflexión relativa a la *construcción científica del Derecho*, hasta su aplicación real; para lo cual tomamos como punto de partida, la verificación de la inexcusable naturaleza jurídica administrativa que caracteriza a los estudios de postgrado.

1. *La educación como hecho social y sus consecuencias*

- A. *Las singulares cualidades humanas para la educación.*

Es un lugar común la consideración de las peculiares, distintivas y especiales cualidades que ostentan los individuos de la especie humana dentro de su lógica ubicación en el mundo animal, desde la perspectiva biológica, lo que se aprecia uniformemente -y se destaca con mayor o menor énfasis, pero como una constante-, desde múltiples enfoques científicos dentro de los cuales destacan los de corte arqueológico, antropológico, biológico, y de la biogenética, al igual que los de contenido psicológico, sociológico, filosófico, teológico, etc.

⁶ Eduardo García de Enterría, "Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública* N° 40 (enero-abril). Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, p. 201.

En verdad, el tema de la *naturaleza humana* es una cuestión presente en el ámbito del interés intelectual, que crece en su intensidad de manera directamente proporcional a los avances que experimenta el conocimiento sobre esta misma cuestión, desde los diferentes aportes consignados por hallazgos susceptibles de constatación práctica, o bien por el despliegue de hipótesis dispuestas para la reflexión y discusión.

En todo caso, parece haber suficiente evidencia de las *particularidades* de la especie humana, no solo en cuanto a su estructura morfológica, sino también en atención a su perspectiva conductual, desde la óptica de su comportamiento, lo que, sin duda, resulta más importante a los fines que ahora nos ocupan.

Como punto referencial para el abordaje de la cuestión podemos emplear la afirmación consignada por el profesor Jered Diamond, de la Universidad de California, cuando expresa que: "... Es obvio que los humanos somos distintos de todos los animales, como también lo es que hasta en el más mínimo detalle de nuestra anatomía y estructura molecular constituimos una especie de grandes mamíferos. Esta contradicción es la característica más intrigante de la especie humana y, pese a ser de todos conocida, aún resulta difícil comprender cómo ha llegado a producirse y qué significa. Por un lado observamos que un abismo aparentemente insalvable nos separa de las demás especies y así lo reconocemos al definir la categoría denominada *animales*. En esa definición está implícita la idea de que consideramos que los ciempiés, los chimpancés y las almejas comparten entre sí, pero no con nosotros, una serie de rasgos esenciales, a la vez que carecen de otros rasgos que son patrimonio exclusivo de los humanos. Entre estas características singulares se cuentan la capacidad de hablar, de escribir y de construir máquinas complejas. Nuestra supervivencia depende de la utilización de herramientas y no de nuestras manos desnudas..."⁷, y más adelante precisa: "... Durante la mayor parte de los muchos millones de años transcurridos desde que el linaje humano se separó del de los simios, los humanos hemos sido, a juzgar por nuestro modo de vida, poco más que chimpancés elevados de categoría. Hace tan solo cuarenta mil años la zona occidental de Europa aún estaba habitada por los hombres de Neandertal, seres primitivos, para los que el arte y el progreso apenas existían. Mas adelante se produjo un súbito cambio en el momento en que aparecen en Europa seres humanos con una constitución anatómica plenamente evolucionada y que trajeron consigo el arte, los instrumentos musicales, la iluminación, el comercio y el progreso, En breve lapso de tiempo, el hombre de Neandertal se extinguió..."⁷.

Precisamente, una de las claves que permite comprender y explicar ese *salto* de la especie humana en cuanto a su diferenciación con sus semejantes biológicos más cercanos, proviene del aporte de estudios antropológicos y biológicos, que apuntan a destacar la existencia de importantes rasgos de *neotenia*⁸ en el ser humano, lo que lo distingue del chimpancé, por la capacidad de poder seguir aprendiendo y adquiriendo nuevos hábitos, a lo largo de toda su vida.

Viene a resultar paradójico que una aparente debilidad, como sería la prolongada condición de inmadurez -biológicamente hablando- que exhibe el ser humano, en comparación con otras especies de animales cuyas crías alcanzan prontamente condiciones y habilidades plenas para su comportamiento vital (alimentarse, moverse, e incluso aparearse y procrear), venga a

⁷ Jered Diamond, *El Tercer Chimpancé. Origen y futuro del animal humano*. Editorial Debate. Bogotá, 2007, p. 13 y 53.

⁸ Según el DRAE: "Fenómeno por el cual, en determinados seres vivos, se conservan caracteres larvarios o juveniles después de haberse alcanzado el estado adulto". Etimológicamente, vocablo de raíces griegas (*neo*, joven y el verbo *teinein*, extenderse).

ser, precisamente, el factor determinante desde el punto de vista de su plataforma genética, para alcanzar la posición de ser superior en el mundo animal. De este modo, la situación de *neotenia*, la inmadurez prolongada en el tiempo -que en una apreciación elemental consideraríamos como una desventaja o *handicap*-, lleva de la mano la capacidad para aprender, para adquirir nuevos conocimientos, habilidades, y destrezas; en fin, para desarrollar, perfeccionar e incrementar el *saber*, lo que ciertamente, se nos presenta como una condición o cualidad -tal vez una *vocación*- que no parece extinguirse en los individuos de la especie humana, con el avance de su edad.

Sobre el tema en cuestión, Fernando Savater se pronuncia en términos que es oportuno recordar: "... A este proceso peculiar los antropólogos la llaman *neotenia*. Esta palabreja quiere indicar que los seres humanos nacemos aparentemente demasiado pronto, sin cuajar del todo: somos como esos condumios precocinados que para hacerse plenamente comestibles necesitan todavía diez minutos en el microondas o un cuarto de hora en el baño maría tras salir del paquete... Todos los nacimientos humanos son en cierto modo prematuros: nacemos demasiado pequeños hasta para ser crías de mamífero respetables. Comparemos un niño y un chimpancé recién nacidos. Al principio, el contraste es evidente entre las incipientes habilidades del monito y el completo desamparo del bebé. La cría de chimpancé pronto es capaz de agarrarse al pelo de la madre para ser transportado de un lado a otro, mientras que el retoño humano prefiere llorar o sonreír para que le cojan en brazos: depende absolutamente de la atención que se le preste. Según va creciendo, el pequeño antropoide multiplica rápidamente su destreza y en comparación el niño resulta lentísimo en la superación de su invalidez originaria. El mono está programado para arreglárselas solito como buen mono -es decir, para hacerse pronto adulto-, pero el bebé en cambio parece diseñado para mantenerse infantil y minusválido el mayor tiempo posible: cuanto más tiempo dependa vitalmente de su enlace orgánico con los otros, mejor..."⁹, de esta manera, la estructura genética del individuo de la especie humana opera como una plataforma dispuesta para incentivar la búsqueda de información y su transformación mediante la creación de conocimiento que se transmite a sus semejantes en un proceso formativo.

Entonces, la más importante conclusión que obtenemos de este punto, en cuanto a los fines que ahora nos ocupan de manera inmediata, es que esa singular cualidad humana no es algo que simplemente se agota en lo programado genéticamente o desde el punto de vista biológico; ciertamente, "... hay que nacer para ser humano, pero solo llegamos plenamente a serlo cuando los demás nos *contagian* su humanidad a propósito ... y con nuestra complicidad. La condición humana es, en parte, espontaneidad natural pero también deliberación artificial: llegar a ser humano del todo -sea humano bueno o humano malo- es siempre un *arte*."¹⁰

La actividad de búsqueda de nuevos conocimientos y la averiguación de las causas, modos y consecuencias de los diferentes hechos con los cuales se tiene contacto físico o intelectual, por medio de mecanismos tales como la investigación, la experimentación y la reflexión, es una conducta desplegada exclusivamente por el ser humano. Pero además, se trata de una conducta que no se agota en sí misma, sino que trae consigo la difusión o transferencia a sus semejantes, del conocimiento obtenido, incluyendo aquel conocimiento que versa sobre las formas o métodos para la realización de esas tareas, lo que conduce a la *educación*, como técnica y valor consustancial a los individuos de la especie humana en atención a su condición de ser social.

⁹ Fernando Savater, *El valor de educar*. Ariel. Barcelona, 1997, p. 23.

¹⁰ *Ibidem*, p. 22

B. *La educación como hecho social*

La *neotenia*, cualidad propia del hombre que -a un tiempo- permite y estimula la tarea de complementar su estructura biológica primaria hasta alcanzar la cualidad de *humano*, comporta, cuando menos, un factor adicional e inevitable, que viene dado por su condición de *ser social*, por su inserción en una colectividad. Es de esta manera como la forma de organización de la especie humana se ha transformado, sostenida y progresivamente, desde unidades aisladas en el territorio y estrechas o limitadas en su dimensión, hasta alcanzar una escala prácticamente ecuménica e intercomunicada en buena parte de sus rasgos distintivos.

En efecto, haciendo abstracción del interés individual por ampliar el conocimiento, e independientemente de la satisfacción personal que ello pueda producir, además de los beneficios de orden espiritual y práctico derivados de su realización, es lo cierto que el avance en los conocimientos tiene sentido en un ambiente colectivo, en el entorno social; y eso es así, por efecto del valor de intercambio que el conocimiento, sus necesidades y sus derivaciones o aplicaciones prácticas pueden ofrecer al grupo, a la colectividad, lo que de otra parte, incrementa la sensación de satisfacción singular de sus miembros.

No es difícil percibir que existe en las personas una suerte de tendencia natural o vocación por conocer, indagar y aprender. A su vez, esa tendencia va unida a la disposición, también natural o vocacional, por *enseñar* a los otros, lo que parece formar parte de la plataforma *genómica* del ser humano. Entonces, en ejercicio de sus propias cualidades y condiciones naturales, esa tendencia o vocación por el conocimiento y la enseñanza pasa a ser en sí misma un objeto de atención, profundización y sistematización en el campo teórico y también en la aplicación práctica, a lo largo de una trayectoria tan antigua como lo es la historia misma de la Humanidad.

De esta manera, la *educación* pasa a ser, más que una reacción práctica *natural* o una conducta rutinaria e inconsciente de los individuos, un elemento o factor esencial en la estructura y funcionamiento regular de los grupos sociales, a la par que se *objetiviza* de forma consciente, en cuanto a sus perfiles sustantivos y en lo relativo a las técnicas empleadas para su aplicación, llegando a ser, en su esencia, un tema de interés para el conocimiento (un asunto caracterizado por su contenido particularizado, disponible para la investigación, el análisis, la sistematización, la divulgación y la comprobación o evaluación) susceptible de ser aprehendido, racionalizado y transmitido; y por otra parte, se convierte en un asunto que permite extraer de sí resultados de aplicación práctica con efectos directos sobre la sociedad en su conjunto.

En resumen, la educación pasa a ser esencialmente, una significativa creación cultural, una singular expresión de civilización que se manifiesta como un específico fenómeno social con efectos prácticos de primer orden para el desarrollo y la estabilidad de las comunidades, por lo cual, se configura progresivamente como un *tema de interés general*, cuya atención, en diferentes planos y manifestaciones, entra a formar parte importante del espacio de responsabilidades que corresponden a la administración pública, desde antes de la aparición del Estado Moderno.

Históricamente se identifica una tarea o *función docente* que aparece desde las sociedades más elementales o primitivas -generalmente vinculada con las prácticas religiosas-, que en forma progresiva se va sistematizando, especializando y adquiriendo estabilidad estructural, operatividad institucional y laicidad. Dentro de esa trayectoria se destacan las transformaciones ocurridas en las sociedades medievales occidentales, con el decaimiento del feudalismo y el paralelo surgimiento de la burguesía. Dichas transformaciones operaron al socaire de las Ciudades como centros del desarrollo económico, tecnológico y cultural, lo que permi-

tió estabilizar y ampliar las actividades del conocimiento y la función educativa, destacando en ese espectro, el surgimiento progresivo de las Universidades (denominación tomada del latín *universitas*: corporación o gremio de maestros y estudiantes), tal como las conocemos en la actualidad, siendo los *estudios jurídicos* una de las áreas del conocimiento a la cual se dedican los primeros centros de esta categoría, como sucede con la Universidad de Bolonia¹¹ -que junto a Oxford, Salamanca y París, surgen en los siglos XI y XII y continúan en funcionamiento a día de hoy-, que tiene su origen en las *escuelas municipales o locales*; de manera tal que "... El resultado más trascendental de este dispositivo de asociación -que no fue totalmente singular en Europa, pero que alcanzó allí una importancia mayor que en otros lugares- fue que los estudios avanzados dejaron de llevarse a cabo en círculos aislados de maestros y discípulos. Los profesores y los alumnos y/o los alumnos llegaron a formar un cuerpo colectivo. Los estudiantes europeos no iban ya a estudiar con un maestro particular, sino que asistían a las universidades...."¹².

De aquí nos interesa destacar varios datos de interés inmediato para este análisis, como lo son: la vinculación ciudad-universidad, la generación de diversos *status jurídicos* en torno a la educación superior, la ampliación o democratización de la educación y su estructuración en niveles o grados, todo lo cual opera mediante su instrumentación en el orden jurídico.

En efecto, primeramente, se hace presente el vínculo histórico entre la consolidación de la forma de vida urbana que arranca con el colapso del sistema feudal y el surgimiento de la ciudad mercantil medieval, signada por la aparición de un *substratum* social comunitario, fundamentado sobre un *nosotros* que deriva hacia la fórmula política del municipio¹³ y es, en definitiva, el epicentro de formación del Estado Moderno como estructura, con la consolidación de instituciones que tienen su anclaje en el Derecho, de forma tal que, tal como hemos sostenido, existe un paralelismo evidente e indisoluble entre la Ciudad, la forma de vida urbana, y el Derecho, la cultura jurídica¹⁴, en el cual, desde luego, la educación se inserta como expresión cultural sustantiva de primera línea, como ya se indicó.

Ciertamente, la forma de vida urbana favorece la posibilidad de sistematizar y profundizar la función educativa en general y en particular la tarea docente y la búsqueda de conocimiento como actividades estables, a partir de las oportunidades que brindan tanto la especialización del trabajo como la ampliación de las bases demográficas y las demandas por la búsqueda de soluciones a las nuevas exigencias de toda índole que plantea esa forma de vida.

Seguidamente destacamos la definición de situaciones estables (*status*) de ciertos sujetos, derivadas de la función de enseñanza que se despliega en las Universidades; se produce así la determinación del papel del *maestro* y la categorización de los *estudiantes*, como posiciones que se originan en el vínculo o relación académica y en razón de su *pertenencia* a esa

¹¹ Lugar donde florece la *Escuela de los glosadores*, y que forma parte de la tendencia de reelaboración conceptual del Derecho Romano a través de la construcción de categorías científicas y con ello, la aparición de la tradición romanística, lo que en definitiva funge como un poderoso vector para la unificación cultural y jurídica de Europa.

¹² Joseph Ben-David, *El papel de los científicos en la Sociedad. Un estudio comparativo*. Ed. Trillas. México, 1974, p. 66.

¹³ Véase: Manuel García-Pelayo, *La Ciudad Mercantil Medieval*. Fundación Manuel García-Pelayo. Cuadernos de la Fundación N° 6. Caracas, 2001.

¹⁴ Armando Rodríguez García: *Fundamentos de Derecho Urbanístico: una aproximación jurídica a la ciudad*. Universidad Central de Venezuela. Serie Trabajos de Grado N° 20. Caracas, 2010.

comunidad (maestros y estudiantes), lo que se ve potenciado con su reconocimiento social y mediante algunas decisiones consistentes en prerrogativas y privilegios acordados por las autoridades civiles y/o eclesiásticas.

En definitiva, la Universidad se erige, desde su propio origen, como el lugar natural para el ejercicio del saber y la búsqueda de la razón, por lo que es oportuno recordar que "...La Universidad esencial, la de todos los lugares y todos los tiempos, es morada del saber, que es tanto como decir, de la Ciencia, de la investigación científica y de la tecnología ..." y de allí, esta irrefutable conclusión: "La autonomía académica, llamada también pedagógica, es la autonomía universitaria por antonomasia, y expresado en términos corrientes, le corresponde [a la Universidad] decidir qué se ha de enseñar o investigar, como hay que enseñar o investigar, y con quién o quiénes hay que enseñar o investigar"¹⁵. Aquí se encuentra el germen remoto de las características básicas que actualmente acompañan a la Universidad como institución, en particular, la autonomía, como un factor sustancial de la actividad académica.

Finalmente, debe prestarse atención a la ampliación de la oferta educativa que significan las Universidades, en tanto sustituyen el sistema cerrado de la instrucción singularizada que operaba dentro de la nobleza, por un esquema de mayor apertura que acepta la afluencia mas amplia y diversa en cuanto a estratos sociales y espacios territoriales, lo que a su vez apunta a una nueva sistematización de la enseñanza, conduciendo a la conformación de un perfil homogéneo de escalas, niveles o grados sucesivos de formación.

No es del caso detenernos ahora en la revisión detallada de la trayectoria cumplida en la cuestión educativa desde aquellos momentos hasta el presente; sin embargo, si es interesante destacar el arribo a las manifestaciones ciertas de la *Sociedad del conocimiento* como expresión contemporánea que envuelve un complejo entramado de elementos vinculados con los avances en la tecnología, las comunicaciones y la información, todo lo cual conduce a la transformación de una sociedad productora de bienes en una sociedad generadora de conocimiento e información como eje de preponderancia en el potencial de desarrollo, dentro del ineludible escenario de la *globalización*, que se fortalece con la información y la tecnología de las comunicaciones, al propio tiempo que las retroalimenta, teniendo a la Universidad como punto focal de todo el sistema.

Finalmente, es también un hecho cierto de ineludible consideración que, como parte inseparable de este ambiente, está presente el orden jurídico, el Derecho como el elemento de estabilidad y certeza por excelencia, a la vez que opera como factor integrador y puente de contacto en todo cuanto abarcan las mas diversas expresiones de la nueva realidad global.

C. *La educación como tema jurídico*

Todo lo antes mencionado desembocará históricamente -pasando por las aportaciones provenientes de la ilustración y el liberalismo- en la concepción de la educación como un *derecho* del individuo, al propio tiempo que se apunta a la construcción de una categoría sustantiva de la función administrativa, cual es la concepción de la *enseñanza*, de la *instrucción pública*, esto es, de la *tarea educativa* entendida como una cuestión de alcance colectivo, mas que como una iniciativa singular que se agota en la escala del núcleo familiar.

En consecuencia, se configura como una *materia o asunto de interés público* que conoca la presencia del Estado a través de la aplicación convergente de diferentes mecanismos,

¹⁵ Antonio Moles Caubet: "El concepto de autonomía universitaria". En *Estudios de Derecho Público*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997

estructuras, agentes, técnicas, modos e intensidades, pero, en todo caso, perfilándose como un tema definitivamente juridificado, cuyo contenido medular -con la lógica y explicable diversidad de expresiones funcionales- encaja de manera inexcusable en la órbita del Derecho público, y más específicamente, en el campo propio del Derecho administrativo, tanto por la perspectiva que recoge la presencia de instancias públicas de ordenación, control y gestión, como desde la óptica de los derechos de los individuos a tenor de su relación con tales instancias y sus respectivas decisiones, con diversa factura y alcance, pero encuadradas siempre, inexcusablemente, en el espacio acotado por el Derecho.

Al respecto resulta oportuno registrar, como una referencia ilustrativa, la influencia del pensamiento desarrollado, entre otros, por Jovellanos, en la España de finales del siglo XVIII y principios del XIX, primordialmente a través de sus escritos, *Memoria sobre la Instrucción Pública* (1801) y *Bases para la formación de un plan general de Instrucción Pública* (1809), en los cuales se plantea, por una parte, la concepción de la educación como un derecho de las personas y las ventajas sociales que el acceso al sistema de estudio generalizado y uniforme traería para la sociedad en su conjunto (“... las primeras letras son la primera llave de toda instrucción (...) ¿a qué podrá aspirar un pueblo sin educación, sino a la servil y precaria condición de jornalero?. Ilustradle, pues, en las primeras letras, y refundid en ellas toda la educación que conviene a su clase. Ellas serán entonces la educación popular (...) abrid a todos sus hijos el derecho de instruirse...”).¹⁶

La proyección del asunto educativo, en cuanto a su interés y tratamiento sistemático, es sostenida, tanto en los enfoques atinentes a la ampliación y perfeccionamiento de su realización o prestación práctica, como en lo atinente al incremento y especificidad del instrumental jurídico diseñado para el logro de los objetivos sociales que se persiguen, lo que se pone de manifiesto a través de diversas expresiones conceptuales, funcionales y normativas, manifestaciones éstas, que van en sintonía con los cambios operados en la

¹⁶ Vid. Gaspar Melchor Jovellanos: *Obras Escogidas*. Clásicos Castellanos. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1975, p. 50-174. Es importante destacar que esas corrientes de pensamiento se hacen luego postulados normativos de primer orden, se convierten en derecho positivo con la Constitución de Cádiz (1.812) de cuyo texto podemos extraer diversas disposiciones que así lo confirman, como son, la facultad atribuida a las Cortes para “Establecer el plan general de enseñanza pública” (artículo 131 en su cláusula Vigésimo segunda), y mas adelante, en términos generales, el contenido íntegro del Título IX que comprende los artículos 366 a 371 y se identifica bajo el rubro “DE LA INSTRUCCIÓN PÚBLICA”, en el cual se postula la previsión programática de *escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la Monarquía* con el objeto de enseñar a los niños a leer, escribir y contar, el catecismo de la religión católica y una breve exposición de las obligaciones civiles (art. 366); y asimismo, crear el número competente de Universidades y de otros establecimientos de instrucción que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes (art. 367), para todo lo cual se dispone el establecimiento de un plan general de enseñanza que será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas (art. 368), lo que se complementa desde el punto de vista organizativo mediante la previsión de una Dirección general de estudios compuesta de personas de conocida instrucción, a cuyo cargo estará la inspección de la instrucción pública (art. 369), quedando atribuido a Las Cortes, por medio de planes y estatutos especiales, arreglar cuanto pertenezca al importante objeto de la instrucción pública (art. 370), para cerrar el Título consagrando que, todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes (art. 371), con lo que se reconoce acertadamente la estrecha vinculación entre la educación, la instrucción, la formación personal, y la libertad de pensamiento y expresión del individuo como una ecuación que fortalece el entramado social y la vida en comunidad.

concepción del papel del Estado que predominan en cada período histórico y, a partir de allí, con las perspectivas imperantes en cuanto a la forma de entender y manejar las relaciones ciudadano-Estado.

No corresponde al alcance y a los objetivos previstos para el presente trabajo entrar en el detalle de la interesante trayectoria histórica que ofrece el tema de la educación (*la instrucción pública o la enseñanza*), hasta alcanzar su consolidación como tema de primera línea en el espacio de los asuntos colectivos y -como consecuencia necesaria de tal consolidación- la aparición de su tratamiento específico desde la perspectiva jurídica. Sin embargo, procede recordar como dato de referencia útil y hasta necesaria en ese tránsito, que la Revolución Industrial y sus consecuencias de todo orden (técnico, económico, político, social, cultural, etc.) han marcado decisivamente el proceso de configuración del Estado contemporáneo y sus transformaciones, tanto en su configuración organizativa, como en las bases para la concepción de sus funciones y espacios de actuación¹⁷. Esto ocurre, entre otras razones, por la necesidad de atender las cada vez más amplias, diversificadas y sofisticadas demandas sociales, incluyendo desde luego, y en lugar destacado, el tema de la educación. Así lo apunta concretamente Forsthoff, cuando al tratar el tema de las funciones del Estado social de Derecho alemán expresa que: "...Otro problema que nosotros estamos viviendo ahora, y muy agudo por cierto, se refiere a la enseñanza. La moderna sociedad industrial hace surgir con gran rapidez nuevos oficios. Para su desempeño es imprescindible una formación mas profunda. Comprensiblemente la sociedad exige del Estado que aumente las escuelas técnicas, que aumente las universidades para responder a aquellas necesidades; pero con ello se arrinconan el sistema cultural en el que se ha basado nuestra formación...".¹⁸ El mismo autor, refiriéndose en otra oportunidad a la noción de Estado Social, caracterizado, entre otras notas distintivas por la asunción de una fuerte carga de protagonismo en el montaje y desarrollo estable de mas elevados umbrales de calidad de vida para el conjunto de la población, apunta a la identificación de la *procura existencial* como el núcleo identificador de la función administrativa, y entonces precisa que, en su criterio, "...El Estado se encuentra en una fase de transición que también tiene que afectar y alterar necesariamente la procura existencial (...). Esto se patentiza en el hecho de que ese Estado es caracterizado y denominado como Estado distribuidor, Estado Social, o Estado de la *procura existencial* (...). La evolución social permite dar todavía un paso mas y preguntarse si aún es pertinente, en definitiva, limitar el concepto de procura existencial al Estado, si la estructura total de la organización social no está orientada a la procura existencial...".¹⁹

En el perfil general que identifica la Sociedad contemporánea es clara la tendencia a compartir, cada vez con mayor naturalidad, el papel que cumplen en muchos espacios de actividad -básicamente en cuanto a los de naturaleza prestacional- las estructuras propias de la organización pública, de las "instituciones públicas" en su sentido organizativo y funcional, con lo que, en un formato idéntico en cuanto a su contenido, realizan regularmente diversos actores privados, aunque desde el punto de vista teleológico, sus objetivos puedan ser diferentes, de tal modo que, cabe compartir plenamente la expresión de García de Enterría,

¹⁷ Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial.

¹⁸ Ernst Forsthoff, *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios. B.O.E. Madrid, 1966, pp. 27-28.

¹⁹ Ernst Forsthoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP). Madrid, 1967, p. 27.

cuando advierte que “...*todo el Derecho público está protagonizado simultáneamente por entes públicos y por sujetos privados...*”²⁰.

Pues bien, encontramos que la enseñanza aparece, de bulto, como uno de esos *campos de protagonismo compartido*, en los que usualmente concurren las estructuras públicas y la iniciativa privada con absoluta naturalidad, en cuanto a la operatividad de la tarea de educar, si bien la naturaleza colectiva y el interés público que impregna el asunto en sí mismo, hace resguardar un espacio de regulación y supervisión reservado a la autoridad pública, a la administración ordenadora. Entonces, se concluye en que el agente público puede actuar con el doble papel de gestión y ordenación, pero siempre -y únicamente- bajo la concepción de *función vicarial* que define a la administración pública y, por consecuencia, con plena y absoluta sujeción al orden jurídico, al Derecho.

De esta manera se hace generalizado -esto es, se universaliza o *globaliza-*, al menos en la sociedad occidental, un esquema prácticamente uniforme sobre el proceso de enseñanza formal y general, sustentado en tres grandes niveles o etapas de formación (básica o primaria, media o secundaria, y superior o universitaria) que responden a los grados que conforman la estructura metodológica para el abordaje, afinamiento, profundización y especialización del conocimiento, con la necesaria variedad de contenidos, en atención a las particularidades y la prioridad que se asigna a determinadas áreas del conocimiento, lo que de igual modo se manifiesta con carácter de uniformidad, en lo referente a las técnicas básicas para el despliegue del proceso de formación, enseñanza o aprendizaje, sin perjuicio de las particularidades o fórmulas específicas que se puedan emplear para su aplicación, lo que comúnmente permite observar la presencia de experimentaciones metodológicas dirigidas al ensayo, diseño y aplicación de técnicas que resultan prontamente difundidas y adoptadas por efecto de los avances de las comunicaciones. Adicionalmente, y con mayor grado de relevancia para nuestro interés inmediato, se hace presente la concepción y regulación de los esquemas indicados como una plataforma estable, mediante la conformación de un verdadero *régimen jurídico*, que incorpora estabilidad, eficiencia y certeza, en beneficio de las personas que concurren a su aplicación, desde las diferentes posiciones posibles -y particularmente como usuarios o destinatarios-, lo que da paso al debido grado de confianza que instrumentalmente aporta el Derecho, tal como se ha dicho al comienzo de estas líneas.

Dentro de ese amplio espectro que dibuja la educación, la tarea o función educativa, centramos la atención en lo atinente al último de los niveles de la educación formal. Nos concentramos en lo atinente a los *Estudios de postgrado* como una parte del segmento que representa la *Educación superior o universitaria*, sin perder de vista que su existencia y funcionamiento se inserta en el entorno más amplio, en el *Sistema general de la educación*, que genera diversas posibles situaciones jurídicas y relaciones del ciudadano con la Administración pública, al igual que aparecen dentro de este espacio de funciones, múltiples supuestos de situaciones y relaciones entre diversas estructuras administrativas, con ocasión de esa específica actividad educativa, lo que permite identificar un régimen jurídico muy nutrido y variado en cuanto a sus contenidos, a la par que dinámico en el ritmo de su realización, a los efectos de aproximarse a su conocimiento, análisis y aplicación.

²⁰ Eduardo García de Enterría, “Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 1, Civitas, Madrid, 1974, p. 79.

2. *El régimen jurídico de los estudios de postgrado*

De las breves notas consignadas se extrae -a nuestro juicio, claramente y sin dificultad- la existencia de una prolongada andadura, a través de la cual, un asunto específico (la educación), perteneciente en su origen remoto o primario a la condición genética de los individuos de la especie humana unida a su capacidad de desarrollo personal (*neoténia*), se convierte en una cuestión de alcance colectivo e interés general en virtud de las cualidades de inteligencia y sociabilidad inherente a la persona humana.

Desde allí, y como consecuencia directa de la valoración colectiva de su trascendencia, el asunto de la educación se viste con ropaje jurídico, configurando entonces, como resultado de la acumulación de todos estos factores, un tema que se aloja en el espacio científico y en el orden práctico del Derecho.

En tal sentido, *enseñar* pasa de ser una tarea artesanal, doméstica, espontánea, singular y *personificada*, a convertirse en una función tecnificada, de contenido y alcance social o colectivo; pero simultáneamente, la condición de destinatario de la enseñanza (educando o alumno) y la posibilidad de acceso a ella -que comienza por ser una oportunidad eventual y privilegiada- se convierte en una expectativa y una situación consagrada como *derecho* de toda persona, cuya realización efectiva se estimula y se protege por la Sociedad, a través de sus estructuras jurídico-institucionales, es decir, de las estructuras del Estado.

C. *La categorización jurídico formal de la educación*

Todas esas circunstancias van configurando -en paralelo y de manera progresiva- la categorización formal de la *educación* como asunto jurídico-público, lo que se expresa a través de diversos aspectos, tales como, la definición de los ramos, grados, niveles, contenidos curriculares; mecanismos de supervisión, validación y control; certificaciones y titulaciones vinculados o derivados de la actividad educativa, incluyendo aquellos relativos a la formación y el ejercicio docente, al propio tiempo que se definen y regulan los aspectos correspondientes al ingreso y desarrollo de la actividad o prestación docente en sus diferentes niveles y ámbitos, como un segmento específico dentro del servicio civil, del funcionariado público.

Pero además, junto a esto tenemos la consagración o reconocimiento de la *educación* como un *derecho* que opera en un doble sentido, atendiendo a su doble supuesto de titularidad: por una parte el *derecho del ciudadano* para acceder a la educación y, de otro lado, la regulación de la actividad educativa como un *derecho de quién la ofrece o imparte*, tal como lo describe y advierte acertadamente el profesor Linares Benzo, cuando indica que "...La disciplina educativa constitucional se articula entonces sobre el equilibrio entre los derechos fundamentales educativos -a ser educado y a educar, pasivo y activo- y la posición del Estado que implica la obligación de respetar esos derechos, el cometido de establecer el sistema educativo público y orientar y organizar todo el sistema educativo global (público y privado)..."²¹

Conjuntamente aparece todo lo relacionado con los efectos o consecuencias jurídicas que se generan a partir de las múltiples situaciones y relaciones asociadas o directamente derivadas del hecho educativo, en tanto hecho jurídico, a partir de lo cual encontramos múltiples entradas al espectro de conocimiento propio del Derecho administrativo. Así, las *fuentes*

²¹ Vid. Gustavo Linares Benzo, "Bases constitucionales de la Educación". En *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*. N° 2, abril 2001. Universidad Monteávila, Caracas, 2001, p. 220.

aplicables a cada *situación o relación*; los *sujetos* involucrados en las mismas; los consecuentes *tipos de relación* (vínculos entre los administrados -estudiantes e instituciones educativas privadas- y las Administraciones o, entre distintas estructuras administrativas -entes y órganos- de la misma o diferentes Administraciones); la pluralidad de *sujetos públicos* presentes, su *tipología y cualidades* concretas (entes, órganos unipersonales y colegiados, activos y consultivos, etc.); las específicas *condiciones de actuación* (competencia, posición jerárquica, autonomía, etc.); los *medios de actuación* y sus *consecuencias (procedimientos)*; la diversidad de *actos*, su *naturaleza, cualidad y efectos* (generales, singulares, reglados, discrecionales, medida, tácitos, implícitos, presuntos, internos, externos, favorables, de gravamen, condición, admisiones, aprobaciones, autorizaciones, dispensas, definitivos, de trámite, simples, complejos, etc.); las *posiciones jurídicas* asociadas o derivadas de las relaciones (*potestades, facultades, obligaciones, deberes y derechos*); los posibles *vicios* de los *actos* y la *contrariedad a derecho* de las *conductas* (omisiones, vías de hecho); los *controles* jurídicos, a través de mecanismos de autocorrección o autotutela y mediante el impulso de *recursos y acciones* propios del Derecho administrativo y sus mecanismos de anulación, corrección y restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas; y finalmente, la eventual *responsabilidad institucional y la responsabilidad personal* de los agentes o funcionarios.

La extensa batería jurídico-instrumental que reúne categorías, instituciones, técnicas y herramientas propias del Derecho administrativo se integra en razón de quedar asociadas con el hecho educativo como punto de convergencia, lo pone de relieve lo adecuado que resulta su conocimiento, sistematización y manejo desde la perspectiva que ofrece el enfoque científico de esta disciplina, a los efectos de su adecuada aplicación práctica, habida cuenta del carácter servicial y vicarial de la función administrativa en la que se inscribe, la cual queda inexcusablemente sometida al Derecho.

D. *La especificidad de los estudios de postgrado y su régimen jurídico*

Precisamente, esa configuración o estructura sistémica de la educación que el Derecho *formaliza* por medio de sus calificaciones y categorizaciones -pero siempre partiendo de la naturaleza y características propias del fenómeno objeto de atención, esto es, de la sustantividad que representa tarea educativa en sí misma-, permite identificar espacios con esencia jurídica, que resultan determinados por unos perfiles definatorios singulares, lo que en definitiva arroja la presencia de un auténtico régimen jurídico de la educación.

En efecto, desde el punto de vista científico, podemos hablar de un *régimen jurídico* determinado cuando el objeto de atención permite identificar un conjunto de componentes (categorías, instituciones, reglas, técnicas, etc.) pertenecientes al campo del Derecho, que se integran en torno a un punto nuclear, a un asunto concreto que los reúne y les aporta unidad conceptual y funcional, de donde derivará su coherencia interna, la vinculación lógica resultante en su unidad, y con ello, la posibilidad de ser sometido a conocimiento sistemático (investigación), susceptible a su vez, de ser metodológicamente aprehendido y transmitido (enseñanza), además de su aplicabilidad práctica. Entonces, desde la óptica científica del Derecho, un *régimen jurídico* no se agota en las normas de un cuerpo de reglas determinado (una Ley o un Reglamento), ni en un conjunto normativo, ni siquiera en el contexto ampliado de un grupo de normas, pues el ordenamiento jurídico positivo opera como un sistema cuyos componentes se vinculan integralmente mediante la correcta aplicación de los otros elementos que lo conforman dando solidez y funcionalidad a su arquitectura, como lo son los principios, instituciones y técnicas, que permiten descubrir y poner en práctica su razón de ser, sentido, integridad y eficiencia.

Tal cual sucede con el *nivel de estudios superiores o universitarios*, y dentro de esta categoría, se puede aislar, a su vez, el nivel que se identifica como *Postgrado*. Ambos forman parte de la *Educación* como categoría general, esto es, entendida como espectro de mayor dimensión dentro del cual se ubican los distintos niveles, definibles en razón de características singulares, de tal entidad, que conducen a la posibilidad de considerarlos en forma aislada sin que por ello pierdan las cualidades fenomenológicas comunes al *hecho educativo*.

En cuanto al contenido y alcance de la noción de *estudios de postgrado* nos resulta atinada, precisa y actual -y por ello suficiente a los fines que ahora perseguimos- la que aporta el profesor Víctor Morles, cuando señala que, "...Por educación de postgrado se entiende hoy el proceso sistemático de aprendizaje y creación intelectual que es realizado en una institución especializada por quienes ya poseen una licenciatura o título universitario o grado equivalente. Aunque tiene sus antecedentes en la antigüedad, se puede afirmar que ella nace y se formaliza en Alemania cuando en 1808 el filólogo y estadista Alejandro de Humboldt (1767-1835) funda la Universidad de Berlín y en ella establece el Doctorado en Filosofía -el famoso y ya anacrónico Ph.D.- como el título más alto que otorga la universidad. ... Allí se norma que el título doctoral dejará de ser *honorífico* (como era habitual en las Universidades medievales), para convertirse en un título ganado con base en trabajo intelectual de uno o varios años..."²²

Es fácil observar que esta afirmación, básica e inicial para el análisis, proviene, precisamente, de un factor determinante, de naturaleza estrictamente jurídica, que es forzoso tomar como punto de partida para detectar la existencia de tal *régimen*, y poder, entonces, entrar a considerar su cualidad, su estructura y su características funcionales. A partir de ese despeje inicial será factible determinar con mayor precisión analítica y crítica los términos de su correcta o incorrecta aplicación, así como las cualidades de diseño que pueden afectar sus componentes, a los efectos de evaluar su eficiencia en un contexto institucional y temporal determinado. En efecto, si podemos hablar de un *nivel de estudios de postgrado* no es porque se trata de una fenómeno natural o un hecho fatal que opera por generación espontánea, sino porque existe una determinada estructura jurídico formal que así lo concibe y determina, desde luego, atendiendo a las cualidades y características del hecho educativo y su avance científico, generado en el contexto de la Universidad como espacio por excelencia dedicado a la producción y aplicación sistemática del conocimiento.

Un breve ejercicio, consistente en el desglose de los componentes principales del régimen jurídico de los estudios de postgrado permite, en primer término, conocer su sentido, estructura y alcance. Desde el punto de vista práctico, esa perspectiva contribuye a evaluar constantemente la prestación de este nivel de enseñanza para mejorar su eficiencia, mediante la corrección de los errores o fallas de funcionamiento y las deficiencias de diseño que lo pueden impactar negativamente. Pero además, mediante este ejercicio metodológico se puede confirmar su naturaleza jurídica, su cualidad de régimen *jurídico administrativo* y, por consecuencia, su encaje lógico en el campo científico y operativo del Derecho administrativo.

A su vez, la correcta identificación de tal *régimen jurídico* y su naturaleza específica (Derecho administrativo) da pie para reforzar los efectos prácticos de su aplicación, mediante la consideración prioritaria y permanente de la responsabilidad que corresponde a los diversos agentes a quienes -absoluta e inexcusablemente sujetos a las determinaciones que conforman el régimen- les corresponde actuar para la prestación de esa función educativa.

²² Véase, Víctor Morles Sánchez, *La Educación de Postgrado en Venezuela. Panorama y perspectivas*. Instituto de Educación Superior de América Latina y el Caribe (IESLAC)-UNESCO. Caracas, 2004.

Todo lo antes aludido opera bajo el postulado teleológico fundamental que impregna al *régimen jurídico administrativo* de los estudios de postgrado, en virtud de su naturaleza administrativa. Hacemos referencia al sentido antropocéntrico y el carácter vicarial y servicial de la función administrativa pública, la concepción de la actuación en beneficio de la persona humana como epicentro y como fin esencial y último de la función administrativa²³, lo que, como veremos, alcanza por igual -aunque, desde luego, con matices diferenciales de intensidad, forma y modo- a los casos en los cuales la actividad de enseñanza en el nivel de postgrado es desplegada por una institución pública o una privada, pues, en cualquiera de estos supuestos, **siempre** estará presente la Administración Pública -con un plexo jurídico de mayor o menor extensión y complejidad, según el caso-, y en consecuencia, el Derecho administrativo.

A los efectos de realizar el ejercicio indicado para el reconocimiento y análisis del régimen jurídico de los estudios de postgrado, poniendo de relieve su unidad, resultante de la subordinación a categorías y principios que determinan su síntesis estructural, apelamos al esquema metodológico simple y eficiente, por igual, que parte de la consideración de la relación jurídica, del vínculo entre sujetos de derecho como vector, como elemento integrador de los diversos factores concurrentes²⁴.

De esta manera se pasa revista, en primer término, a los *posibles sujetos* que aparecen vinculados o asociados con esas relaciones jurídicas, para determinar sus cualidades y referir las *diversas situaciones* en que se ubican y, a partir de allí, entrar en la consideración de los diferentes factores jurídicos generadores o derivados de la relación, como lo son, el *objeto o contenido*, la *causa* y la *garantía*, lo que permite, a su vez, revisar otras categorías asociadas a la cuestión, como lo son, las tipologías de actos jurídicos vinculados, las conductas jurídicamente debidas, o las diversas fuentes aplicables, componentes del ordenamiento positivo específico que ensambla el régimen, para con ello, comprobar su naturaleza jurídica.

a. *Sujetos, situaciones y relaciones jurídicas*

Por lo que se refiere a los *sujetos, las situaciones jurídicas y las relaciones jurídicas*, que se comprenden en el *régimen de los estudios de postgrado*, apreciamos un variado y complejo elenco de supuestos, que excede en mucho lo que da la apariencia a primera vista.

En particular, respecto de los *sujetos*, tal como sucede en el ordenamiento jurídico administrativo general aparecen, como una constante necesaria, en primer lugar, la persona humana, el ciudadano o administrado -en diversas posibles situaciones jurídicas específicas asociadas al hecho educativo de postgrado: *aspirante, alumno o cursante, y, egresado-*, en tanto destinatario y razón de ser de la función administrativa del Estado. Desde luego -

²³ Tal postulado aparece expresado normativamente con rango constitucional y categoría de *Principio Fundamental* en el artículo 3 de la Constitución venezolana de 1999, en estos términos: *El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad ... y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución*. Adicionalmente y dirigido en forma específica a la función administrativa del Estado, en el artículo 5 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008) se precisa que, "**La Administración Pública está al servicio de las personas** y su actuación está dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades....La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella..."

²⁴ El esquema empleado se apoya en el método y *plan de exposición* utilizado, entre otros autores, por Marcello Caetano en su *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*. Librería y Editorial Sucesores de Galí. Santiago de Compostela, 1946 (Traducción Laureano López Rodó).

inexcusablemente- aparece también, como parte necesaria de la relación, una o varias Administraciones públicas (entes u órganos), en tanto sujeto de derecho que atrae la presencia y aplicación del Derecho administrativo en toda su extensión e intensidad. Con ello se hace explícita y claramente manifiesta la ubicación y calificación de este *régimen jurídico* en el espectro teórico y práctico de esa rama del Derecho.

Este dato conduce a incorporar dentro la trayectoria que determina la metodología del análisis, una referencia -aunque sea minúscula- a los conceptos, categorías, regulaciones y técnicas que giran en torno a la figura de los sujetos de derecho desde la óptica *ius publicista*, y que, en el caso relativo al tema de la *educación* (que incluye, desde luego, los estudios de postgrado) exhibe ribetes de singularidad por el carácter de *derecho fundamental* que ostenta, a partir de la confluencia de diversos postulados constitucionales²⁵ cuya lectura integrada permite la comprensión de su importancia, valor, significado y alcance como tal categoría, desde la perspectiva que complementariamente ofrecen las teorías históricas, para explicar su surgimiento y conformación como valor colectivo trascendente; las teorías filosóficas que se ocupan de sus fundamentos conceptuales o esenciales, vinculados con las condiciones humanas antes aludidas; y las teorías sociológicas, que tratan sobre su funcionamiento interactivo en la dinámica del sistema social. Todo ello conduce, en definitiva, a entender el *derecho a la educación*, desde el punto de vista del ciudadano, como un *derecho fundamental* simultáneamente singular y colectivo, conducente a la formulación de *mandatos de optimización*²⁶ que apuntan a la presencia de otro sujeto -el Estado-, alcanzado plena e inexcusablemente por el régimen jurídico que le es propio.

Desde la perspectiva del régimen jurídico de los estudios de postgrado la Administración, como sujeto, se presenta con diferentes alcances y mediante múltiples fórmulas, sobre todo, en atención a la circunstancia de que actúe o no como prestadora directa de la actividad de educación, en cuyo caso, se multiplican los supuestos de relaciones y situaciones jurídico administrativas, y con ello, aumentan las figuras de organización presentes a partir de tales supuestos. En todo caso, como una constante encontramos la presencia de la Administración ordenadora, es decir, la expresión de la función administrativa pública encargada de fijar las pautas y poner en práctica los mecanismos regulatorios generales del régimen.

En el caso del tema objeto de nuestro análisis, en esta oportunidad, el núcleo de ésta fórmula organizativa se ubica -en el ordenamiento positivo venezolano- en la figura del Consejo Nacional de Universidades, un órgano colegiado de perfiles singulares -claramente asociados al principio de autonomía universitaria- en cuanto a su integración y funciones, previsto en la Ley de Universidades (artículos 18 y siguientes).

²⁵ Son diversas las disposiciones de la Constitución venezolana vigente (1999) con antecedentes en los textos constitucionales anteriores, que se conjugan para la caracterización de la educación como un indiscutible *derecho fundamental*; así, el artículo 102 la cataloga como *un derecho humano y un deber social fundamental*, que el Estado asume *como un deber indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles*; pero además, la educación es calificada constitucionalmente como un *proceso fundamental* para alcanzar los fines del Estado (art. 3), a lo que se unen, por vía de consecuencia, los mecanismos de protección derivados del sistema garantista que acompaña a esos derechos, incluyendo la jerarquía constitucional y prevalencia en el orden interno que se reconoce a los tratados, pactos y convenciones que los consagran y preservan (art. 23).

²⁶ Vid. Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

En líneas generales el punto en cuestión convoca al contacto con los temas propios de la Teoría de la Organización, que aplican plenamente a este particular régimen en sus contenidos, principios y técnicas. En el ámbito específico de la organización vinculada a los estudios de postgrado aparece una pluralidad de entes y órganos administrativos que podemos identificar y clasificar en cuanto a su estructura y función atendiendo a diversos criterios (colegiados y unipersonales; con atribuciones normativas, decisorias, consultivas o de control, etc.), los cuales operan bajo postulados jurídicos propios de la función administrativa, tales como jerarquía, autonomía, coordinación, delegación o desconcentración. Es indiscutible que todo ello queda inserto en la aplicación formal y práctica de la noción de competencia y su ejercicio, lo que únicamente puede ocurrir, en términos de validez, bajo la órbita del Principio de legalidad, como eje fundamental de la actuación administrativa pública.

En cuanto a la figura del *administrado*²⁷, aplican todos los factores atinentes a la configuración de las diferentes situaciones jurídicas en que puede encontrarse, como sujeto, bien sea en posiciones de poder o de deber respecto del otro sujeto de la relación jurídica (la Administración) generada con ocasión de los estudios de postgrado.

Desde esta perspectiva encontramos que puede ocuparse una posición puramente genérica, una situación común o general, sin rasgos específicos de subjetivización, como sería la que ocupa cualquier persona natural o jurídica, a partir de considerar la educación como un derecho constitucionalmente garantizado, en el doble sentido al que antes hemos aludido, es decir, el derecho a *recibir* educación y el derecho a *prestar* la educación.

Pero en un supuesto más concreto o específico, la cualidad de sujeto se concretiza, la subjetivización se hace más precisa, en atención a la particular situación en la que se ubica la persona natural o jurídica, en cuanto al régimen jurídico se refiere. Así, la persona natural podrá ser solo un *aspirante* a la condición de estudiante, cuando concurre a una convocatoria de ingreso, entablando una relación jurídica concreta, sin llegar aún a ser *alumno*, condición ésta que podrá adquirir a partir del acto de admisión, a tenor de lo revisto en la Ley de Universidades (artículos 116 y ss.), y que, desde luego, lo coloca en un *status* jurídico administrativo diferente al de aspirante.

De su parte, observamos que igual sucedería con el caso de una persona jurídica (Universidad), en cuanto a sus diferentes posiciones subjetivas (genérica y específica o singularizada) asociadas al trámite y acreditación para operar como una unidad reconocida jurídicamente para ofrecer estudios para graduados.

También este punto del análisis sirve para recordar la amplitud y complejidad que encierra el régimen jurídico de los estudios de postgrado. En efecto, como se observó, dependiendo de la situación que se ocupe en cada supuesto, la figura del administrado puede corresponder indistintamente al destinatario de la actividad académica o prestación educativa (educando, alumno o cursante), como situación típica usual, pero también puede ostentar esa condición jurídica quien se ocupa de prestar la actividad o cumplir la prestación, es decir, la institución -usualmente, aunque no únicamente, una Universidad- encargada de ofrecer la prestación de estudios de postgrado.

²⁷ Si bien esta expresión es objeto de críticas doctrinarias procedentes y atinadas -por el carácter pasivo que envuelve, y que resulta inadecuado, o cuando menos, impreciso, para designar la **situación activa o posición de poder** que progresivamente ha pasado a ocupar el ciudadano, sujeto privado o particular que se vincula con la Administración-, resulta útil por su carácter ilustrativo y la difusión en su empleo que, en el espectro técnico de la Disciplina, ha tenido el vocablo.

Adicionalmente, desde la perspectiva de los sujetos vinculados por una relación jurídico administrativa asociada a estudios de postgrado, hay que incorporar la diversidad de contactos de carácter interno que se producen entre distintas unidades e instancias de la Administración pública, con diferentes atribuciones, tareas y posiciones, que en definitiva, son productoras de situaciones y efectos pertenecientes al campo del Derecho administrativo.

Todo ello, sin incorporar la consideración al escenario de escala supranacional o internacional que convoca vínculos usuales en supuestos tales como los de reconocimiento de estudios o reválidas, intercambios, programas integrados, etc., que se hacen cada día mas comunes y generalizados como efecto de los procesos de globalización, abriendo espacio a supuestos de mayor complejidad que dan presencia a las mas recientes aportaciones del Derecho administrativo global.

b. *Objeto y causa de las relaciones*

Las diferentes situaciones jurídicas en las que se pueden encontrar los sujetos de derecho con ocasión de los estudios de postgrado, tienen un contenido u objeto jurídico y obedecen a razones o presupuestos fácticos y jurídicos -hechos o actos-, cuyas cualidades y especificidad aportan elementos adicionales para la consideración de su naturaleza jurídico administrativa.

De partida, vemos que la relación jurídica medular y típica (aunque no la única) que contempla este régimen es la que gira en torno a la realización de los estudios de postgrado por parte de un determinado sujeto de derecho (el *administrado alumno*), incorporado a un programa académico, en virtud de lo cual recibe una prestación en ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado, siendo que dicha prestación es cumplida directamente por un ente público o, en todo caso, por una entidad jurídica privada que a su vez, esta acreditada y supervisada por autoridades administrativas, precisamente, en razón de la cualidad de asunto de interés general que ostenta la actividad (educación) que cumple. De tal manera que esta relación matriz o central se descompone en un conjunto de situaciones y supuestos impregnados de juridicidad, tales como son la matriculación, el cumplimiento de las cargas y deberes académicos, la rendición de ejercicios, pruebas y evaluaciones, etc., por parte del alumno, y la presentación y cumplimiento de una oferta curricular, la celebración de los actos o eventos programados para la prestación efectiva de tal oferta hasta la culminación del Programa, lo que puede conducir o no, según su categoría, al otorgamiento de título académico. Colateralmente hacen presencia un conjunto de situaciones generadoras de vínculos específicos entre estos sujetos, tales como exenciones, reconocimientos, constancias y certificaciones, que se traducen en situaciones de poder y deber recíprocas, generadoras de efectos jurídicos que se prolongan mas allá de la etapa estricta de realización de la escolaridad o ejercitaciones correspondientes al Programa o Curso, como sería el caso de la expedición de certificaciones de calificaciones o contenidos curriculares de las asignaturas y demás actividades académicas cumplidas, en respuesta a la solicitud de quién ha culminado (egresado) o no el Programa.

En todos estos casos se hacen presentes elementos causales y contenidos distintos que se corresponden con el supuesto específico de cada situación y relación que se plantea, y que como vemos, pueden plantearse en diversos momentos y grados de intensidad perfectamente diferenciables desde la óptica jurídica, como serían los que reflejan las posiciones del aspirante, el alumno regular y el egresado.

Como consecuencia de ello, podemos encontrar toda la gama de supuestos, originados en actos unilaterales (decisiones) normativos y concretos (tanto generales como singulares) y bilaterales o multilaterales (convenios, acuerdos o contratos), susceptibles de aparecer entre sujetos de distinta naturaleza y factura, como son los entes públicos y los privados. A título

de ejemplo tendríamos entre otros posibles supuestos, planes de beca o financiamiento de estudios; convenios de intercambio o cooperación para el reconocimiento de créditos o titulaciones entre Programas o para la realización de Cursos o Programas de Postgrado que se establezcan entre Universidades públicas y privadas, nacionales o extranjeras, o entre Universidades y otras instituciones académicas o de otras condiciones, sean éstas nacionales o extranjeras; convocatorias a incorporación de nuevos cursantes y procedimiento de selección e ingreso; mecanismos de evaluación y calificación de pruebas, trabajos, tesinas, tesis y otras ejercitaciones; otorgamiento de premios y distinciones; imposición de sanciones conforme al régimen aplicable; etc., lo que alcanzan directa o indirectamente a los administrados estrictamente considerados, entendiendo por tales a quienes ostentan la condición o status jurídico de *alumnos*.

Esta brevísima e incompleta referencia da cuenta de la amplitud y complejidad de supuestos, situaciones y relaciones que se inscriben en el espectro de los estudios de postgrado desde la perspectiva de su consideración como un fenómeno jurídico, pero además, contribuye a verificar su naturaleza, al comprobar que las posibles causas y contenidos de tales situaciones y relaciones, al igual que todos los elementos, instrumentos y técnicas de orden jurídico que se les asocian, tienen contenido y forma propios del Derecho administrativo.

Por tales razones resulta necesario y útil para el tratamiento de estos aspectos de la cuestión el empleo de las categorías que metodológicamente se inscriben en el área de la Teoría de la Actividad administrativa, así como en el manejo de los Contenidos de la actividad, en tanto expresión de sus manifestaciones ordenadoras y operativas como fórmula jurídica de la gestión pública, al propio tiempo que aparecen los conceptos y técnicas relativos a los Procedimientos administrativos, por ser el mecanismo jurídico formal para la construcción y expresión de las decisiones administrativas en cuyo cauce se inscriben y despliegan las relaciones con los administrados, por lo que los procedimientos configuran, de igual modo, una expresión de garantía a sus derechos.

c. *Efectos, garantía y estructura de las fuentes*

El elenco de componentes que da pie para insertar la categorización de los estudios de postgrado desde la perspectiva científica del Derecho y comprender esa ubicación, con todo lo que ello significa, apunta -en cuanto a su sentido o razón de ser- a la producción de múltiples efectos o consecuencias prácticas, cuya referencia también resulta apropiada para complementar el ejercicio de identificación de su naturaleza, en tanto régimen jurídico. Pero además, el funcionamiento práctico de esos componentes como sistema, lleva a entender que su tratamiento de conjunto no se agota en la satisfacción de una simple curiosidad intelectual en atención a la realización de un ejercicio teórico; antes bien, con ello se reafirma el sentido instrumental del Derecho, así como su valor esencial para la realización de los espacios de convivencia, y de allí, la honesta eficiencia de la gestión académica, en tanto expresión concreta de función administrativa.

De este modo, la pluralidad de supuestos relativos a situaciones y relaciones que, como se ha venido insistiendo, dibujan un mapa complejo pero unitario en atención a su referente sustantivo, presentan como denominador común su valoración jurídica, que viene determinada fundamentalmente por la validez y eficacia de los distintos actos sujetos a este régimen, cada uno de los cuales tendrá particulares consecuencias en función de su objeto y contenido precisos, pero siempre bajo el condicionamiento de los postulados fundamentales de la disciplina jurídico administrativa.

A los fines de mayor ilustración, y por vía de ejemplo, podemos señalar que, un acto normativo (reglamento) producido por uno de los órganos o entes integrantes del complejo

subjetivo de la Administración, solo será *válido*, y como tal tendrá la virtualidad jurídica requerida para producir sus efectos, cuando sea dictado en ejercicio legítimo de una competencia sustantiva y funcionalmente atribuida a su autor y mediante los mecanismos formales pautados por el ordenamiento que lo vincula. Es decir, será válido, en la medida en que su contenido respete el ordenamiento jurídico en su estructura total, lo que comporta, no solo la adecuación de la decisión a los determinantes superiores preexistentes en el sistema normativo en el que se inserta, sino también, por el absoluto respeto a los parámetros de configuración orgánica y funcional de la autoridad que lo emite, para así no contrariar las prescripciones relativas a la formación de la voluntad del sujeto. Junto a ello, para que pueda producir válidamente los efectos jurídicos perseguidos por aquella voluntad legítima, es decir, para que sea *vigente*, para que entre en *vigencia*, es imprescindible que se produzca su exteriorización, con estricta adecuación a las exigencias legales, que en el supuesto del ejemplo que se adelanta (acto reglamentario), no admite otra opción mas que su *publicación*²⁸.

La publicación es el acto por el cual una Ley -y en términos mas generales, cualquier *norma* o *acto general* (dirigido a un número indeterminado de destinatarios), de contenido no normativo- se hace conocida o, al menos, susceptible de ser conocida por todos, por la ciudadanía en general, para de esa manera, y por elemental lógica, poder deducir su obligatoriedad, esto es, la posibilidad de generación valida de sus efectos como tal acto jurídico, a lo que sirve de apoyo el aforismo clásico recogido en el artículo 2 de nuestro Código Civil: *La ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento*.

De modo tal que, en razón de la publicación se presume el conocimiento del acto general (normativo o no) y, por consecuencia, se postula su *vigencia* (producción de efectos); pero, hay que estar atento, no se trata de cualquier tipo, modalidad o forma de publicación para encajar en el cumplimiento de tales prescripciones. En efecto, existen manifestaciones de publicación específicas y propias en atención al sujeto y al tipo de acto de que se trate. Así, las Leyes nacionales deben ser publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, de acuerdo con diversas disposiciones que lo prescriben, tales como, la Constitución (artículo 215), el Código Civil (art. 1) y la Ley de Publicaciones Oficiales (art. 26).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública dispone en su artículo 12, que los reglamentos y demás actos de carácter general *dictados por órganos y entes de la Administración Pública deberán ser publicados sin excepción en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o, según el caso, en el medio de publicación correspondiente*, con lo cual deducimos la existencia de varios posibles modos válidos de publicación de estos actos, siendo la constante, la exigencia de tal publicación como requisito inexcusable para que se produzca su vigencia.

El caso de las decisiones de los órganos universitarios encuentra otra norma complementaria y especial -en el artículo 40, numeral 6 de la Ley de Universidades-, que dispone como atribución del Secretario de la Universidad, *publicar la Gaceta Universitaria, órgano trimestral que informará a la comunidad universitaria las resoluciones de los organismos directivos de la Institución*. En consecuencia, en Venezuela, las *resoluciones* de los órganos

²⁸ Sobre el tema de la validez y vigencia de los actos normativos en general, remitimos al extraordinario trabajo elaborado, precisamente, como Tesis Doctoral presentada en 1943, por el profesor Joaquín Sánchez-Covisa Hernando, bajo el título: *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos N° 2. Caracas, 2007.

directivos de cualquier institución universitaria que requieran publicación, por su cualidad de acto general (normativo o no normativo), solo serán vigentes a partir de su *publicación en la Gaceta Universitaria*, y no de ninguna otra forma. De otra manera, podrían, eventualmente, ser actos válidos, pero no actos vigentes, esto es, capaces de producir la virtualidad de los efectos jurídicos a los cuales se destinan.

Desde luego, sucede de igual manera con la pléyade de actos concretos (generales o individuales) que se despliegan en el quehacer ordinario de los estudios de postgrado, bien sea mediante ejercitaciones docentes o académicas, bien mediante actividades u operaciones gerenciales o administrativas.

En cualquier supuesto derivado de la prestación del servicio educativo o vinculado con éste, encontramos la existencia de situaciones y relaciones con trascendencia jurídica que se ven arropadas por las categorías y técnicas que aporta el Derecho administrativo. Tales circunstancias ponen en juego la dinámica propia de la Disciplina, mediante la consideración de la actividad realizada por la Administración como una función, subordinada plena e inexcusablemente al Derecho, frente a la cual, el administrado concurre como titular de derechos e intereses jurídicamente protegidos mediante los mecanismos de garantía que el ordenamiento pone a su disposición, para preservar, precisamente, la buena administración en función del interés colectivo, de tal modo que se pone en juego la totalidad del ordenamiento, el contexto general, y no una pieza normativa o concreta percibida en forma aislada o individual.

También a los fines meramente ilustrativos, en esta oportunidad podemos multiplicar los ejemplos. Desde el acto de admisión e inscripción en un determinado Curso de postgrado -típico caso de un acto *condición*, en tanto acto administrativo que coloca a un sujeto en dentro de un régimen jurídico preexistente- hasta el otorgamiento del Título o certificación de culminación (según se trate de estudios conducentes o no a titulación académica) del Curso, aparecen innumerables supuestos sometidos al Derecho administrativo, en relación a los cuales se presenta como telón de fondo, el Principio de legalidad, y con ello, el respeto a las situaciones jurídicas individuales; de modo tal que ante cualquier alteración de la ecuación de subordinación al ordenamiento, aparecen los mecanismos de garantía, a través de las fórmulas de control jurídico administrativo o jurisdiccional, lo que abre el campo al tema de los recursos y medios de acción, así como al espectro de lo contencioso administrativo, y finalmente, a todo lo relacionado con la responsabilidad institucional y personal de los funcionarios.

El marco de las fuentes aplicables a todos los supuestos que se han venido refiriendo, completa la verificación de la naturaleza jurídico administrativa que atribuimos a los estudios de postgrado, como asunto relevante para el Derecho.

Desde luego, este aspecto no escapa a la nota de variedad y complejidad que hemos destacado como una constante entre los datos significativos puestos en consideración como aproximación al análisis.

Una particularidad llamativa está en el carácter reglamentario de la fuente normativa que aparece y opera como epicentro o pivote de todo el régimen jurídico de los estudios de postgrado en Venezuela, desde el punto de vista del ordenamiento positivo.

En efecto, se trata de la “Normativa General de los Estudios de Postgrado”, dictada por el Consejo Nacional de Universidades²⁹, que aparece por vez primera en el año 1983, a los efectos de producir una plataforma normativa mínima uniforme a tal efecto, partiendo de la

²⁹ Ver *Gaceta Oficial* N° 37.328 del 20 de noviembre de 2001.

experiencia producida por los diferentes programas de estudios de postgrado que ya se venían ofreciendo, desde muchos años antes, en diversas Universidades y otras Instituciones del país (como el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas); de allí que, en el artículo 27 de aquella primera normativa reconocía la existencia de dichos programas de postgrado, y para evitar incurrir en el vicio de retroactividad, no los alcanza con la exigencia de acreditación, fijando en tal sentido, solamente una solicitud de remisión de los planes de estudio, a los efectos de “información”³⁰.

De este modo, la *Normativa General* ha funcionado como una fuente positiva central, general y básica que, en algunos casos establece reglas rígidas, no alterables por las instituciones prestadoras de la actividad de postgrado, como sucede con la clasificación y tipología de los Cursos, distinguiendo aquellos que conducen a la obtención de grados académicos (Especialización Técnica, Especialización, Maestría y Doctorado) y los que no conducen a grados académicos (Ampliación, Actualización, Perfeccionamiento Profesional y Programas post-doctorales), o con los requisitos de egreso de los estudios conducentes a grado académico; en otros casos la *Normativa General* contempla disposiciones referenciales o mínimas, susceptibles de ampliarse en su contenido por las disposiciones normativas internas de cada institución oferente de estudios de postgrado, como sucede, pro ejemplo, con el número de créditos que conforman cada Plan de Estudios, en cuyo caso se fija un mínimo, dejando al Comité Académico respectivo la determinación concreta, con lo que el Plan de Estudio se convierte en una fuente normativa complementaria.

Alrededor de este referente normativo -de rango reglamentario- se articula el régimen general de los estudios de postgrado que integra disposiciones del mas diverso rango y factura que -tal como dijimos antes- incluyen normas constitucionales, tratados internacionales, leyes orgánicas y ordinarias, y normas reglamentarias de diverso origen y rango, para formar un ordenamiento especialmente diverso, lo que invita a una necesaria tarea de identificación y selección del grupo normativo aplicable a la situación concreta que se pueda presentar, desde luego, incorporando el contacto con los Principios Generales, mediante las técnicas de integración, evaluación, análisis y diagnóstico propias del Derecho administrativo.

EPÍLOGO

La revisión que sobre los diversos elementos de los estudios de postgrado venimos de consignar en las páginas anteriores, conduce a confirmar nuestra apreciación sobre su entidad como un fenómeno de indiscutible naturaleza jurídico administrativa.

La compleja variedad de supuestos que contempla su nutrido contenido, y su indiscutible trascendencia práctica, convocan a una tarea dirigida a profundizar y extender la investigación pormenorizada de sus manifestaciones desde la perspectiva de esta Disciplina, a los efectos de fortalecer la gestión académica, en tanto expresión de primer orden en el ejercicio la función administrativa.

³⁰ “Artículo 27.- Las instituciones que para la fecha de la aprobación de las presentes Normas están dictando programas de postgrado conducentes a títulos académicos, remitirán al Consejo Nacional de Universidades, para su información, los planes de estudio de dichos programas.” (Destacado nuestro).

Un dato adicional de interés al respecto se encuentra en el hecho de que los primeros estudios formales de postgrado se ofrecieron en la Universidad Central de Venezuela, a partir de la década de 1940, en las áreas de Medicina y Derecho; en particular, el Doctorado en Derecho data de los años 60, siendo que la Ley de Universidades (1970), solo contiene una breve mención a los requisitos para la obtención del Título de Doctor, en su artículo 160.

A modo de conclusión se estima oportuno y adecuado recordar lo planteado como *Declaración de Principios* por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en el año 1958, en el entorno de las vicisitudes políticas que se venían enfrentando, al expresar como una de las tareas fundamentales para el logro de la misión de nuestra Facultad, la de "...Educar y formar a los profesionales que, como jueces, abogados y funcionarios, han de participar en las tareas de creación y aplicación del Derecho..."³¹.

El objetivo final perseguido por las presentes notas no es otro que el de contribuir al cumplimiento de esa responsabilidad de creación y aplicación del Derecho, tarea esta consustancial con nuestro espacio académico, al abrir perspectivas de enfoque sobre temas de interés para la formación jurídica especializada, invitando a explorar la riqueza del Derecho administrativo en este campo específico de su aplicación, y paralelamente, convocando a las unidades de administración académica a sumergirse plenamente en la cultura del Derecho, procurando alcanzar el paradigma de la *Buena Administración*, -consagrado hoy día como un *derecho fundamental* de las personas-, mediante el respeto absoluto a las pautas jurídicas, como manifestación de pleno apego al Principio de Legalidad.

³¹ *Vid. Studia Iuridica*. Publicación Anual de la Facultad de Derecho. N° 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2015

Recopilación y selección
por Flavia Pesci Feltri
Abogada

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Organismos de la Presidencia de la República b. Régimen General de la Administración Pública. c. Régimen de los Ministerios. B. Poder Legislativo: Ley habilitante de delegación legislativa. C. Poder Ciudadano: Ministerio Público. D. Procuraduría General de la República.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Funcionario*. A. Funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. 2. *Sistema de Contrataciones Públicas*.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones exteriores*. A. Acuerdos. B. Régimen de visas. 2. *Régimen de Seguridad y Defensa*. 3. *Régimen del Porte de Armas*.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen impositivo*. 2. *Régimen Cambiario*. 3. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Tasas de Interés. 4. *Régimen de protección al inquilino y al pequeño arrendador*. 5. *Régimen de la Industria*. A. Seguridad y Soberanía Agroalimentaria. B. Control y Abonos. C. Pesca y Acuicultura. 6. *Régimen del Comercio exterior y de las Aduanas*. 7. *Régimen del Turismo*.

V. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*. A. Educación Universitaria. 2. *Régimen laboral*. 3. *Régimen de seguridad social*. 4. *Régimen de la Vivienda*. 5. *Régimen de Deporte y recreación*.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Transporte y Tránsito*. A. Sistema de Transporte Acuático y Aéreo. B. Sistema de Transporte Terrestre. 2. *Régimen de Energía Eléctrica*. 3. *Régimen de obras públicas*.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Ejecutivo*

a. *Organismos de la Presidencia de la República*

Decreto N° 1.528 de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se dicta el Reglamento Interno del Consejo de Ministros. *G.O.* N° 40.580 del 14-1-2015.

Decreto N° 1.678, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial, con carácter permanente, que se denominará Comisión Presidencial Agroalimentaria, la cual estará presidida por el Tercer Vicepresidente Sectorial para la Seguridad, Soberanía Agroalimentaria y el Abastecimiento Económico, ciudadano Carlos Alberto Osorio Zambrano, e integrada por las autoridades que en él se mencionan. *G.O.* N° 40.629 del 26-3-2015.

b. *Régimen general de la Administración Pública*

Decreto N° 1.612 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto sobre Organización General de la Administración Pública Nacional. (Véase N° 6.173 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.603 del 18-2-2015.

c. *Régimen de los Ministerios*

Decreto N° 1.625 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. (Véase N° 6.176 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.624 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. (Véase N° 6.175 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Aviso Oficial de la Vicepresidencia de la República, mediante el cual se corrige por error material el Decreto N° 1.624, de fecha 20 de febrero de 2015, donde se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. *G.O.* N° 40.627 del 24-3-2015.

Decreto N° 1.596 de la Presidencia de la República, mediante el cual se crea el Despacho del Viceministro para la Comunicación Internacional, integrado a la estructura del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. (Véase N° 6.170 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.595 del 4-2-2015.

Decreto N° 1.619 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Planificación. (Véase N° 6.174 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.616 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas. (Véase N° 6.174 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.623 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de la Defensa. (Véase N° 6.175 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.614 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Industrias. (Véase N° 6.174 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.621 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras. (Véase N° 6.175 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.627 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología. (Véase N° 6.176 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.617 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo. (Véase N° 6.174 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.620 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería. (Véase N° 6.175 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015. Aviso Oficial de la Vicepresidencia de la República, mediante el cual se corrige por error material el Decreto N° 1.620, de fecha 20 de febrero de 2015, donde se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería. *G.O.* N° 40.627 del 24-3-2015.

Decreto N° 1.618 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales. (Véase N° 6.174 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.629 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Cultura. (Véase N° 6.176 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.626 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas. (Véase N° 6.176 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.628 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género. (Véase N° 6.176 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.615 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Energía Eléctrica. (Véase N° 6.174 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

Decreto N° 1.622 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario. (Véase N° 6.175 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.605 del 20-2-2015.

B. *Poder Legislativo: Ley habilitante de delegación legislativa*

Ley de la Asamblea Nacional que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan para la Garantía Reforzada de los Derechos de Soberanía y Protección del Pueblo Venezolano y el Orden Constitucional de la República. (Véase N° 6.178 Extraordinario de la misma fecha). *G.O.* N° 40.621 del 16-3-2015.

C. *Poder Ciudadano: Ministerio Público*

Resolución N° 224 del Ministerio Público, mediante la cual se dictan las Normas del IV Concurso Público de Credenciales y de Oposición para el Ingreso a la Carrera Fiscal. *G.O.* N° 40.610 del 27-2-2015.

Resolución N° 397 del Ministerio Público, mediante la cual se dicta la Normativa de la Escuela Nacional de Fiscales del Ministerio Público para el Reconocimiento de Unidades de Crédito por Estudios Realizados. *G.O.* N° 40.629 del 26-3-2015.

Providencia N° 001-2015 del Poder Ciudadano Consejo Moral Republicano, mediante la cual se dicta el Reglamento de Funcionamiento y Procedimientos de la Comisión por la Justicia y la Verdad. *G.O.* N° 40.606 del 23-2-2015.

D. *Procuraduría General de la República*

Resolución N° 002/2015 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se establece que el Gerente General Administrativo, además de las competencias atribuidas en el Reglamento Interno de esta Procuraduría General de la República, tendrá las competencias que en ella se especifican. (Coordinar los procesos de selección de contratistas, certificación de documentos, copias, suscripción de resoluciones, suscripción de autorizaciones de gastos u órdenes de pago, entre otras). *G.O.* N° 40.574 del 6-1-2015.

Resolución N° 004/2015 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se otorga al Coordinador del Despacho, además de las competencias atribuidas en el Reglamento Interno de la Procuraduría General de la República, la firma de los documentos y actos que en ella se indican. (Oficios Dirigidos al Vicepresidente Ejecutivo, Documentos contentivos de actos, contratos o negocios relativos, Sustituir la representación de la República en los Abogados del Organismo, otorgar poderes a abogados que no sean funcionarios de la Procuraduría, y otros). *G.O.* N° 40.584 del 20-1-2015.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema del sistema funcionarial*

A. *Funcionarios de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal*

Decreto N° 1.599 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fija un aumento del quince por ciento (15%) del salario mínimo nacional mensual, obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado. *G.O.* N° 40.597 del 6-2-2015.

Decreto N° 1.600 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el sistema de remuneraciones de los funcionarios y funcionarias de la administración pública nacional. *G.O.* N° 40.597 del 6-2-2015.

Decreto N° 1.601 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece el ajuste al sistema de remuneraciones de los obreros y obreras de la administración pública nacional. *G.O.* N° 40.597 del 6-2-2015.

Providencia N° 001-2015 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dicta las Normas que Regulan la Creación e Imposición del Botón de Antigüedad por Años de Servicio en la Oficina Nacional Antidrogas (ONA). *G.O.* N° 40.630 del 27-3-2015.

2. *Sistema de Contrataciones Públicas*

Providencia N° SNC/DG/2015/0001 de la Vicepresidencia de la República Comisión Central de Planificación Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se fijan las tarifas que este Organismo cobrará a las personas naturales y jurídicas por la prestación de sus servicios y publicaciones que en ella se indican. *G.O.* N° 40.604 del 19-2-2015.

III. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones exteriores*

A. *Acuerdos*

Acuerdo N° 2014-17 del Parlamento Latinoamericano, mediante el cual se reforma el Título XIII del Reglamento Interno del Grupo Parlamentario Venezolano del Parlamento Latinoamericano (Parlatino), atinente al «Régimen Laboral de las Trabajadoras y los Trabajadores del Grupo». (Se reimprime por fallas en los originales). (Reimpresión *G.O.* N° 40.563 de fecha 16 de diciembre de 2014). *G.O.* N° 40.578 del 12-1-2015.

Resolución N° DM/027 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe la «Enmienda al Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay». *G.O.* N° 40.611 del 2-3-2015.

Resolución N° DM/030 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se informa de la entrada en vigor del «Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina, en Materia de Becas de Estudio», suscrito en la ciudad de Caracas, el 01 de diciembre de 2011, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 40.261, del 30 de septiembre de 2013. *G.O.* N° 40.612 del 3-3-2015.

Resolución N° DM/031 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del Acuerdo de Unificación para la Explotación y Desarrollo de los Yacimientos de Hidrocarburos del «Campo Manakin-Cocuína» que se extiende a través de la línea de Delimitación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Trinidad y Tobago. Resolución mediante la cual se procede a la publicación del «Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Líbano para la Supresión de Visas en Pasaportes Diplomáticos, Especiales, Oficiales o de Servicio». *G.O.* N° 40.620 del 13-3-2015.

Resolución N° DM/032, mediante la cual se procede a la publicación del «Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Líbano para la Supresión de Visas en Pasaportes Diplomáticos, Especiales, Oficiales o de Servicio». *G.O.* N° 40.620 del 13-3-2015.

Resolución N° DM/035 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se publica la entrada en vigor del «Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 69, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Federativa del Brasil». *G.O.* N° 40.627 del 24-3-2015.

B. *Régimen de visas*

Resolución conjunta N° 047 y N° 029 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para Relaciones Exteriores, mediante la cual se excluye a los Estados Unidos de América del listado de países beneficiados de supresión de Visas de No Migrantes (Turistas) en Pasaportes Ordinarios. (Véase N° 6.177 Extraordinario del 28-2-2015). *G.O.* N° 40.611 del 2-3-2015.

2. Régimen de Seguridad y Defensa

Decreto N° 1.471 de la Presidencia de la República, mediante el cual se crea el Sistema Popular de Protección para la Paz. *G.O.* N° 40.582 del 16-01-2015.

Resolución N° 008610 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dicta las Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones. *G.O.* N° 40.589 del 27-1-2015.

Resolución N° 008723 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se editan las Cartas Náuticas que en ella se especifican. (DHN-004 Golfo de Paria a Cabo Codera e Islas Adyacentes, DHN-005 Cabo Cordera a Punta Canoa e Islas Adyacentes, DHN-101 Aproximación a los Monjes, DHN- 102 Aproximación a Bahía de las Piedras, DHN- 104 Portulano Bahía de Amuay, entre otros). *G.O.* N° 40.591 del 29-1-2015.

Resolución N° 008750 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se crea y activa el Regimiento de Apoyo, adscrito al Cuartel General de la Guardia Nacional Bolivariana, con la Estructura Organizacional que en ella se señala. (Un Comando, Una Ayudantía, Un Segundo Comando y Jefatura de Estado Mayor, Una División de Personal, Una División de Inteligencia, Una División de Operaciones, Una División de Logística, Una División de Educación; Una División de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, entre otros). *G.O.* N° 40.593 del 2-2-2015.

Resolución N° 008752 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se crea y activa el Destacamento de Apoyo N° 3, adscrito al Regimiento de Apoyo del Cuartel General de la Guardia Nacional Bolivariana, con las funciones que en ella se especifican. (La Custodia, seguridad y resguardo de la integridad física de altos funcionarios y personalidades que integran los Organismos e Instituciones del Poder Público Nacional y Estatal). *G.O.* N° 40.593 del 2-2-2015.

Resolución N° 008751 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se adscribe el Destacamento de Apoyo N° 2, perteneciente al Comando Logístico de la Guardia Nacional Bolivariana, al Regimiento de Apoyo del Cuartel General de la Guardia Nacional Bolivariana. *G.O.* N° 40.593 del 2-2-2015.

Resolución N° 062 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece las Normas de seguridad y uso adecuado de las piscinas, embalses de uso público, pozos y demás estanques y similares con los destinos que en ella se mencionan, desde el 27 de marzo hasta el 06 de abril de 2015, con motivo del dispositivo Semana Santa Segura 2015. *G.O.* N° 40.629 del 26-3-2015.

3. Régimen del Porte de Armas

Resolución conjunta N° 030 y N° 008929 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para la Defensa, mediante la cual se suspende de manera temporal el Porte de Armas de Fuego y Armas Blancas, en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, con motivo de la implementación del «Dispositivo Carnaval Seguro 2015», para lo cual se establecen los días de restricción que en ella se indican. *G.O.* N° 40.600 del 11-2-2015.

Resolución conjunta N° 063 y N° 009390 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para la Defensa, mediante la cual se suspende de manera temporal el Porte de Armas de Fuego y Armas Blancas, en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, desde el 27 de marzo hasta el 06 de abril de 2015, con motivo del dispositivo Semana Santa Segura 2015. *G.O.* N° 40.629 del 26-3-2015.

IV. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Régimen impositivo*

Decreto N° 1.652 de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se exoneran del pago del Impuesto al Valor Agregado, Impuestos de Importación y de la Tasa por Servicios Aduaneros, las importaciones definitivas de los bienes muebles corporales, realizados por los órganos o Entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente al Proyecto «Transformación Integral de los Barrios Venezolanos enmarcadas en la Gran Misión Barrio Nuevo - Barrio Tricolor». *G.O.* N° 40.617 del 10-3-2015.

Providencia N° SNAT/2015/0019 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas SENIAT, mediante la cual se reajusta la Unidad Tributaria de Ciento Veintisiete (Bs. 127,00), a Ciento Cincuenta Bolívares (Bs. 150,00). *G.O.* N° 40.608 del 25-2-2015.

2. *Régimen Cambiario*

Convenio Cambiario N° 33 del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se dicta las normas que regirán las Operaciones de Divisas en el Sistema Financiero Nacional. (Véase N° 6.171 Extraordinario de fecha 10 de febrero de 2015). *G.O.* N° 40.600 del 11-2-2015.

Providencia N° 016 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se autoriza para actuar en el sistema de títulos previsto en el Capítulo IV del Convenio Cambiario N° 33 en los términos y condiciones señalados en las Normas Generales para las Operaciones de Negociación, en Moneda Nacional, de Título en Moneda Extranjera, con carácter provisional, y hasta el 30 de marzo de 2015, a los Operadores de Valores Autorizados que en ella se indican. *G.O.* N° 40.624 del 19-3-2015.

Aviso Oficial conjunto del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y de la Banca Pública y Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa a las Instituciones Operadoras autorizadas para actuar a través del Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (SICAD II), conforme a lo dispuesto en el Convenio Cambiario N° 27 del 10 de marzo de 2014 y demás normativas que lo desarrolla, así como al público en general, que a partir del 12 de febrero de 2015 no se procesarán cotizaciones de compra y venta de divisas en efectivo o de títulos valores en moneda extranjera a través del antes dicho sistema.- Aviso Oficial conjunto mediante el cual este Ministerio y el Banco Central de Venezuela, de conformidad con lo previsto en el Artículo 3 y en el párrafo único del Artículo 13 del Convenio Cambiario N° 33 del 10 de febrero de 2015, informa a los operadores cambiarios y al público en general los acuerdos que en él se señalan. Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública y Banco Central de Venezuela *G.O.* N° 40.600 del 11-2-2015. (Véase N° 6.171 Extraordinario de la *G.O.* de fecha 10 de febrero de 2015).

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se determina los límites máximos de las comisiones, tarifas y/o recargos que los intermediarios especializados en operaciones cambiarias al menudeo, podrán cobrar a sus clientes o usuarios por las transacciones que realicen en el mercado a que se refiere el capítulo III del Convenio Cambiario N° 33, del 10 de febrero de 2015. *G.O.* N° 40.604 del 19-2-2015.

3. *Régimen de las Instituciones Financieras*

Resolución N° 005 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante la cual se fija en dos coma cinco por ciento (2,5%) del total de las primas netas cobradas por contratos de seguros y la contraprestación por concepto de emisión de fianzas, de los montos cobrados en los contratos o servicios de planes de salud. *G.O.* N° 40.594 del 3-2-2015.

Resolución conjunta N° 051 y N° 006 de los Ministerios del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda y para Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante la cual se establece en un veinte por ciento (20%) el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual, que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propios las instituciones del sector bancario, obligadas a conceder créditos hipotecarios destinados a la construcción, adquisición y autoconstrucción, mejoras y ampliación de vivienda principal. *G.O.* N° 40.600 del 11-2-2015.

Providencia N° FSAA-2-5002607 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se dicta los lineamientos aplicables al pago de la contribución especial que deben efectuar los sujetos obligados a que se refiere el Artículo 9 de la Ley de la Actividad Aseguradora. *G.O.* N° 40.598 del 9-2-2015.

A. *Tasas de Interés*

Providencia N° SNAT/2014/0056 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante la cual se establece la tasa aplicable para el cálculo de los intereses moratorios correspondiente al mes de noviembre de 2014. (25,58%). *G.O.* N° 40.572 del 2-1-2015.

Providencia N° SNAT/2015/0007 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante la cual se establece la tasa aplicable para el cálculo de los intereses moratorios correspondiente al mes de diciembre de 2014. *G.O.* N° 40.593 del 2-2-2015.

Providencia N° SNAT/2015/00016 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas SENIAT, mediante la cual se establece la tasa aplicable para el cálculo de los intereses moratorios correspondiente al mes de enero de 2015. *G.O.* N° 40.615 del 6-3-2015.

Aviso Oficial del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante el cual se informa al Público en General de las tasas de Interés aplicables a las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, operaciones con tarjeta de crédito y operaciones destinadas al sector turismo. Se establece las tasas de interés aplicables a las obligaciones derivadas de la relación de trabajo y las tasas de interés para operaciones con tarjetas de crédito destinadas para el mes de diciembre 2014-enero 2015. *G.O.* N° 40.579 del 13-1-2015.

Aviso Oficial del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante el cual se informa al público en general las Tasas de Interés Aplicables a las Obligaciones Derivadas de la Relación de Trabajo, para Operaciones con Tarjetas de Crédito y para Operaciones Crediticias destinadas al Sector Turismo, publicada en *G.O.* N° 40.617 del 10/10/2015. *G.O.* N° 40.579 del 13-1-2015.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general las Tasas de Interés aplicables a las obligaciones derivadas de la Relación de Trabajo, para Operaciones con Tarjetas de Crédito y para Operaciones Crediticias destinadas al Sector Turismo. Aviso Oficial mediante el cual se determinan los límites máximos de las comisiones, tarifas y/o recargos que podrán cobrar los bancos universales regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario que actúan en los mercados a que se refieren los capítulos II y IV del Convenio Cambiario N° 33, del 10 de febrero de 2015. *G.O.* N° 40.601 del 12-2-2015.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general las Tasas de Interés Aplicables a las Obligaciones Derivadas de la Relación de Trabajo, para Operaciones con Tarjetas de Crédito y para Operaciones Crediticias destinadas al Sector Turismo. *G.O.* N° 40.617 del 10-3-2015.

4. Régimen de protección al inquilino y al pequeño arrendador

Resolución N° 350 del Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda, mediante la cual se crea el Fondo de Protección al Inquilino o Inquilina y al Pequeño Arrendador. *G.O.* N° 40.580 del 14-1-2015.

5. Régimen de la Industria

A. Seguridad y Soberanía Agroalimentaria

Decreto N° 1.584 de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial denominada «Centro Nacional de Balance de Alimentos» (CENBAL), la cual será el órgano rector y representativo adscrita a la Vicepresidencia del Consejo de Ministras y Ministros Revolucionarios del Gobierno Bolivariano de Seguridad y Soberanía Alimentaria. *G.O.* N° 40.574 del 6-1-2015.

Decreto N° 1.592 de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual la Empresa Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) Agrícola, se adscribe operativa, funcionalmente y en la ejecución de recursos a la Vicepresidencia Sectorial del Consejo de Ministras y Ministros Revolucionarios del Gobierno Bolivariano para la Seguridad y Soberanía Alimentaria. *G.O.* N° 40.580 del 14-1-2015.

Resoluciones Conjuntas N° DM/082-2014, N° DM/087/2014, N° DM/083/2014 y N° DM/088/2014, N° DM/084/2014 y N° DM/089/2014 de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación y para la Agricultura y Tierra, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional los Reglamentos Técnicos del MERCOSUR de Identidad y Calidad de la Frutilla (Fresa), Manzana y la Pera. *G.O.* N° 40.578 del 12-1-2015.

Resolución N° 003-15 del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno y Tercera Vicepresidencia Sectorial del Consejo de Ministros para la Seguridad y Soberanía Alimentaria, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el precio único de venta al público (PMVP), del rubro Harina de Maíz Precocida, de maíz blanco y maíz amarillo, por un monto de diecinueve bolívares sin céntimos (Bs.19,00). (Véase N° 6.170 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40595 del 4-2-2015.

Resolución N° DM/056/2015 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional la Resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 52/02, «Estándar 3.7 Requisitos Fitosanitarios Armonizados por Categoría de Riesgo para el Ingreso de Productos Vegetales». *G.O.* N° 40.617 del 10-3-2015.

Resolución N° DM/057/2015 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se dicta las Normas para el Funcionamiento de los Conglomerados Agrícolas. *G.O.* N° 40.618 del 11-3-2015.

Resolución N° DM/N°059/2015 del Ministerio del Poder Popular para Agricultura y Tierras, mediante las cuales se incorpora al Ordenamiento Jurídico Nacional las Resoluciones que en ellas se mencionan, adoptadas por el MERCOSUR, en los términos que en ellas se indican. (Véase N° 6.179 Extraordinario de la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.627 del 24-3-2015.

Providencia N° 084-2014 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se prorroga, a partir del 1° de septiembre de 2014, la vigencia de los registros y autorizaciones de interesadas e interesados, registro de productos de uso agrícola animal, agrícola vegetal, doméstico, salud pública e industrial, otorgados por el extinto servicio Autónomo que en ella se señala. (Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria SASA). *G.O.* N° 40.591 del 29-1-2015.

B. *Control de abonos*

Resoluciones conjuntas N° DM/019/2015, N° DM/018/2015, N° S/N° N° DM/020/2015 y N° DM/009/2015 de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, de Petróleo y Minería, para la Defensa, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para Industrias, mediante la cual se establece los mecanismos de control a transportistas y usuarios finales de abonos minerales o químicos en el territorio nacional. *G.O.* N° 40.596 del 5-2-2015.

C. *Pesca y Acuicultura*

Providencia N° 112/2014 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establece el periodo de veda, la talla mínima de captura, la cuota semanal de captura, arte de pesca del recurso Sardina (*Sardinella Aurita*) durante el lapso 2014-2015, en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 40.573 del 5-1-2015.

Resolución N° DM/127/2014 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establecen las directrices para el aprovechamiento y seguimiento del recurso Sardina (*Sardinella Aurita*) en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 40.573 del 5-1-2015.

6. *Régimen del Comercio exterior y de las Aduanas*

Decreto N° 1.590 de la Presidencia de la República, mediante el cual se implementa el mecanismo que tiene por objeto la agilización de los trámites administrativos y procedimientos operativos requeridos en el ordenamiento jurídico vigente para efectuar las importaciones de los productos terminados, insumos y materia prima indicados en este Decreto, requeridos para asegurar el abastecimiento nacional y el suministro oportuno de bienes esenciales, para la vida, la salud y la alimentación digna de las venezolanas y los venezolanos. *G.O.* N° 6.169 del 27-1-2015.

Providencia N° SNAT/2014-0058 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, mediante la cual se reforma la Providencia Administrativa de Creación del Registro Nacional de Exportadores. *G.O.* N° 40.577 del 9-1-2015.

7. *Régimen del Turismo*

Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se dictan los requisitos y parámetros a seguir en el proceso de categorización para los establecimientos de alojamiento turístico. *G.O.* N° 40.600 del 11-2-2015.

Resolución N° 011 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece que los bancos universales destinarán para el año 2015, el cuatro coma veinticinco por ciento (4,25%) sobre el promedio de los cierres de la cartera de crédito bruta al 31 de diciembre de 2013 y al 31 de diciembre de 2014, para el financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turísticos. *G.O.* N° del 40.627 24-3-2015.

Resolución N° 013 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se corrige por error material la Resolución N° 011, de fecha 17 de marzo de 2015, en los términos que en ella se indican. (Reimpresión *G.O.* N° 40.627 de fecha 24 de marzo del 2015, contentiva a la fijación del porcentaje para la cartera dirigida al sector turismo para el año 2015). *G.O.* N° 40631 del 30-3-2015

Resolución N° 014 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece los Criterios Técnicos que a los efectos de su clasificación, deben considerar las personas naturales y las Unidades Productivas Familiares, que presten el servicio de Guía de Turismo, en cualquiera de sus modalidades. *G.O.* N° 40.631 del 30-3-2015.

Resolución N° 015 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se establece los Criterios Técnicos que a los efectos de su clasificación, deben considerar las personas naturales y las Unidades Productivas Familiares, que presten el servicio de Guía de Turismo, en cualquiera de sus modalidades. Resolución mediante la cual se establecen los Criterios Técnicos para la Clasificación de las Agencias de Viajes y Turismo, de Acuerdo a la Comercialización de sus Productos y Servicios. *G.O.* N° 40.631 del 30-3-2015.

V. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de la Educación*

A. *Educación Universitaria*

Acuerdos del CNU, mediante los cuales se autoriza a las Universidades que en ellos se mencionan, la creación y el funcionamiento de los Programas de Postgrado que en ellos se señalan, en los estados que en ellos se especifican, modalidad Presencial, otorgando el título que en ellos se establece. *G.O.* N° 40.598 del 9-2-2015.

Acuerdos del CNU mediante los cuales se emite opinión favorable para la aprobación del estudio de factibilidad del proyecto de creación y de regularización del funcionamiento académico, administrativo y de planta física de las carreras de Licenciatura en las áreas que en ellos se mencionan, con la duración que en ellos se señala, conducente al grado académico que en ellos se especifica, dictado por las Universidades que en ellos se establecen. *G.O.* N° 40.598 del 9-2-2015.

Acuerdos Nros. 001, 002 y 003 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante los cuales se autoriza a las Universidades que en ellos se mencionan, la creación y el funcionamiento de los Programas de Postgrado que en ellos se señalan, en los estados que en ellos se especifican, modalidad Presencial, otorgando el título que en ellos se establece. (Especialista en Traumatología y Ortopedia; Especialista en Administración; Magíster en Educación Básica, entre otros). *G.O.* N° 40.598 del 9-2-2015.

Acuerdos del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología CNU, mediante los cuales se autoriza a las Universidades que en ellos se mencionan, la creación y el funcionamiento de los Programas de Postgrado que en ellos se señalan, dictados en las sedes que en ellos se especifican, modalidades Presencial y Semi-Presencial, conducentes a los grados académicos que en ellos se establecen. Acuerdos mediante los cuales se acredita y renueva acreditaciones a las Universidades que en ellos se mencionan, por los lapsos que en ellos se señalan, a los Programas de Postgrado que en ellos se especifican. Acuerdos mediante los cuales se emite opinión favorable para la aprobación de los Estudios de factibilidad de los Proyectos que en ellos se mencionan, de las Universidades que en ellos se especifican. *G.O.* N° 40.602 del 13-2-2015.

Acuerdo del CNU, mediante el cual se autoriza a la Universidad de Los Andes, la creación y el funcionamiento del Programa de Postgrado: Maestría en Administración Educacional. Acuerdos mediante los cuales se emite opinión favorable para la aprobación de los Estudios de Factibilidad de los Proyectos de Creación de las carreras que en ellos se señalan, dictadas por las Universidades que en ellos se especifican. *G.O.* N° 40.621 del 16-3-2015.

Providencia N° SP-001 del Ministerio del Poder Popular para Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se fija como días hábiles para el año 2015, todos los días calendario, en el horario que en ella se menciona, con excepción de los feriados y los señalados en las leyes que en ella se especifican. (De 8:00 am a 12:00 am y de 1:00 pm a 4:30 pm, en las Leyes de Fiestas Nacionales, los cuales son: Lunes y Martes de Carnaval; Semana Santa; Vacaciones Colectivas; Día del Funcionario Público y Asueto Navideño). *G.O.* N° 40.590 del 28-1-2015.

2. *Régimen laboral*

Decreto N° 1.599 de la Presidencia de la República, mediante el cual se fija un aumento del quince por ciento (15%) del salario mínimo nacional mensual, obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado. *G.O.* N° 40.597 del 6-2-2015.

3. *Régimen de seguridad social*

Providencia N° 14-3072 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se dicta el Reglamento General de Créditos del Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación. *G.O.* N° 40.580 del 14-1-2015.

4. *Régimen de la Vivienda*

Resolución Conjunta N° 469 y N° 351 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y de Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda, mediante la cual se dicta los Requisitos Técnicos para el Desarrollo de Inspecciones de Riesgo en Viviendas y Terrenos. *G.O.* N° 40.577 del 9-1-2015.

5. *Régimen de Deporte y recreación*

Resolución N° 029 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece las normas de seguridad y uso adecuado de las piscinas, embalses de uso público, pozos y demás estanques y similares destinados al baño, a la natación y recreación. *G.O.* N° 40.600 del 11-2-2015.

VI. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de Transporte y Tránsito*

A. *Sistema de Transporte Acuático y Aéreo*

Resolución N° 009 del Ministerio del Poder Popular para Transporte Acuático y Aéreo, mediante la cual se establece y regula las tarifas a las cuales estarán sujetos los servicios portuarios proporcionados a personas naturales o jurídicas, en los puertos públicos de uso público administrados por el Poder Público Nacional, distintos a las facilidades y servicios portuarios previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que en ella se indica. *G.O.* N° 40.618 del 11-3-2015.

Resolución N° 011 del Ministerio del Poder Popular para Transporte Acuático y Aéreo, mediante la cual se aprueba la actualización e implementación del sistema de tarifa para los trámites, Derechos Aeronáuticos y Servicios prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, por el Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía, así como en los Aeropuertos Administrados por la Empresa del Estado Bolivariana de Aeropuertos (BAER), S.A. *G.O.* N° 40.624 del 19-3-2015.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-502-14 del Ministerio del Poder Popular para Transporte Acuático y Aéreo Junta Interventora del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, mediante la cual se establece a los Transportistas o Explotadores Aéreos, propietarios o tenedores legítimos de aeronaves de matrícula extranjera que presten o pretendan prestar el Servicio de Transporte Aéreo No Regular y Servicio de Transporte Aéreo de Carga, desde y hacia el Territorio Nacional, a los efectos de poder solicitar los respectivos Permisos Operacionales para realizar las operaciones que en ella se mencionan, el pago que deberán sufragar y cancelar en divisas, a saber en Dólares de los Estados Unidos de América, las tarifas que en ella se señalan. *G.O.* N° 40.594 del 3-2-2015.

Providencia N° 706 del Ministerio del Poder Popular para Transporte Acuático y Aéreo Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, mediante la cual se establece que las embarcaciones de pesca artesanal, con Arqueo Bruto menor o igual a veinte unidades (20 AB), que operen en aguas abiertas y en aguas interiores de la República Bolivariana de Venezuela, llevarán los distintivos que en ella se especifican. *G.O.* N° 40.616 del 9-3-2015.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-033-15 del Ministerio del Poder Popular para Transporte Acuático y Aéreo, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan las Operaciones de Aeronaves de Aviación General con Matrícula Extranjera hacia y en el territorio nacional. *G.O.* N° 40.630 del 27-3-2015.

B. *Sistema de Transporte Terrestre*

Resolución N° 002 del Ministerio del poder popular para Transporte Terrestre y Obras Públicas, mediante la cual se regula lo relativo a la instalación, habilitación, operación, tarifas, infraestructura, equipamiento, servicios viales, sistemas de recaudación y ubicación de las estaciones recaudadoras de peajes en las vías nacionales, así como las encomiendas convenidas con las gobernaciones y/o entes públicos descentralizados para la administración de estaciones recaudadoras de peajes en vías nacionales. *G.O.* N° 40.577 del 9-1-2015.

Resolución conjunta N° DM/005, N° DM/S/N° y DM/S/N° de los Ministerios del Poder Popular para Transporte Terrestre y Obras Públicas, para el Comercio y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establece la Tarifa Oficial para Rutas Interurbanas a ser cobradas a Nivel Nacional, por los prestadores del Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeras y Pasajeros con Vehículos Colectivos, en las modalidades que en ella se mencionan. (Véase N° 6.172 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 40.601 del 12-2-2015.

Resolución conjunta N° DM-013-2015 y N° 006 de los Ministerios del Poder Popular para el Comercio y para Transporte Terrestre y Obras Públicas, mediante la cual se establece las condiciones de suministro de repuestos e insumos para el Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeros y de Carga a través de las Proveedurías del Transporte y el Sistema Venezolano de Repuestos e Insumos para el Sector Transporte Público Terrestre (SIVERIST). *G.O.* N° 40.622 del 17-3-2015.

Resolución conjunta N° DM/S/N, DM/S/N y DM/S/N de los Ministerios del Poder Popular para Transporte Terrestre y Obras Públicas, para la Alimentación y para el Comercio, mediante la cual se establece la tarifa o flete a ser cobrado por las Sociedades o Asociaciones de carácter público, y regular la tarifa o el flete a ser cobrado por sociedades o asociaciones de carácter privados por la prestación del servicio de Transporte Terrestre de carga a nivel Nacional de bienes que en ella se señalan. *G.O.* N° 40.623 del 18-3-2015.

2. *Régimen de Energía Eléctrica*

Resolución conjunta N° 026 y 017-15 de los Ministerios del Poder Popular para la Energía Eléctrica y para el Comercio, mediante la cual se corrige por error material la Resolución Conjunta Nros. 019 y 126, de fecha 17 de marzo de 2014 de los Ministerios que en ella se mencionan, donde se dicta el Reglamento Técnico para el Etiquetado de Eficiencia Energética para Lámparas Fluorescentes, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 40.625 del 20-3-2015.

3. *Régimen de obras públicas*

Providencia N° 0003 de la Vicepresidencia de la República Fondo de Compensación Interterritorial, mediante la cual se establecen las características de las vallas que deberán ser colocadas en los sitios de ejecución de obras, contratadas por las Entidades Político Territoriales (EPT) y Organizaciones de Base del Poder Popular (OBPP), así como otras instancias del poder popular. *G.O.* N° 40.603 del 18-2-2015.

Comentarios Legislativos

COMENTARIOS SOBRE LA ORDEN EJECUTIVA 13.692 DEL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2015, SOBRE SANCIONES A FUNCIONARIOS VENEZOLANOS (UN EXPEDIENTE EN DEFENSA DE LA DEMOCRACIA)

J. Gerson Revanales M. PhD
Embajador de Carrera

“Con dignidad defendiendo la patria y le tiendo mi mano al Gobierno de EE UU para que avancemos juntos en diálogos francos y busquemos una solución sobre la base del derecho internacional, el respeto mutuo, para que se subsane este grave problema que se ha creado”¹.

Nicolás Maduro

Resumen: *Este trabajo tiene como objetivo analizar la Orden Ejecutiva 13692 emitida por el presidente de los Estados Unidos sobre la base de los instrumentos jurídicos en que se fundamenta y el propósito que tiene en defensa de los DD.HH en Venezuela.*

Palabras Clave: *This paper has as aim analyze the Executive Order 13692 issued by the president of the United States on the base of the juridical instruments on which it is based and the intention that has in defense of the DD.HH in Venezuela.*

Abstract: *Orden, Derechos Humanos, Venezuela, Estados Unidos, Democracia, Defensa, Inmigración, Decreto, Sanciones, Extranjero, propiedad, violaciones, transferir, exportar, retirar, corrupción, amenaza, seguridad, política.*

Key words: *Order, Human rights, Venezuela, The United States, Democracy, Defense, Immigration, Decree, Sanctions, Foreigner, alien, Property, violations, transfer, paid, exporter, withdrawn, corruption, threat, security, policy.*

INTRODUCCIÓN

Las sorprendidas declaraciones del presidente Nicolás Maduro llamando al presidente de los Estados Unidos para rectificar en su decisión de promulgar una ley mediante la Orden Ejecutiva 13692 del 8/03/2015², que sanciona a seis altos oficiales de las FANB y una funcionaria del poder judicial, con la recolección de firmas y llamamiento a un apoyo colectivo de sus socios en organismos como el ALBA, revela la falta de conocimiento interno del funcionamiento de la administración americana.

¹ El Primer Mandatario nacional en cadena de radio y televisión. (Caracas, 13 de marzo, Noticias24).

² Federal Register Vol. 80, N° 47 Wednesday, March 11, 2015 Title 3—

Para comprender el problema, es necesario partir de lo que son las “Órdenes Ejecutivas” dentro del sistema jurídico de los Estados Unidos.

Las órdenes ejecutivas podrían tener una doble equivalencia con el sistema jurídico venezolano; al compararse con las leyes habilitantes o con los decretos leyes, ambas investidas del mismo rango, valor y fuerza de ley. Cuando un presidente en los Estados Unidos emite una orden ejecutiva, puede modificar el funcionamiento de una Agencia o Departamento dependiente del Poder Ejecutivo; negociar, aprobar y modificar acuerdos internacionales y hasta reforzar los reglamentos legislativos siempre y cuando no vayan en contra de la Constitución.³

En el caso venezolano, la falta de compromiso y cumplimiento con los Acuerdos Internacionales en materia de Derechos Humanos; Corrupción, respeto a las normas democráticas; y de un Ministerio de Relaciones Exteriores que hubiera advertido sobre la mora en que se encuentra el gobierno con esos compromisos; derivaron en una reacción del presidente Obama, que nos expone ante la opinión pública internacional, como una “amenaza a los Estados Unidos” y medidas en su derecho internas como el “expediente” levantado a través de la Orden Ejecutiva 13692.

Un segundo elemento a considerar es el concepto de soberanía a la luz de los procesos de integración, la nueva economía y la globalización, los cuales ya no son los desarrollados por los tratadistas tradicionales, como Francisco de Vitoria, Hugo Grocio o Andrés Bello en el Derecho Latinoamericano; sino que ha variado en su concepción. A diferencia de cómo se definían las amenazas tradicionales durante las dos guerras mundiales o la “Guerra Fría”, a partir de la segunda mitad del siglo pasado comenzaron a aparecer nuevas amenazas: el terrorismo, la corrupción, los delitos informáticos, la trata de blancas, el tráfico de drogas, la venta de órganos, el tráfico de menores y el lavado de activos, entre otros; que obligo a los Estados a firmar acuerdos multilaterales al amparo de los organismos internacionales para enfrentarlos y combatirlos; así nos encontramos con la *Carta Democrática Interamericana* o la *Convención Interamericana contra la Corrupción* adoptada en Caracas el 29/03/1996 durante la presidencia del Dr. Rafael Caldera, en la cual los Estados firmantes al inicio del preámbulo manifiestan:

“CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblo”.

La firma de estos acuerdos multilaterales crea para los Estados tanto obligaciones como derechos; es decir, si bien los Estados en ejercicio de la plena soberanía de que están investidos, están en la doble obligación de: cumplir con los compromisos a que se obliga, como el de llamar la atención de los Estados infractores, sin que esto se deba interpretar como una injerencia en los asuntos internos del Estado infractor. En una interpretación moderna podría afirmar que: una intervención multilateral, legítima la intervención unilateral.

I. LA CONFORMACIÓN DE UN EXPEDIENTE

Los motivos por los cuales el presidente firmo la Orden Ejecutiva 13692 revelan que la misma es producto de la elaboración de un “expediente negro” que el gobierno de los Estados Unidos venía levantando contra el Gobierno de Nicolás Maduro y de su antecesor Tnt. Cnl. Hugo Chávez.

³ El poder del presidente para promulgar estos decretos proviene de una autorización prevista en la Constitución. De hecho, las órdenes ejecutivas comienzan con la frase “*En virtud a la autoridad que me ha sido conferida como Presidente por la Constitución y las leyes de Estados Unidos de América.*”

La decisión tomada por la Casa Blanca no se puede considerar un acto sobrevenido o nacido de las diferencias ideológicas o conceptuales que pueden surgir de las relaciones entre dos Estados soberanos; la misma es producto de un expediente que se ha venido elaborando a partir del incumplimiento del gobierno de Venezuela a los compromisos internacionales en materia de DD.HH y la Carta Democrática tal como se desprende de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴ (CIDH) 2013, 2014, el cual incluyen además de Cuba y Honduras a Venezuela; el informe concluye que:

“durante la última década en Venezuela se ha producido un proceso de reformas del marco jurídico y de aplicación de políticas públicas que “han debilitado las garantías del derecho a la libertad de expresión, tal como lo ha sostenido la CIDH en informes anteriores”.

y excluye por primera vez en más de una década a Colombia; A este “*expediente negro*” elaborado por organizaciones intergubernamentales se agregan los de organizaciones no gubernamentales como PROVEA, COFAVIC y Human Rights Watch (HRW). Este último denunció⁵ la violación de Derechos Humanos en Venezuela con fines políticos al encontrar:

“evidencias convincentes de graves violaciones de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad” y funcionarios judiciales de Venezuela, en 45 casos que abarcan más de 150 víctimas”.

II. LA ORDEN EJECUTIVA 13692

El presidente de los Estados Unidos de Norte América Barack Obama en uso de sus atribuciones constitucionales⁶ el 8/03/2015 firmo la Orden Ejecutiva 13692⁷: *Blocking Property and Suspending Entry of Certain Persons Contributing to the Situation in Venezuela*. La citada Orden Ejecutiva esta sustentada en un ordenamiento jurídico conformado por cinco instrumentos, el primero de ellos el “*United States Code*”, aprobado por el Congreso en 1926, de lo cual se deducen tres supuesto:

1. No existe la improvisación en la elaboración de la Orden Ejecutiva.
2. Esta elaborada de acuerdo y en defensa de sus intereses como Estado soberano.
3. No se puede decir como afirma el gobierno que es contra Venezuela, considerando que unos funcionarios administrativos no representan la soberanía nacional.

El artículo 5¹⁰ de la Constitución claramente establece que *la soberanía reside en pueblo de forma intransferible y la ejerce mediante el voto*, por lo cual, resulta inadmisibles el intentar confundir a la ciudadanía, al afirmar que la orden ejecutiva atenta contra la soberanía nacional, considerando que las medidas han sido tomadas contra unas personas en forma específica y no contra la República Bolivariana de Venezuela.

⁴ En el texto se explica que la CIDH decidió incorporar a Venezuela en ese capítulo porque considera que “se enmarca en el artículo 59, inciso 6.a.i) del Reglamento de la CIDH, el cual establece como criterio para la inclusión de un Estado Miembro la existencia de “una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, que son medios esenciales para la realización de los derechos humanos”.

⁵ EL UNIVERSAL lunes 5 de mayo de 2014.

⁶ Esa modalidad del “Uso de sus atribuciones” ha sido blanco de numerosas críticas por lo que algunos consideran puede ser un abuso de la autoridad ejecutiva.

⁷ Federal Register Vol. 80, N° 47 Wednesday, March 11, 2015 Title 3—

Los fundamentos jurídicos que sustentan la Orden Ejecutiva 13692, son:

1. *The Section 301 of title 3, United States Code,*⁸ 1926.
2. *The National Emergencies Act de 1933 durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt*
3. *The Section 212(f) of the Immigration and Nationality Act of 1952 al final del mandato de Harry Truman*
4. *The International Emergency Economic Powers Act de 1977 al inicio de la presidencia de Bill Clinton*
5. *The Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014 durante el segundo termino de Barack Obama (Public Law 113–278) (the “Venezuela Defense of Human Rights Act”) (the “Act”), 2014.*

A continuación se procederá a hacer una revisión de cada uno de los instrumentos que sustentan la Orden Ejecutiva 13692, mediante la cual el gobierno de los Estados Unidos impone una serie de sanciones y restricciones a siete (7) funcionarios administrativos, (seis altos oficiales de las FANB y una representante del poder judicial), en ningún momento investidos de soberanía y que ha generado la mayor tensión en las relaciones diplomáticas entre ambos países.

1. *United States Code 1926*⁹

La revisión se hace a partir del Código de los Estados Unidos el cual autoriza al presidente de los Estados Unidos a delegar funciones dentro de la administración. Señala el Código que el presidente podrá: “designar y capacitar a la jefatura de cualquier departamento o agencia de la rama ejecutiva, o a cualquiera de sus funcionarios que se requiere para ser designado por y con el consejo y consentimiento del Senado, para llevar a cabo sin la aprobación, ratificación, u otra acción del Presidente”¹⁰ a:

1. *cualquier función que ejerce el Presidente, por la ley, o*
2. *cualquier función que requiera un funcionario sea autorizarlo por la ley para llevarla a cabo sólo o sujeto a la aprobación, ratificación, u otra acción del Presidente (...)*»

Sobre la base de este Código en su Sección 301, título 3, el presidente Obama delego en el Secretario de Estado las funciones contenidas en su O.E/13692, secciones 3^{ra} y 4^{ta}.

Sec. 3. El Secretario de Estado, o la persona designada por el Secretario, a su discreción, deberán identificar a las personas identificadas en el artículo 1 del presente Código, de conformidad con las normas y procedimientos que el Secretario establezca.

Sec. 4. El Secretario de Estado tendrá la responsabilidad de aplicar esta declaración de conformidad con los procedimientos que el Secretario, en consulta con el Secretario de Seguridad Nacional, pudiera establecer.

⁸ Según el prefacio del Código, “De 1897 a 1907 una comisión estaba comprometido en un esfuerzo por codificar la masiva existencia de legislación, fue aprobado por el Congreso en 1926”.

⁹ Según el prefacio del Código, “De 1897 a 1907 una comisión estaba comprometido en un esfuerzo por codificar la masiva existencia de legislación, fue aprobado por el Congreso en 1926. Contiene 52 títulos”.

¹⁰ Sección 301 del Título 3, Código de los Estados Unidos.

2. *The National Emergencies (NEA) Act 1933*

Cronológicamente el segundo instrumento que sustenta la Orden Ejecutiva es la Ley Nacional de Emergencias (NEA), la cual autoriza al presidente a declarar la “Emergencia Nacional”. Es de advertir que una declaración en virtud del NEA desencadena una serie de “poderes” de emergencia” contenidos en otras leyes federales. En declaraciones anteriores se ha acordado, la imposición de controles a las exportaciones y limitaciones a las transacciones y propiedades de los países mencionados en las declaraciones; lo cual pudiera interpretarse de forma tal que desemboque en nuevas sanciones, ya no directas sobre funcionarios de Estado como es el alcance de la Orden Ejecutiva 13692; sino sobre el país, en caso de que las diferencias entre Washington y Caracas siguieran escalando.

El NEA no proporciona ninguna autoridad específica de emergencia, por sí misma, sino que depende de las autoridades de emergencia previstas en otras leyes. Una declaración de emergencia nacional permite la activación de otras autoridades legales. Es de advertir que las disposiciones para decretar una emergencia no se activan de forma automática, por lo que deben ser identificados específicamente en la Orden presidencial antes de entrar en vigencia.

Características de la Declaración. NEA Sección 201. Autorización al presidente para declarar una emergencia nacional. *El anuncio de una emergencia nacional debe ser transmitida de inmediato al Congreso y publicada en el **Registro Federal**.*

*Una emergencia nacional se puede terminar si el presidente emite una declaración o si el Congreso promulga una resolución conjunta dando por concluida la emergencia.*¹¹

Esta ley deja abierta la posibilidad de la aprobación de otras leyes federales destinadas a la protección de los EE.UU; es así que las sanciones¹² impuestas en la “**Ley para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil en Venezuela de 2014**” tiene sus orígenes en la ley de Emergencia Nacional *The National Emergencies (NEA) Act 1933*.

3. *The Immigration and Nationality Act. Section 212(f) of 1952 (8 U.S.C. 1182(f)) (INA)*

A. *Extranjeros inelegibles para visas o admisión*

Salvo disposición en contrario de este capítulo, los extranjeros que son inadmisibles según los siguientes párrafos no son elegibles para recibir visas, como tampoco para ser admitidos en los Estados Unidos:

El motivo fundamental por el cual el presidente Obama emite la Orden Ejecutiva 13692 cancelando la visa a los funcionarios mencionados en la citada orden según su criterio es por participar en graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario. Es de pensar que debido a la gran cantidad de denuncias por parte de los afectados, de sus familiares, de los organismos de DD.HH, de las ONGs y del rechazo del gobierno de tomar en cuenta las observaciones y recomendaciones de estos organismos e instituciones, esta lista y sanciones podrían ampliarse en un futuro.

¹¹ Una emergencia nacional se terminará automáticamente cuando el aniversario de la proclamación a menos que el presidente renueva la proclamación por la notificación al Congreso en un plazo de 90 días antes de la fecha de aniversario y su publicación en el **Registro Federal**.

¹² *Sec. 5. Sanciones a las personas responsables de la violencia en Venezuela.*

(A) El Presidente deberá imponer las sanciones descritas en el inciso (b) con respecto a cualquier persona, incluso un funcionario actual o anterior del Gobierno de Venezuela o una persona que actúe en nombre de ese Gobierno, que el Presidente determine.

Es de advertir que dentro de la legislación venezolana existe un instrumento con los mismos fines: la Ley de Extranjería y Migración¹³, la cual en su artículo 1 declara como uno de sus objetos: *regular todo lo relativo a la admisión, ingreso, permanencia, registro, control e información, salida y reingreso de los extranjeros y extranjeras en el territorio de la República.*

B. *La suspensión de la entrada o la imposición de restricciones*

El aparte (212 f) se refiere a la suspensión de la entrada o la imposición de restricciones:

*Cada vez que el Presidente estime que la entrada de cualquier extranjero o de cualquier clase de extranjeros en los Estados Unidos sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos, es posible que por la Declaración, y por el período que lo considere necesario, suspenda la entrada de todos los extranjeros o cualquier clase de extranjeros como inmigrantes o no inmigrantes, o imponga a la entrada de extranjeros las restricciones que considere sean apropiadas. (...)*¹⁴

Venezuela de igual forma en su Ley de Extranjería prevé en el Título II de la Admisión, Ingreso, y Salida de los Extranjeros y Extranjeras, artículo 8, las causas de la inadmisibilidad de los extranjeros que comprometan las relaciones internacionales de la República o cuando hayan incurrido en violaciones a los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, pero no establece exclusión o restricción alguna sobre quienes pese señalamientos o acusaciones de corrupción.

4. *The International emergency Economic Powers” Act (50 U.S.C. 1701 et seq.)*¹⁵
“La Ley Internacional de Poderes Económicos de Emergencia (IEEPA)

Es el cuarto recurso normativo promulgado el 28 de octubre de 1977. Como ley federal, autoriza al presidente para regular el comercio después de declarar una emergencia nacional en respuesta a cualquier amenaza inusual y extraordinaria a los Estados Unidos que provenga de una fuente extranjera. Este término de “amenaza inusual¹⁶” comienza a utilizarse por primera vez como resultado del proyecto de 1979 de la era soviética de la minería nuclear-explosión en Yenakieve en la cuenca del Donets.

Es el instrumento que da los poderes para las investigaciones que se han venido realizando y deja abierta la posibilidad para la aplicación de medidas sancionatorias de mayor impacto, con efectos directos sobre la economía y patrimonio de los indiciados sujeta a la jurisdicción de los Estados Unidos¹⁷. A continuación se describen las acciones que podrá ejecutar o delegar el presidente Obama

Disposiciones generales de la ley.

(1) En los tiempos y en la medida especificada en la sección 1701 de este título, el presidente en virtud de los reglamentos y de instrucciones, licencias u otros métodos podrá:

¹³ *Gaceta Oficial* N° 37. 944 24 de mayo, 2004.

¹⁴ The Immigration and Nationality Act. Section 212(f).

¹⁵ Título II de Pub.L. 95-223, 91 Stat. 1626.

¹⁶ HIROAKI KUROMIYA (2003). *Freedom and Terror in the Donbas: A Ukrainian-Russian Borderland, 1870s-1990s*. Cambridge University Press, pp. 12-13. ISBN 0521526086.

¹⁷ Disposiciones Generales de la ley. Aparte (1 B).

(A) *investigar, regular, o prohibir:*

- (i) *las transacciones en divisas,*
- (ii) *las transferencias de crédito o pagos entre, por, a través, de cualquier institución bancaria, en la medida en que tales transferencias o pagos implican algún interés para cualquier país extranjero o un nacional del mismo,*
- (iii) *la importación y exportación de moneda o valores, por cualquier persona, o con respecto a cualquier propiedad, sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos;*

(B) *investigar, bloquear durante el curso de una investigación; regular, dirigir y obligar, anular, impedir o prohibir, cualquier adquisición, tenencia, retención, uso, transferencia, retirada, transporte, importación o exportación de u operaciones de o el ejercicio de cualquier derecho, poder o privilegio con respecto a o transacciones que implica, cualquier propiedad en la que cualquier país extranjero o un nacional del mismo tenga algún interés, o con respecto a cualquier propiedad, sujeta a la jurisdicción de los Estados Unidos; y*

(C) *cuando los Estados Unidos se involucre en acciones militares o haya sido atacado por otro país o fuerzas extranjeras; podrá confiscar cualquier propiedad, sujeta a la jurisdicción de los Estados Unidos, a cualquier persona extranjera, organización extranjera, o país extranjero que se determine que ha planeado, autorizado, ayudado, o participado en esas hostilidades o ataques contra los Estados Unidos; y todos los derechos, títulos e intereses sobre cualquier propiedad confiscada en los términos establecidos.*

(2) *En el ejercicio de las facultades delegadas por el párrafo (1), el presidente podrá exigir a cualquier funcionario que lleve un registro completo de, ya sea antes, durante o después de la finalización de la investigación, o en relación con cualquier interés de la propiedad extranjera, o en relación con cualquier propiedad en la que cualquier país extranjero o nacional del mismo tiene o ha tenido alguna participación o interés. En cualquier caso en que el informe de una persona pudiera ser requerido conforme a este párrafo, el presidente podrá solicitar la presentación de libros de contabilidad, registros, contratos, cartas, memorandos u otros documentos, en la custodia o el control de dicha persona.*

3) *La información clasificada*

En cualquier revisión judicial de una resolución dictada de acuerdo con esta sección, si la determinación se basa en la información clasificada (como se define en la sección 1 (a) de la Ley de Procedimiento de Información Clasificada) dicha información podrá presentarse a la revisión judicial a instancia de parte y en la Cámara. Esta subsección no confiere ni implica ningún derecho a la revisión judicial.

5. *The Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act Of 2014*

Motivación:

Los senadores Méndez, Rubio, Nelson, y Kirk presentaron un proyecto, en la Comisión de Relaciones Exteriores el marzo 2014, con el fin de: Imponer sanciones específicas a las personas responsables de violaciones de los Derechos Humanos a los manifestantes antiguubernamentales en Venezuela; para fortalecer la sociedad civil y para otros fines.

Este proyecto de ley aprobado por el presidente Obama, fue elaborado motivado en la grave situación que en lo político, social y económico que viene atravesándose en Venezuela: destaca principalmente su atención sobre la **responsabilidad de instituciones como el Banco Central y de violaciones a los DD.HH por parte de los organismos de seguridad del Estado; así como establece las sanciones aplicables a los responsables de dicha situación y violaciones. En este mismo sentido, recoge una serie de acciones dirigidas a la defensa de la democracia en Venezuela y su sistema político.**

Ley de Defensa de los Derechos Humanos y Sociedad civil en Venezuela¹⁸

(1) *El Banco Central de Venezuela y el Instituto Nacional de Estadística de Venezuela han declarado que la tasa de inflación en Venezuela fue 56,30 por ciento en 2013, el más alto nivel de la inflación en el hemisferio occidental y el tercer nivel más alto de la inflación en el mundo detrás del Sur Sudán y Siria.*

(2) *El Banco Central de Venezuela y el Gobierno de Venezuela ha impuesto una serie de controles de divisas que ha exacerbado los problemas económicos y, según el Foro Económico Mundial, se ha convertido en el factor más problemático para hacer negocios en Venezuela.*

(3) *El Banco Central de Venezuela y el Instituto Nacional de Estadística de Venezuela han declarado que el índice de escasez de Venezuela alcanzó el 28 por ciento en diciembre de 2013, lo que significa que uno de cada 4 bienes básicos no está disponible en un momento dado.*

(4) *A partir de 1999, los delitos violentos en Venezuela ha aumentado considerablemente y el Observatorio Venezolano de Violencia, una organización no gubernamental independiente, encontró que la tasa nacional de asesinato per cápita a ser 79 por cada 100.000 habitantes en 2013.*

(5) *La organización internacional no gubernamental Human Rights Watch declaró recientemente, "Bajo el mandato del Presidente Chávez y ahora del presidente Maduro, la acumulación de poder en la rama ejecutiva y la erosión de las garantías de derechos humanos han permitido al gobierno intimidar, censurar y procesar a sus críticos".*

(6) *El Informe por Países sobre Prácticas de Derechos Humanos 2013 del Departamento de Estado sostuvo que en Venezuela el gobierno no respetó la independencia de los magistrados judiciales para actuar conforme a la ley y sin temor a represalias y el gobierno usó el poder judicial para intimidar y perseguir selectivamente políticas, sindicales, empresariales y líderes de la sociedad civil que eran críticos de las políticas o acciones de gobierno.*

(7) *El Gobierno de Venezuela ha detenido a periodistas extranjeros y amenazado y expulsado medios de comunicación internacionales que operan en Venezuela; la organización no gubernamental internacional Freedom House declaró que el "clima mediático de Venezuela está permeado por la intimidación, lo cual a veces incluye ataques físicos, y comúnmente una fuerte retórica desde los medios oficiales".*

(8) *Desde el 4 de febrero de 2014, el Gobierno de Venezuela ha respondido a las protestas antigubernamentales con violencia y asesinatos perpetrados por las fuerzas de seguridad pública, al detener y acusar injustamente al líder de la oposición -Leopoldo López- de incitación criminal, conspiración, incendio premeditado y daños a la propiedad.*

(9) *Debido a que el 13 de marzo de 2014, 23 personas murieron, más de 100 resultaron heridas y decenas fueron detenidas injustamente como consecuencia de las manifestaciones antigubernamentales en toda Venezuela, el gobierno de los Estados Unidos manifiesta la necesidad de evitar más violencia en el país, al declarar la sección (SEC. 3) que:*

¹⁸ Fue promulgada por unanimidad en el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso.

- a. *Estados Unidos aspira a una relación mutuamente beneficiosa con Venezuela basada en el respeto por los derechos humanos y el Estado de Derecho y una relación funcional y productiva en temas de seguridad pública, incluida la lucha antidrogas y antiterrorismo;*
- b. *Los Estados Unidos apoya al pueblo de Venezuela en sus esfuerzos por hacer realidad su potencial económico y para avanzar en la democracia representativa, los derechos humanos y el imperio de la ley dentro de su país;*
- c. *La mala administración crónica del Gobierno de Venezuela de su economía ha producido condiciones de dificultades económicas y la escasez de productos de primera necesidad y alimentos para el pueblo de Venezuela;*
- d. *El Gobierno de Venezuela para garantizar los niveles mínimos de seguridad pública de sus ciudadanos ha llevado al país a convertirse en uno de los más violentos en el mundo;*
- e. *El Gobierno de Venezuela continúa tomando medidas para eliminar los controles sobre el ejecutivo, politizar el Poder Judicial, socavar la independencia del legislativo a través del uso de decretos y leyes habilitantes; perseguir y enjuiciar a sus opositores políticos, limitar la libertad de prensa, y limitar la libre expresión de sus ciudadanos;*
- f. *El pueblo de Venezuela, en respuesta a las dificultades económicas en curso, los altos niveles de delincuencia y violencia, la falta de derechos políticos básicos y las libertades individuales; han respondido con manifestaciones en Caracas y todo el país al protestar por la incapacidad del Gobierno de Venezuela para asegurar el bienestar político y económico de sus ciudadanos; y*
- g. *El uso reiterado de la violencia perpetrada por la Guardia Nacional y de los organismos de seguridad de Estado, así como las personas que actúan en nombre del Gobierno de Venezuela, para reprimir las protestas antigubernamentales iniciadas a partir del 4 de febrero de 2014, son intolerables frente al uso de la violencia no provocada por los manifestantes, es un motivo de grave preocupación.*

Seguidamente en la SEC. 4. *Política de los Estados Unidos hacia Venezuela*. Enuncia las acciones políticas que el gobierno del presidente Obama se agenda:

- (1) *Apoyar al pueblo de Venezuela en su aspiración a vivir en condiciones de paz y democracia representativa, tal como se definen en la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos;*
- (2) *Trabajar en conjunto con los demás Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, así como los países de la Unión Europea, para asegurar la solución pacífica de la situación actual en Venezuela y el cese inmediato de la violencia contra los manifestantes antigubernamentales;*
- (3) *Identificar en el gobierno de Venezuela los funcionarios responsables o cómplices del uso de la fuerza durante las protestas antigubernamentales iniciadas a partir del 4 de febrero de 2014, y demás actos de violencia similares; y*
- (4) *Seguir apoyando el desarrollo de los procesos políticos democráticos y la sociedad civil independiente en Venezuela.*

La SEC. 5. SANCIONES A LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LA VIOLENCIA EN VENEZUELA.

Esta es una de las secciones más polémicas que ha levantado la protesta del gobierno. En esta sección queda claramente evidente que el ámbito las sanciones ordenadas por el presidente Obama están circunscritas únicamente al territorio norte americano y dirigido solo contra las personas responsables de la violencia en Venezuela; y en ninguna conlleva una intención extraterritorial, como el gobierno pretende falsamente hacer creer que esta ley en particular la Orden Ejecutiva tiene un ámbito o "carácter universal".

(A) Aspectos Generales

El Presidente podrá imponer en su territorio las sanciones descritas en el inciso (b) a cualquier funcionario actual o anterior del Gobierno de Venezuela o a quienes actúen en nombre del gobierno, cuando el presidente determine que:

(1) ha cometido, o es responsable de ordenar, controlar, o reprimir, con actos significativos de violencia o abusos contra los derechos humanos en Venezuela, en contra de personas vinculadas a las protestas antigubernamentales que comenzaron el 4 de febrero de 2014;

(2) ha dirigido u ordenado la detención o el enjuiciamiento de manifestantes, sobre todo en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o de reunión; o

(3) ha ayudado materialmente, patrocinado o proporcionado importantes recursos financieros, materiales, o tecnológico, o de bienes o servicios en apoyo a la comisión de actos descritos en el párrafo (1) o (2).

(B) LAS SANCIONES:

(1) Aspectos Generales

Las sanciones descritas en este apartado son los siguientes:

BLOQUEO DE ACTIVOS: En ejercicio de todas las facultades otorgadas al presidente por la *Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional (50 USC 1701 y ss.)*, se autoriza tomar en la medida necesaria la provisiones para bloquear y prohibir todas las transacciones de todos los bienes e intereses propiedad de personas identificadas por el presidente de estar sujetas a esta subsección.

(a) Si tales bienes e intereses en propiedades están en territorio de los Estados Unidos, esta dirigidos a territorio de los Estados Unidos, o son de la posesión o control de una persona en los Estados Unidos.

(B) EXCLUSIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS Y REVOCACIÓN DE VISA U OTRA DOCUMENTACIÓN- Se aplicara en el caso de un extranjero que identifique el presidente de estar sujeto a la subsección (a): la denegación de un visado para su expulsión de los Estados Unidos, y la revocación de acuerdo con la sección 221 (i) de la *Ley de Inmigración y Nacionalidad (8 USC 1201 (i))*.

(2) PENALIDADES- Una persona que viole, intente violar, conspire para violar o haga una violación del párrafo (1) (A) o de cualquier reglamento, licencia u orden emitida para violar el párrafo (1) (A), deberá estar sujeto a las sanciones establecidas en los incisos (b) y (c) del artículo 206 de la *Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional (50 USC 1705)* en la misma medida que una persona que cometa un acto ilícito descrito en el inciso (a) del esa sección.

(3) EXCEPCIÓN PARA CUMPLIR CON LAS NACIONES UNIDAS. Las sanciones dentro del acuerdo sede incluidas en el párrafo (1) (B) no se aplicarán en el caso de que los Estados Unidos tenga que cumplir con el Acuerdo Sede de las Naciones Unidas, firmado en Lake Success 26 de junio 1947, y que entró en vigor el 21 de noviembre de 1947, entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos, o de otras obligaciones internacionales aplicables.

(C) DECLINACIÓN El Presidente podrá renunciar a la aplicación de sanciones en virtud del inciso (b) con respecto a una persona, si el presidente.

(1) Determina que tal renuncia es en interés de la seguridad nacional de los Estados Unidos; y

(2) En o antes de la fecha en que la renuncia surta efecto, se somete a la Comisión de Relaciones Exteriores y de la Comisión de Banca de Vivienda y Asuntos Urbanos del Senado y la Comisión de Asuntos Exteriores y de la Comisión de Servicios Financieros de la Cámara Representantes mediante una comunicación y la justificación de la exención.

(D) AUTORIDAD REGULADORA. *El Presidente podrá hacer los reglamentos, licencias y órdenes que sean necesarias para llevar a cabo esta sección.*

(E) Definiciones: En esta sección se definen:

(1) ADMITIDO; ALIEN. *Los términos “admitido” y “alién” tienen los significados dados esos términos en el artículo 101 de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (8 USC 1101).*

(2) INSTITUCIÓN FINANCIERA: *El término “entidad financiera” tiene el significado que se le confiere en la sección 5312 del título 31 del Código de los Estados Unidos.*

(3) MATERIALMENTE ASISTIDA: *El término Materialmente Asistida El término “asistido materialmente” significa la prestación de asistencia que es significativo y de una clase directamente relevante a los actos descritos en el párrafo (1) o (2) del apartado (a).*

(4) PERSONA DE ESTADOS UNIDOS El término “persona de Estados Unidos” significa:

(A) *un ciudadano de Estados Unidos o un extranjero legalmente admitido para residencia permanente en los Estados Unidos; o*

(B) *una entidad organizada bajo las leyes de los Estados Unidos o de cualquier jurisdicción dentro de los Estados Unidos, incluyendo una sucursal extranjera de una entidad de este tipo.*

SEC. 6. APOYO A LA SOCIEDAD CIVIL EN VENEZUELA.

(A) *En General- El Secretario de Estado, con sujeción a la disponibilidad de créditos, a través organizaciones no gubernamentales, buscara*

(1) *defender los derechos humanos reconocidos internacionalmente para el pueblo de Venezuela;*

(2) *fortalecer la capacidad de organización y funcionamiento de los activistas y organizaciones de la sociedad civil democrática en Venezuela a nivel nacional y regional;*

(3) *apoyar los esfuerzos de los medios de comunicación independientes para transmitir, distribuir y compartir información más allá de los canales limitados puestos a disposición por el Gobierno de Venezuela;*

(4) *facilitar el acceso libre y sin censura a Internet para el pueblo de Venezuela;*

(5) *mejorar la transparencia y la rendición de cuentas de las instituciones que forman parte del Gobierno de Venezuela;*

(6) *proporcionar apoyo a las organizaciones de la sociedad civil, activistas y manifestantes pacíficos en Venezuela que han sido seleccionadas para el ejercicio de los derechos civiles y políticos reconocidos internacionalmente, así como los periodistas dedicados a actividades relacionadas con la labor de la prensa libre; y*

(7) *proporcionar apoyo a la organización política democrática y la supervisión de las elecciones en Venezuela.*

(B) *Estrategia - A más tardar 60 días después de la fecha de la promulgación de esta Ley, el Presidente presentará una estrategia para llevar a cabo las actividades descritas en el inciso (a)*

(1) *la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado y de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes; y*

(2), *el Comité de Asignaciones del Senado y el Comité de Asignaciones de la Cámara de Representantes.*

Presidente de la Cámara de Representantes.

Vicepresidente de los Estados Unidos y

Presidente del Senado

III. TEXTO DE LA ORDEN EJECUTIVA 13692 DE 8 DE MARZO DE 2015

Executive Order 13692 of March 8, 2015

Esta Orden Ejecutiva en definitiva viene a instrumentar las sanciones aprobadas en la *Ley de Defensa de los Derechos Humanos de Venezuela y la Ley de la Sociedad Civil* firmada el 18 de diciembre del año pasado. En su primer párrafo visto desde los intereses internos de los EE.UU ratifica los principios y valores con la democracia, los Derechos Humanos y Humanitarios; sin embargo, esta ratificación va más allá de la normativa interna y recoge el espíritu de los artículos 7 y 8 de la Carta Democrática interamericana en cuanto al respeto y reconocimiento de los Derechos Humanos. La firma de un instrumento multilateral genera tanto obligaciones como derechos. Los países firmantes de la Carta Democrática Interamericana están obligados a cumplir con los compromisos establecidos, pero también están en la obligación de exigir su cumplimiento; más aún cuando los Derechos Humanos y Humanitarios tienen un carácter universal, obligante para todos los Estados.

Decreto Presidencial¹⁹

SUSPENSIÓN DE ENTRADA COMO INMIGRANTES Y NO INMIGRANTES DE PERSONAS QUE PARTICIPAN EN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y OTROS ABUSOS

DECLARACIÓN

El compromiso constante de Estados Unidos al respeto de los derechos humanos y el derecho humanitario exige que el gobierno sea capaz de asegurar que los Estados Unidos no se convierta en un refugio seguro para las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y a los responsables de otros abusos relacionados. El respeto universal de los derechos humanos y el derecho humanitario y la prevención de atrocidades representan internacionalmente los valores e interés de los Estados Unidos para ayudar a garantizar la paz, disuadir la agresión, promover el estado de derecho, combatir la delincuencia y la corrupción, fortalecer las democracias y prevenir las crisis humanitarias en todo el mundo. Por tanto, he determinado que es en el interés de los Estados Unidos tomar medidas para restringir los viajes internacionales y de suspender la entrada en los Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, de ciertas personas que han participado en los actos descritos en la sección 1 de esta Orden Ejecutiva.

POR TANTO, YO, BARACK OBAMA, por la autoridad investida en mí como presidente por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos de América, incluyendo la sección 212 (f) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad 1952, modificada (8 USC 1182 (f)), y la sección 301 del título 3, Código de Estados Unidos, por la presente, encontramos que el inmigrante sin restricciones y la entrada de no inmigrante a los Estados Unidos de las personas descritas en el apartado 1 de esta Orden Ejecutiva sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos. Por lo tanto, por la presente declaro que:

Sección 1. (a) todos los bienes e intereses que se encuentran en los Estados Unidos, o que en lo sucesivo ingresen a los Estados Unidos, o que son o en adelante sean de la posesión o control de cualquier persona en Estados Unidos, serán bloqueados, congelados con prohibición de ser transferidos, cancelados, exportados o retirados:

¹⁹ Traducción libre.

- i) *las personas enumeran en el anexo de esta orden; y*
- ii) *cualquier persona identificada por el Secretario de Hacienda, en consulta con el Secretario de Estado:*

(A) de ser responsables o cómplices de ser responsable de ordenar, controlar, dirigir, o que han participado, directa o indirectamente, en cualquiera de las siguientes acciones:

(1) acciones o políticas que socavan los procesos democráticos e instituciones;

(2) actos de violencia o conducta que constituye un grave abuso o violación de los derechos humanos, incluso contra las personas que participan en protestas contra el gobierno en Venezuela en o desde febrero de 2014;

(3) acciones que prohíben, limitan o penalizarán el ejercicio de la libertad de expresión y reunión pacífica; o

(4) la corrupción pública por altos funcionarios en el gobierno de Venezuela;

Sec. 2. Por la presente, cuando pareciera que el inmigrante sin restricciones y la entrada de no inmigrante a los Estados Unidos de los extranjeros decididos a cumplir con uno o más de los criterios establecidos en el inciso 1 (a) de esta orden fuera perjudicial para los intereses de los Estados Unidos, por la presente suspendo entrada en Estados Unidos, como inmigrantes o no inmigrantes, de estas personas, a excepción cuando el Secretario de Estado determine que el ingreso de la persona está en el interés nacional de los Estados Unidos, Esta sección no se aplicará a la admisión de extranjeros en los Estados Unidos para cumplir con el Acuerdo sede de las Naciones Unidas, firmado en Lake el 26 de junio de 1947, y hecho fuerza 21 de noviembre de 1947, u otras obligaciones internacionales aplicables

Sec. 3. Por la presente determino que la realización de donaciones del tipo de artículos especificados en la sección 203 (b) (2) de IEEPA (50 USC 1702 (b) (2)) en beneficio de cualquier persona cuyos bienes e intereses en propiedad están bloqueados en virtud del artículo 1 de esta orden, sería perjudicar seriamente mi capacidad para hacer frente a la emergencia nacional declarada por este orden, y por la presente prohíbo tales donaciones por lo dispuesto por el artículo 1 de la presente orden.

Sec. 4. Las prohibiciones establecidas en el artículo 1 de esta orden incluyen, pero no son limitadas a:

(A) la realización de cualquier contribución o provisión de fondos, bienes o servicios por, para, o en beneficio de cualquier persona cuyos bienes e intereses en propiedad están bloqueados en virtud de esta orden; y

(B) la aceptación de contribuciones o la provisión de fondos, bienes o servicios de dicha persona.

Sec. 5. (a) Cualquier transacción que evade o evita, tiene el propósito de evadir o evitar, provoque una violación de, o trate de violar alguna de las prohibiciones establecidas en esta orden está prohibida.

(b) Cualquier conspiración destinada a violar alguna de las prohibiciones establecidas en este orden queda prohibida

Sec. 6. A los efectos de esta orden:

(A) el término “persona” significa un individuo o entidad;

(B) el término “entidad” significa una sociedad, asociación, confianza, empresa conjunta, corporación, grupo, subgrupo, u otra organización;

(C) el término “Estados Unidos persona”: cualquier ciudadano de los Estados Unidos, residente permanente extranjero, entidad constituida conforme a las leyes de los Estados Unidos o cualquier jurisdicción dentro de los Estados Unidos (incluidas las extranjeras ramas), o cualquier persona en los Estados Unidos;

(D) el término “Gobierno de Venezuela” significa cualquier subdivisión política, agencia o instrumentalidad del mismo, incluyendo el Banco Central de Venezuela, y cualquier persona, propiedad o bajo control o actúa para o en nombre de, el Gobierno de Venezuela.

Sec. 7. Para aquellas personas cuyos bienes e intereses de propiedad son bloqueado con arreglo a la presente orden, que podría tener una presencia legal en los Estados Unidos, me parece que, debido a la capacidad de transferir fondos u otros activos instantáneamente, un aviso previo a estas personas haría estas medidas ineficaces. Por lo tanto, determino que para que estas medidas sean eficaces en el tratamiento de la emergencia nacional declarada por este orden, no hay necesidad del previo aviso de una lista o de la cisión formulada con arreglo al artículo 1 de esta orden.

Sec. 8. El Secretario de Hacienda, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para tomar las acciones, incluyendo la promulgación de normas y reglamentos, y emplear todas las facultades otorgadas al Presidente por IEEPA y la sección 5 de la Defensa de los Derechos Humanos de Venezuela Ley, aparte de las autoridades que figuran en las secciones 5 (b) (1) (B) y 5 (c) de ese Ley, que sean necesarias para llevar a cabo los propósitos de esta orden, con la excepción del artículo 2 de esta orden, y las disposiciones pertinentes de la sección 5 de la citada Ley. El Secretario de Hacienda podrá re delegar cualquiera de estas funciones a otros oficiales y organismos del Gobierno de los Estados Unidos consistente con la ley aplicable. Todas las agencias del Gobierno de los Estados Unidos

Sec. 9. El Secretario de Estado queda autorizado para tomar este tipo de acciones, incluida la promulgación de normas y reglamentos, y emplear todos facultades otorgadas al Presidente por IEEPA, el INA y el artículo 5 de la Venezuela Defensa Ley de Derechos Humanos de la, incluyendo las autoridades establece en las secciones 5 (b) (1) (B), 5 (c) y 5 (d) de dicha ley, que sean necesarias para llevar a cabo la sección 2 de la presente orden y las disposiciones pertinentes de la sección 5 de la citada Ley. El Secretario de Estado puede re delegar cualquiera de estas funciones a otros funcionarios y organismos del Gobierno consistente Estados Unidos con la ley aplicable.

Sec. 10. El Secretario de Hacienda, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para determinar cuando las circunstancias lo justifiquen el bloqueo de los bienes e intereses en propiedad de una persona mencionada en el anexo de la presente orden, y tomar las medidas necesarias para dar su cumplimiento

Sec. 11. El Secretario de Hacienda, en consulta con el Secretario de Estado, queda autorizado para presentar los informes periódicos y finales al Congreso sobre la situación de emergencia nacional declarada por este orden, de acuerdo con la sección 401 (c) de la NEA (50 USC 1641 (c)) y la sección 204 (c) de IEEPA (50 U.S.C. 1703 (c)).

Sec. 12. Esta orden no pretende, y no, crea ningún derecho o beneficio, de fondo o de procedimiento, ejecutable en derecho o en equidad, cualquiera de las partes en contra de Estados Unidos, sus departamentos, organismos o entidades, sus funcionarios, empleados o agentes, o cualquier otra persona.

BARACK OBAMA

IV. TERMINACIÓN DE LAS ÓRDENES EJECUTIVAS²⁰

La terminación, cancelación o derogación de una Orden Ejecutiva, o de esta Orden Ejecutiva es el punto clave en este impase entre EE.UU y el gobierno de Venezuela, el cual le ha dado un giro totalmente distinto a lo que motivo al presidente Obama a emitir esta Orden Ejecutiva en defensa de los Derechos Humanos en Venezuela.

El gobierno de Venezuela ha buscado en la calle el apoyo popular, como si el recurso del revocatorio mediante la recolección de firmas tuviera algún efecto dentro del sistema legal americano. Está claro que la intención ha sido desviar la atención sobre las razones que llevaron al presidente Obama a firmar esta Orden prohibiendo el ingreso a los EE.UU de 7 funcionarios venezolanos por violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, mientras el gobierno de Venezuela habla de una supuesta invasión, acción que en ninguno de los documentos analizados es mencionada.

Para el gobierno de los EE. UU las acciones de calle, movilizaciones y simulacros militares no le hacen ningún efecto ni presión para su derogación, por lo que las únicas forma de derogar esta Orden ejecutiva, son por las siguientes.

Legislativa: el Congreso puede imposibilitar la implementación de una orden ejecutiva por la vía de su financiamiento. Sin embargo, los legisladores también pueden enmendar la ley o explicarla mejor. En ese caso, existe la posibilidad de que el presidente vete la medida, y su revocación requeriría el respaldo de una mayoría de dos tercios en el Congreso. Es más difícil que los legisladores consigan modificar una orden ejecutiva con este recurso.

Judicial. Las órdenes ejecutivas también pueden terminar en un proceso judicial, si la Corte Suprema las declara inconstitucional o si es considerada un exceso de los poderes constitucionales del presidente.

Código de los Estados Unidos. Título 50

LA GUERRA Y LA DEFENSA NACIONAL

*CAPÍTULO 34 - EMERGENCIAS NACIONALES.*²¹

SUBCAPÍTULO I - La terminación de emergencias declaradas existentes

Sección 1601. La terminación de emergencias declaradas existentes

(a) Todos los poderes y autoridades poseídos por el Presidente, cualquier otro funcionario o empleado del Gobierno Federal, o cualquier agencia ejecutiva, según se define en la sección 105 del título 5, como consecuencia de la existencia de cualquier declaración de emergencia nacional vigente el 14 de septiembre de 1976, se terminan dos años a partir 14 de septiembre de 1976. Dicha terminación no afectará.

(1) cualquier acción tomada o procedimiento no pendientes, finalmente llegó a la conclusión o determinada en dicha fecha;

²⁰ 1 US Code § 108 - Derogación de derogar la ley.

²¹ law.cornell.edu. Legal Information Institute.

(2) cualquier acción o procedimiento basado en cualquier acto cometido con anterioridad a dicha fecha; o

(3) derechos o deberes que maduraron o sanciones que se incurrió antes de dicha fecha.

Como puede deducirse de su contenido, el presente estudio tiene solo el propósito de aclarar que la Orden Ejecutiva emitida por presidente Obama tuvo como único fin no permitir la entrada a su territorio de los funcionarios señalados de violaciones a los Derechos Humanos y la confiscación de sus bienes en territorio de los Estados Unidos. En ningún momento intenta invocar algún principio para la aplicación extraterritorial²² de la ley, incluyendo la ley penal y menos preparar la condiciones para una intervención armada, lo cual sería un error histórico de la política exterior de un país que fue el principal mediador frente a las potencias europeas cuando el bloqueo de 1902. Sus tropas nunca han intentado invadir o invadido nuestro territorio; siempre ha sido amigo de Venezuela y siempre se han mantenido las mejores relaciones políticas comerciales.

Los comentarios expresados en este estudio, posteriormente son confirmados tanto por funcionarios del Departamento de Estado previos a la VII Cumbre de las Américas como Tom Shannon quien viajó a Caracas el 7 de abril pasado y el Consejero Adjunto de Seguridad Nacional Ben Rhodes quien declaró el mismo día que la Orden Ejecutiva era solo una pro forma, por lo que “Venezuela no representa ninguna amenaza para la seguridad nacional de su país”. Finalmente el presidente Barack Obama las ratifica al declarar que “No creemos que Venezuela sea una amenaza para Estados Unidos y Estados Unidos no es una amenaza para Venezuela”, declaraciones que desarticulaban el escándalo montado por el señor Nicolás Maduro.

The present study has only intended to clarify that the Executive Order issued by President Obama has as purpose not allow entry into its territory appointed officials of violations of Human Rights and the confiscation of his property in the Territory of the United States; but at any moment summon principle of extraterritorial law, including criminal law and less prepare the ground for armed intervention, which it would be a historic mistake for foreign policy of a country that was the main mediator off the European powers when the blockade of 1902, its troops never have attempted to invade or invaded our territory and which is always been maintained political best foreign trade.

The comments expressed in this study are further confirmed both by State Department officials before the VII Summit of the Americas as Tom Shannon who traveled to Caracas on April 7 last and Deputy National Security Adviser Ben Rhodes who declared the same day, Executive Order was just a pro forma, so that “Venezuela poses no threat to the national security of their country.” President Barack Obama finally ratifies stating that “We do not believe that Venezuela is a threat to America and the United States is not a threat to Venezuela”, statements that dismantled the scandal ridden by Mr. Nicolas Maduro.

²² El principio de justicia universal trata de evitar la impunidad de los crímenes cometidos contra la humanidad. Ante estos delitos, cada Estado, como integrante de la Comunidad Internacional y con el objetivo de protegerla debe proceder a juzgar a todo delincuente que detenga en su territorio, cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar de ejecución del delito, como ocurre, por ejemplo, con cualquier violación de los derechos humanos.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2015

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado
Secretaría de Redacción de la Revista

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Sobre la noción de soberanía.*

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Competencias del Poder Nacional: régimen de la seguridad social.* 2. *Poder Judicial.* A. Régimen de los jueces. Inhibición.

III. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Sociales y de las familias: Protección social a niños, niñas y adolescentes discapacitados.*

IV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Sentencia: Cosa Juzgada.*

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de revisión Constitucional.*

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Sobre la noción de soberanía*

TSJ-SC (100)

20-2-2015

Ponencia Conjunta

Caso: Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza

La Sala Constitucional, a solicitud del Procurador General de la República y en ejercicio de su competencia para “dirimir las controversias suscitadas con ocasión de la interpretación de normas y principios constitucionales, en su rol de máximo y último intérprete de la Constitución,” interpretó el alcance y límite del contenido de los ar-

títulos 1, 5 y 322 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; los dos primeros relacionados con la declaración de Venezuela como una República libre e independiente, siendo el pueblo el que ostenta la soberanía, y el último referente a la Seguridad de la Nación,” con ocasión de la aprobación de la Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela por el Congreso de los Estados Unidos de América (*Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014*), cuyos efectos, en criterio del Procurador “recaen de manera selectiva sobre ciudadanos venezolanos, en razón del ejercicio de funciones públicas en nuestro país,” considerando que dicho “acto así como las potenciales consecuencias de su aplicación, la difusión mediática que se le ha pretendido dar y las declaraciones y opiniones del Gobierno Norteamericano al respecto, conforman un ambiente político en la comunidad internacional y una visión económica de la República Bolivariana de Venezuela que vulnera la realidad y somete a juicio la institucionalidad del Estado venezolano”.

[...], con relación al principio de soberanía de los Estados, debe señalarse que la soberanía consiste en el poder del Estado para comportarse tanto en los asuntos internos como externos según su voluntad o personalidad (principio de personalidad jurídica de los pueblos), y sin más restricciones que las aceptadas voluntariamente (*vid.* entre otras, sentencias de esta Sala Constitucional nros. 1309/01, 597/11 y 967/12).

Efectivamente, una noción definitiva sobre la soberanía es aquella que inexorablemente se ofrece por negación: “*Se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado, y que garantiza la existencia y supremacía del Estado*” (Campos, Bidart. *Derecho Constitucional*. Ediar, Buenos Aires, 1968). La soberanía, la cual no es susceptible de relativización, implica, entre otros, los atributos de legislar y administrar justicia, por lo que, un Estado soberano excluye, por definición y antonomasia, la intervención de otro poder político en esos y otros asuntos. Adicionalmente conlleva la inviolabilidad del Estado, la cual aparta cualquier acto que la vulnere.

Asimismo, el artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas lo expresa claramente, cuando afirma que la organización y el comportamiento de los Estados que la forman se basarán “*en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros*”.

Al respecto, la soberanía es exclusiva, tanto a lo interno del Estado de que se trate como a lo externo de ese Estado. A lo interno, el ejercicio de la soberanía consiste en que sólo la organización estatal tiene atribuidas las potestades superiores de gobierno en el territorio que ocupa; mientras que a lo externo significa que ningún Estado, entidad u organismo extranjero o internacional puede imponer el cumplimiento de sus normas a un Estado soberano, salvo que dicho país hubiese concurrido a su adopción o las hubiese aceptado de alguna forma, a través de la debida adhesión o suscripción, así como ratificación de tratados, pactos, acuerdos, convenios o instrumentos internacionales.

En el mismo sentido, debe señalarse que uno de los principios fundamentales que en los actuales momentos del período histórico, rige y debe regir en cualquier Estado en la comunidad internacional, y que además ha caracterizado a la política exterior venezolana a partir del año 1999, lo constituye el principio de la soberanía de los Estados, siendo este uno de los más trascendentales principios a nivel internacional, y base clave de las relaciones que se suscitan entre cada una de las Naciones en el orden mundial, y que sin duda alguna, debe comportar un parámetro de respeto del orden interno de los Estados.

El artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, refiere la soberanía como un atributo o cualidad de altísimo valor republicano, residente en el pueblo de modo exclusivo, perpetuo e inderogable, que se concibe internamente con la premisa de que éste la ejerce inmediata o mediatamente a través de las expresiones democráticas por los órganos del Poder Público, los cuales se encuentran en un estadio de sometimiento pleno a la soberanía popular. A su vez, desde la perspectiva externa, ésta se manifiesta en las relaciones internacionales con los Estados, implicando la libertad de las naciones y excluyendo cualquier expresión de subordinación o dependencia, con arreglo al principio de igualdad entre las naciones, sin perjuicio de los mecanismos de integración válidamente establecidos y acordados en convenios, tratados e instrumentos internacionales.

De igual forma, este principio está vinculado con el postulado de la autodeterminación de los pueblos, el cual supone para un pueblo su derecho a sentar y establecer por su propia decisión, los parámetros que guiarán la vida de su Estado, comportando ello lógicamente el derecho a su libertad e independencia frente a cualquier otro Estado, así como también el derecho de decidir por sí mismo, los aspectos fundamentales de su vida como Nación, incluyendo la manera de determinar su forma de gobierno y las autoridades encargadas del mismo, es decir, el derecho de atribuirse libremente su conformación política y económica, atendiendo como fin último, al ejercicio en su completa dimensión de su libertad y al respeto de su voluntad soberana.

Sobre la autodeterminación, el jurista Ferrajoli sostiene que *“se trata pues, de un derecho complejo de ‘autonomía’, articulado en dos dimensiones: a) la ‘autodeterminación interna’, que consiste en el derecho de los pueblos a ‘decidir libremente su estatuto político’ en el plano del derecho interno; b) ‘la autodeterminación externa’, que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como en el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disposición de las propias riquezas y recursos. De estas dos dimensiones, la más sencilla e inequívoca es la de la ‘autodeterminación interna’, que equivale al derecho fundamental de los pueblos a darse un ordenamiento democrático a través del ejercicio de los derechos políticos o, si se quiere, de la ‘soberanía popular’ (...)”* (Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trotta, Madrid, 2008, p. 45).

En suma, la soberanía, en conjunción con la autodeterminación de los pueblos, garantizadora de la existencia y supremacía del Estado, se ejerce en su vertiente externa, como máxima insigne en la ordenación de la vida internacional y las relaciones del concierto de naciones.

Al respecto, es obvio que ningún país debe imponer a otros, por su sola voluntad, sin el consentimiento de éstos, disposiciones jurídicas que vinculen a sus nacionales fuera del ámbito territorial del Estado transgresor, y lo contrario vulneraría gravemente las normas que reconocen el derecho de soberanía de los Estados.

Prosiguiendo, con relación a los principios de independencia e igualdad, cabe apuntar que el artículo 1 del Texto Fundamental, declara a la República Bolivariana de Venezuela, irrevocablemente libre e independiente, fundamentando su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador; al tiempo que propugna a la independencia como un derecho irrenunciable de la Nación, junto a la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

En torno a tales postulados, se concibe la paridad entre las naciones, la cual implica que cada una es igual en el ámbito internacional y debe disponer de ámbitos reales de libertad para su total y completo desarrollo.

La igualdad supone que ningún Estado puede arrogarse o ejercer en solitario potestades que a todos los Estados les corresponde y que están asociadas al establecimiento de un conjunto de normas que vinculan tanto a las personas naturales como jurídicas que sean nacionales de dicho Estado, y a la efectividad de dichas normas dentro de su territorio, tanto a nacionales como a extranjeros, salvo las excepciones que el propio Derecho internacional reconoce.

[...]

Como puede apreciarse, el Derecho Internacional consagra, desde tiempos remotos, los principios de no intervención directa o indirecta, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro; de no intervención o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen; de prohibición de aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de cualquier orden; de abstención de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado; de libertad de cada Estado para elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado; y de respeto al derecho de libre determinación e independencia de los pueblos y naciones. Más allá, esta Sala observa que el ordenamiento citado impone el deber de contribuir a la eliminación completa del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones, incluyendo los tipos de neocolonialismo que perviven en el mundo actual, principalmente, en las regiones más vulnerables frente a ese tipo de formas de neo dominación, de agresiones y, en fin, de atentados contra la humanidad.

[...]

En tal sentido, atendida a las notas definitorias antes expuestas sobre los principios que orientan las relaciones internacionales tales como la independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad, esta Sala debe señalar que el instrumento dado a conocer como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, vulnera precisamente los axiomas básicos del Derecho Internacional. (Sobre varios de estos principios, vid. sentencia de esta Sala N° 937 del 25 de julio de 2014).

Los postulados más básicos del Derecho Internacional acuerdan que ningún país tiene la potestad de imponer su ordenamiento al gobierno de otro país o a sus nacionales. Con la misma consistencia hay que apuntar que ningún país tiene la potestad de intentar o prever alguna actividad que persiga constreñir a otro o a sus nacionales a realizar o dejar de hacer cualquier conducta, mucho menos si las conductas que buscan alterarse están conformes a Derecho; en fin, aún más remoto si lo que se pretende es menoscabar el Poder Constituido, contra la decisión soberana de un Pueblo, contra la independencia Nacional y contra la República.

Al respecto, el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, prohíbe “*intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*”, siendo que la expresión latina jurisdicción proviene de las voces latinas *ius* y *dicere*, que significan en conjunto: “*aplicar o declarar el derecho*” lo que, en el contexto del Derecho Internacional Público, implica la potestad soberana de aplicar el ordenamiento jurídico del Estado respecto de las personas y bienes ubicados dentro de su espacio geográfico. De allí que es evidente

que el acto legislativo extranjero referido por la parte solicitante, además de representar un abierto quebrantamiento de la aludida prohibición al constituir una intervención en asuntos de la jurisdicción interna del Estado venezolano, principalmente carece de validez y efectividad en tanto los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela. En tal virtud, encuentra esta Sala Constitucional que es absolutamente nula la ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales, del acto o documento extranjero aludido en la solicitud presentada ante esta Máxima Instancia de la Jurisdicción Constitucional.

Aunado a ello, el documento denominado “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*” y las demás acciones con trazas coloniales reseñadas por la parte solicitante, violan el principio de igualdad soberana entre los Estados, según el cual estos poseen, en el plano jurídico internacional, los mismos deberes y derechos.

En efecto, la afrenta a los principios internacionales antes citados torna inoperante en lo jurídico, e inadaptado en lo social y político, que un Estado intente legislar para sancionar nacionales o autoridades de otro Estado, fundamentado en hechos inciertos y, a su vez, intente dotar de efectividad y legalidad tal actuación de cara a la comunidad internacional. Situación ésta que por razones evidentes, hacen inviable que jurídicamente pueda concebirse que un Estado, tenga la capacidad de someter a otros Estados y a sus Poderes Públicos, toda vez que ello comportaría un quiebre en dicha situación paritaria que debe existir entre Estados en el plano internacional.

Particularmente, en cuanto al principio de independencia, el Estado mantiene la misma de modo irreductible respecto de los demás Estados de la Comunidad Internacional y, por tanto, no puede ningún Estado pretender imponer su voluntad a otro Estado, alcanzando ello lógicamente, la imposibilidad de juzgamiento entre Estados. Lo anterior, puede resumirse en el hecho de que no puede un poder constituido de un Estado someterse al juzgamiento por parte de otro poder constituido de otro Estado, pues ello no es posible en forma alguna a la luz del principio de soberanía.

Por igual, debe ratificarse que el orden constitucional y jurídico en general de la República Bolivariana de Venezuela, así como el Poder Constituido del Estado venezolano, tutelan eficazmente los derechos humanos, esencialmente, a partir de la aprobación democrática de la Constitución de 1999 por parte del pueblo venezolano, la cual ha sido especialmente reconocida por la comunidad internacional, y utilizada como fuente de inspiración en varios países, ante todo, en lo que atañe al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

[...]

Adicionalmente, hay que añadir al examen jurídico que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra en su artículo 152 los principios cardinales o rectores de las relaciones internacionales de la República, precisando que éstas responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo. Tales principios son enunciados en el siguiente orden: independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad.

Justamente, estatuye este dispositivo constitucional la obligación de la República de mantener la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.

Ello así, es clara la postura que asume la República en el desarrollo de las relaciones internacionales a partir del cauce que fija la Carta Magna, sobre la observancia de principios tales como la independencia, la igualdad entre los Estados, la libre determinación y la no intervención en sus asuntos internos. Su observancia, como regla esencial del Derecho, apareja la expectativa real de la reciprocidad, máxima sempiterna del Derecho Internacional Público, en el sentido de que todos los principios enunciados merecen ser honrados en las relaciones internacionales que establecen los Estados extranjeros con la República Bolivariana de Venezuela.

Cabe denotar asimismo, que el instrumento legislativo extranjero que motivó la acción que ocupa a esta Sala, ha pretendido ser revestido de una apariencia de efectividad y legalidad, que aunque de írrito contenido, supondría la exposición indebida de la imagen del Estado venezolano, exacerbada por la abundante cobertura mediática, lo cual alcanza implicaciones en el plano de la seguridad y defensa de la Nación, dada la visible afrenta a los principios de soberanía, independencia, igualdad y autodeterminación, entre otros. Igual señalamiento cabe respecto de las presuntas secuelas que en el contexto del acto legislativo podrían derivarse.

Es en este estado del análisis de esta Sala, que conviene apuntar que el artículo 322 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla la materia y asuntos de seguridad de la Nación, como competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta, siendo su defensa responsabilidad de los todos los venezolanos y venezolanas, así como de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional. Es en estos altos términos que el Texto Fundamental convoca y ordena la concurrencia del aparato público con toda la sociedad, articulando los órganos según la ley, a los fines de asumir la defensa y la seguridad de la Nación ante situaciones que supongan amenazas o menoscabo a la soberanía y a los atributos del Estado, máxime aquellos elementales o inherentes a su existencia y desarrollo, en cualesquiera circunstancias y ámbitos, garantizándose el goce y ejercicio de los derechos en los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar, en el pleno respeto y observancia de los principios y valores constitucionales.

En tal sentido, resulta injustificable e inaceptable que un país procure legislar y sancionar fuera de las fronteras del mismo, en franco irrespeto a otros derechos humanos que discursivamente utilizan como basamento de sus acciones, las cuales, como se ha indicado y se seguirá reiterando, son en cualquier caso contrarias al Derecho Internacional, a las más esenciales normas éticas y sociales universales.

Aunado a ello, tales circunstancias se agravan aún más cuando esas repudiables actuaciones injerencistas se hacen en nombre de la “ley” (*“ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014”*), de los “derechos humanos”, de la “sociedad civil de Venezuela” y, en fin, del Pueblo cuya soberanía, independencia, dignidad y orden constitucional atropellan.

Más allá de ello, la Sala debe precisar que ningún otro Estado tiene potestad para imponerle al pueblo venezolano ordenamiento jurídico o establecerle una forma de pensar y auto determinarse política, jurídica y socialmente en general, mucho menos si esa primitiva intervención, injerencia o intromisión aspira hacerse mediante la coacción que implican los señalamientos contra autoridades del Estado venezolano, así como a campañas de desprestigio

hacia el mismo, en desmedro absoluto de los principios más elementales del derecho internacional y de la ética, así como, por otra parte, de los derechos de los pueblos a la soberanía, a la independencia, a la libre determinación, a la igualdad, a la justicia y a la paz.

Tal circunstancia deja en evidencia los intereses que verdaderamente pudieran motivar tales despropósitos que no sólo quebrantan el Derecho y la Justicia Internacional, reflejada, como ha podido apreciarse y demostrarse en este fallo, en instrumentos internacionales, en la costumbre internacional y en los principios de reciprocidad y justicia universal, sino que atentan gravemente contra el orden jurídico patrio y desdican de las propias fuentes del derecho interno de los Estados Unidos de América, pasando por la Declaración de Independencia de ese Estado, por su Texto Fundamental y por el resto de su orden interno. Así pues, la actuación unilateral que aquí se objeta, tiene como írrito propósito alterar la forma política del pueblo y del Estado venezolano.

Precisamente, conoce esta Sala por hecho notorio y comunicacional el rechazo del Estado Venezolano al acto jurídico referido por la parte solicitante, al igual que la censura que le propino la comunidad internacional, tal como fue mostrado a través de los precitados comunicados, los cuales se orientan a repudiar cualquier forma de imperialismo, sea manifiesta o tácita. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, este fenómeno es la “*actitud o doctrina de quienes propugnan o practican la extensión del dominio de un país sobre otro u otros por medio de la fuerza militar, económica o política*”.

Partiendo de ello, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máximo y último garante jurisdiccional del orden constitucional y de los derechos de las venezolanas y los venezolanos y, por ende, de los derechos del Estado, tiene el deber fundamental de tutelar la voluntad del Pueblo y condenar cualquier acción que atente contra ellos, en este caso, las acciones injerencistas del Congreso y del Ejecutivo estadounidense, que con ellas han llevado a esas instituciones por el camino de la antijuridicidad y la ilegitimidad, para deshonor del pueblo al cual se deben.

Los pueblos del mundo, la comunidad de naciones y la familia humana en general tienen derecho a la libertad, a la autonomía, a la no injerencia, a la dignidad, a la justicia y a la paz. Las acciones enfrentadas al Derecho Internacional que fueron expuestas por la parte solicitante, también constituyen una afrenta a esos derechos.

Como ha podido inferirse, la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, así como otras acciones emprendidas por los Estados Unidos de América, en contra de la República Bolivariana de Venezuela, de sus instituciones legítimas y del Pueblo venezolano, no sólo vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional (principios, jurisprudencia, costumbre y tratados y otros instrumentos internacionales), sino que adversan los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad, además de quebrantar normas, valores, principios, derechos y garantías tanto del Derecho interno de la República Bolivariana de Venezuela, como, probablemente, del propio Derecho interno de aquel Estado que ha desplegado estas írritas y lamentables acciones de agresión.

La consecuencia jurídica de ello, consiste en la manifiesta ilegitimidad, nacional e internacional, de la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, y de las acciones emprendidas por los Estados Unidos de América en contra del Estado venezolano, circunstancia generadora de responsabilidad interna e internacional de ese Estado y las autoridades respectivas, ante su pueblo y ante la Comunidad de Naciones.

Al respecto, deviene oportuno destacar que la comisión de estos hechos ilícitos internacionales genera, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios para, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) denunciar y exigir el cese de la conducta

ilícita, (2) exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

Recapitulando el examen jurídico y la posición sostenida a lo largo de este fallo, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia establece que junto a los principios de libertad e igualdad, expresamente asociados con los pueblos, el principio de autodeterminación y el de soberanía tienen un alcance universal, ampliamente reconocidos, avalados y desarrollados por el Derecho Internacional, como orden reglamentario internacional construido entre naciones libres, soberanas y jurídicamente iguales, incluso como producto de conquistas históricas de la humanidad.

Partiendo de ello, es lógico que de dichos principios de soberanía, libertad, autodeterminación de los pueblos e independencia, se instituye con fuerza de reconocimiento internacional, la postura de igualdad de los Estados en la comunidad internacional, lo que comporta que un pueblo independiente y supremo se presenta en el consorcio universal de las naciones, entrando en relaciones con sus pares, en identidad de posición y sujeción a las instituciones jurídicas del Derecho Internacional, rehusando, por tanto, cualquier pretensión de supremacía jurídica legal de uno sobre otro, *so pena* del más enérgico rechazo de la comunidad mundial.

En consecuencia, esta Sala del más Alto Tribunal, Máxima Instancia de la Jurisdicción Constitucional en la República Bolivariana de Venezuela, concluye lo siguiente:

1. Que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

2. Que la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, así como otras acciones emprendidas por los Estados Unidos de América, en contra de la República Bolivariana de Venezuela, del Estado venezolano y del Pueblo venezolano, no sólo vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional (principios, jurisprudencia, costumbres y tratados y otros instrumentos internacionales), sino que adversan los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad, además de quebrantar normas, valores, principios, derechos y garantías tanto del Derecho interno de la República Bolivariana de Venezuela, como, probablemente, del propio Derecho interno de aquel Estado que ha desplegado estas irritas y lamentables acciones de agresión.

3. Que esas acciones injerencistas generan responsabilidad internacional para los Estados Unidos de América y para las autoridades respectivas que las han desplegado o han ayudado a desplegarlas; incluso, pudieran generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

4. Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución,

la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Competencias del Poder Nacional: régimen de la seguridad social*

TSJ-SC (302)

19-3-2015

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Acción popular de inconstitucionalidad contra la reforma parcial de la Ley de Protección Social del Policía del Estado Aragua, *G. O.* del Estado Aragua Ordinaria N° 1041 de fecha 13-7-2007.

Sala observa que la usurpación de funciones constituye un vicio grave que -en este caso- afecta la totalidad de la ley estatal, por cuanto -como fuera constatado- la misma regula un “régimen de seguridad social”, materia reservada al Poder Nacional.

...Establecida por esta Sala su competencia para conocer del presente recurso de nulidad en la decisión N° 131, del 06 de marzo de 2014, pasa a pronunciarse sobre la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesta en contra de “*la REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL POLICÍA DEL ESTADO ARAGUA, publicada en Gaceta Oficial del Estado Aragua Ordinaria N° 1041 de fecha 13 de julio de 2007, específicamente contra sus artículos 1, 3, 4, 11, 18, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 64*”, y a tal efecto observa:

La parte recurrente señaló, entre otras cosas, que la Reforma Parcial de la Ley de Protección Social del Policía del Estado Aragua vulneraba el principio de supremacía constitucional, ya que el objeto de dicha Ley tenía como objetivo establecer un régimen de seguridad social a los funcionarios policiales del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua, cuando es, en su criterio, el Poder Público Nacional, a través del Poder Legislativo Nacional que se ejerce a través de la Asamblea Nacional, el que puede legislar sobre tal materia.

En iguales términos la ciudadana Yivis Peral Narváez señaló, en su condición de Sustituta del ciudadano Procurador General del Estado Aragua, abogado Julio Terán, que la legislación correspondiente al derecho a la seguridad social de los trabajadores y trabajadoras es materia de la reserva legal, y que, por tanto, correspondía al Poder Legislativo Nacional, a través de la Asamblea Nacional, la potestad de legislar lo relacionado con la previsión y seguridad social, lo cual incluye el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos.

Ahora bien, observa esta Sala que en el sistema constitucional venezolano, las funciones públicas están distribuidas entre diversas autoridades, cada una de ellas con una función propia y especial que está llamada a cumplir dentro de los límites que la Constitución y las leyes les señalan o confieren. Al respecto, los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala lo siguiente:

Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

Artículo 137. 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.

Con base a lo anterior se observa que, además de imponer la competencia del órgano y del funcionario que dicte el acto, la Constitución y las leyes exigen que el mismo se produzca conforme a unas formas determinadas o de acuerdo con un proceso específico, en aras de proteger las finalidades propuestas por el Constituyente o el legislador y garantizar los derechos del ciudadano. En consecuencia, la función pública en modo alguno puede ser ejercida de manera arbitraria, sino que está limitada por la Constitución y las leyes, ocasionando su incumplimiento la nulidad del acto.

En efecto, la incompetencia es uno de los vicios que afectan la validez de los actos emanados del Poder Público, por cuyo motivo la función pública debe desplegarse dentro de los límites o prescripciones, formas y procedimientos señalados en la Constitución y en las leyes y en la oportunidad y para los fines previstos en las mismas.

Con base en lo anterior, esta Sala pasa a revisar las atribuciones y competencias que corresponden al Poder Estatal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 162 y 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales son del siguiente tenor:

Artículo 162. El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y de los Municipios. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes:

1. Legislar sobre las materias de la competencia estatal.
2. Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado.
3. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad en su jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto les sean aplicables. Los legisladores o legisladoras estatales serán elegidos o elegidas por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos o reelegidas por dos períodos consecutivos como máximo. La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo.

Artículo 164. Es de la competencia exclusiva de los Estados:

1. Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución.
2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a esta Constitución y a la ley.
3. La administración de sus bienes y la inversión y administración de sus recursos, incluso de los provenientes de transferencias, subvenciones o asignaciones especiales del Poder Nacional, así como de aquellos que se les asignen como participación en los tributos nacionales.
4. La organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales.
5. El régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas y ostras y la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley.

6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.
7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.
8. La creación, régimen y organización de los servicios públicos estatales.
9. La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales.
10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.
11. Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal.

Tal como lo dispone la norma contenida en el artículo 162, numeral 1, antes transcrita, dentro de las atribuciones que posee el Consejo Legislativo está la de legislar sobre las materias de la competencia estatal, las cuales, a su vez, se encuentran expresamente establecidas en el citado artículo 164.

Ahora bien, en la enumeración de las normas previstas en el referido artículo, no está la relativa a la materia de jubilaciones y pensiones de los empleados públicos pertenecientes a los Estados, ni tampoco puede entenderse que forma parte de la competencia residual, por cuanto, la misma ha sido atribuida al Poder Nacional. De tal manera que, dentro de las competencias sobre las cuales puede legislar, el Consejo Legislativo no la posee respecto a la de legislar en materia de previsión y seguridad social.

Asimismo, el artículo 156, numerales 22 y 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala lo siguiente:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...) 22. El régimen y organización del sistema de seguridad social.

(...) 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. (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con la anterior disposición constitucional, a la Asamblea Nacional, en representación del Poder Nacional, le corresponde la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, incluyendo dentro de tal potestad, el régimen de jubilación y pensión del funcionario público.

En tal sentido, las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos, sean estos funcionarios de carrera o de elección, pertenecientes en su distribución vertical al Poder Nacional, Estatal o Municipal o bien en su distribución horizontal, al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano o Electoral, forman parte de los sistemas de previsión y seguridad social, materia ésta sobre la cual la Asamblea Nacional tiene potestad de legislar por disposición expresa de los numerales 22 y 32 del artículo 156 ante citado.

La anterior remisión a una ley nacional, se desprende igualmente de la normativa contenida en los artículos 144 y 147, tercer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señalan lo siguiente:

Artículo 144. La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos. (Subrayado de la Sala).

Artículo 147. Para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente.

Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley.

La ley orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales.

La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales (Subrayado de la Sala).

Asimismo, es importante hacer referencia a la Ley del Estatuto de la Función Policial publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.940, Extraordinaria, del 07 de diciembre de 2009, en cuya disposición transitoria sexta señala que hasta tanto entre en vigencia la ley que regula el régimen prestacional de pensiones y otras asignaciones económicas, las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y funcionarias policiales se regirán por la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Empleados Públicos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y Municipios.

De esta manera, con las disposiciones que anteceden, se logra dar cumplimiento a la intención del Constituyente de unificar el régimen de seguridad social, jubilaciones y pensiones, no sólo de funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional, sino de las demás personas públicas territoriales, tales como los Estados y los Municipios.

Asimismo, del análisis de las normas constitucionales antes transcritas, se evidencia que la intención del Constituyente fue la de otorgar al Poder Legislativo Nacional, la potestad exclusiva de legislar sobre todos los aspectos relacionados con la materia laboral, de previsión y seguridad social, incluyendo dentro de éstos, los beneficios de la jubilación y la pensión de los funcionarios públicos.

En tal sentido, esta Sala observa que en el caso de autos, se ha demandado la nulidad por inconstitucionalidad de “*la REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL POLICÍA DEL ESTADO ARAGUA, publicada en Gaceta Oficial del Estado Aragua Ordinaria N° 1041 de fecha 13 de julio de 2007, específicamente contra sus artículos 1, 3, 4, 11, 18, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 64*”, los cuales regulan el régimen de seguridad social a los funcionarios policiales del Cuerpo de Seguridad y Orden Público de dicho Estado.

Asimismo, se desprende del artículo 1 de la Reforma Parcial de la Ley de Protección Social del Policía del Estado Aragua, que el objeto de la misma es la consagración de un sistema de seguridad social para los funcionarios policiales adscritos al Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua. Dicha norma señala que: “*Esta Ley establece el régimen de seguridad social de los funcionarios policiales pertenecientes al Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua*”.

Del análisis de la norma transcrita, se evidencia que el órgano legislativo estatal dictó una Ley que tiene como objeto la regulación de aspectos referentes a la materia de seguridad social, cuya potestad exclusiva de legislar sobre dicha materia corresponde de manera expresa al Poder Legislativo Nacional, resultando en consecuencia, que el Consejo Legislativo del Estado Aragua invadió el ámbito de competencias del Poder Legislativo Nacional, incurriendo así en una evidente usurpación de funciones, vicio que conlleva la nulidad absoluta de tal actuación, tal como lo establece el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señala: “*Artículo 138. Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.*”

Así las cosas, observa esta Sala que la usurpación de funciones constituye un vicio grave que -en este caso- afecta la totalidad de la ley estatal, por cuanto -como fuera constatado- la misma regula un “*régimen de seguridad social*”, materia reservada al Poder Nacional.

Por lo anterior, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de sus amplios poderes jurisdiccionales para el control de la constitucionalidad de las actuaciones de los Poderes Públicos, y como máximo protector de la Constitución, considera que es su deber declarar la inconstitucionalidad del texto íntegro de la citada Reforma Parcial de la Ley de Protección Social del Policía del Estado Aragua, y, en consecuencia, anularla en su totalidad. Así se decide.

En virtud de lo anterior, en atención a lo dispuesto en los artículos 32 y 126 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* y en la *Gaceta Oficial del Estado Aragua*, así como en la *Gaceta Judicial* de este Tribunal con el siguiente intitulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional que declara la nulidad de la Reforma Parcial de la Ley de Protección Social del Policía del Estado Aragua*”. De igual forma, dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas con fundamento en la Reforma Parcial de la Ley de Protección Social del Policía del Estado Aragua, esta Sala, en aras de la seguridad jurídica, fija los efectos del presente fallo anulatorio *ex nunc* o hacia el futuro, esto a partir de la publicación del presente fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional. Así se decide.

2. Poder Judicial

A. Régimen de los jueces. Inhibición

TSJ.-SPA. ACC (001)

22-1-2015

Caso: Inversiones Ferluimar, C.A. y otros contra el Acuerdo N° 02-002 de fecha 06-02-2002, dictado por el Concejo Municipal del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta. Sentencia.

La inhibición es un deber y un acto procesal de los funcionarios judiciales, mediante el cual el funcionario decide separarse voluntariamente del conocimiento de una causa, por considerar la existencia de circunstancias que son capaces de comprometer su imparcialidad. De esta manera, la inhibición debe estar fundada en alguna de las causales establecidas por la ley.

III. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Derechos Sociales y de las familias: Protección social a niños, niñas y adolescentes discapacitados

TSJ-SC (289)

18-3-2015

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Inés Margarita Medina

“Sentencia de la Sala Constitucional que determina la competencia de los Juzgados especializados en la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para conocer de oficio o a instancia de parte, del procedimiento de incapacidad de las personas que habiendo adquirido la mayoría de edad, ostentan una discapacidad, total o parcial, de carácter intelectual congénita o surgida en la niñez o en la adolescencia.

En efecto, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes otorga una protección constitucional, a niños, niñas y adolescentes en condiciones especiales, como se desprende -entre otros- de lo dispuesto en el artículo 351 que desarrolla las medidas que puede tomar el sentenciador en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio, en lo referente a la Patria Potestad, a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención los abarca y al respecto, precisa: *“los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente (...).*

Por otra parte, se observa que las personas con discapacidad intelectual originada en la niñez o en la adolescencia, gozan de los mismos derechos y garantías consagrados en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el artículo 29, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 29. Derechos de los niños, niñas y adolescentes con necesidades Especiales

Todos los niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta Ley, además de los inherentes a su condición específica. El Estado, las familias y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna.

El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe asegurarles:

- a) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración.
- b) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia.
- c) Campañas permanentes de difusión, orientación y promoción social dirigidas a la comunidad sobre su condición específica, para su atención y relaciones con ellos.

Por ello, en un Estado social de Derecho y de Justicia como el que consagra el artículo 2 de la Constitución, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a la protección de las instituciones del Estado (artículos 78, 79 y 81), los que padecen de una incapacidad intelectual o física, parcial o total, y los que habiendo alcanzado la mayoría de edad, su discapacidad intelectual se originó en la niñez o en la adolescencia. En efecto, en el desarrollo legal de esta protección constitucional garantizada a estas personas, se dictó la Ley para las Personas con Discapacidad, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.598, del 5 de enero de 2007, cuyos artículos 5 y 6, son del siguiente tenor:

Definición de discapacidad.

Artículo 5. Se entiende por discapacidad la condición compleja del ser humano constituida por factores biopsicosociales, que evidencia una disminución o supresión temporal o permanente, de alguna de sus capacidades sensoriales, motrices o intelectuales que puede manifestarse en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse sin apoyo, ver u oír, comunicarse con otros, o integrarse a las actividades de educación o trabajo, en la familia con la comunidad, que limitan el ejercicio de derechos, la participación social y el disfrute de una buena calidad de vida, o impiden la participación activa de las personas en las actividades de la vida familiar y social, sin que ello implique necesariamente incapacidad o inhabilidad para insertarse socialmente.

Definición de personas con discapacidad.

Artículo 6. Son todas aquellas personas que por causas congénitas o adquiridas presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras le impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

Se reconocen como personas con discapacidad: Las sordas, las ciegas, las sordociegas, las que tienen disfunciones visuales, auditivas, intelectuales, motoras de cualquier tipo, alteraciones de la integración y la capacidad cognoscitiva, las de baja talla, las autistas y con cualesquiera combinaciones de algunas de las disfunciones o ausencias mencionadas, y quienes padezcan alguna enfermedad o trastorno discapacitante, científica, técnica y profesionalmente calificadas, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud.

Atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala observa que en el caso de autos, en el devenir de las declinatorias de competencias para conocer de la medida de colocación requerida por la religiosa, ciudadana Inés Margarita Medina, la niña cumplió la mayoría de edad, y constando en autos los informes respecto a su discapacidad intelectual, donde se indica que la misma tiene una conducta *“agresiva constantemente hacia las demás personas que la rodean, demostrando su irritabilidad e impotencia rompiendo el mobiliario de la casa y agrediendo a otros niños y al personal que la atiende”*, y constando en actas un informe evolutivo de la misma donde se concluyó que: *“...la adolescente presenta un diagnóstico de Retardo Leve, asociado con trastorno de conducta”* (f. 11), no se puede estimar *–per se–* por el simple hecho de alcanzar la mayoría de edad de que se trata de un adulto capaz, como así lo consideró la sentenciadora para deslindarse del conocimiento de la causa y declinarlo en un juez con competencia civil, pues ello resulta contrario a la protección especial que el Estado y sus instituciones, incluidos los órganos judiciales, están llamados a prestar a dicha persona con discapacidad intelectual originada en la niñez, para el efectivo acceso a la justicia especialmente en casos como el presente, que se trata de personas con necesidad inmediata de atención especial, por las circunstancias no sólo evidenciadas en autos de carencia de un grupo familiar y de recursos económicos para atender sus requerimientos básicos.

Al respecto, esta Sala quiere traer a colación un caso, en el cual una niña alcanzó la mayoría de edad, independientemente del proceso especial ventilado, a los fines de ilustrar que cuando padecen de un defecto intelectual se equipara a la situación de un niño, niña o adolescente, y, mediante sentencia N° 10, dictada por la Sala Plena, de este Tribunal Supremo de Justicia el 23 de febrero de 2012, (caso: *Amanda Barreto*), se estableció lo siguiente:

(...) es pertinente señalar que estamos en presencia de una situación en la cual resulta evidente el trato desigual proporcionado a un justiciable que adolece de una disminución permanente de su madurez mental y que en su oportunidad, hace 26 años y por conducto de su madre, acudió a la entonces Procuradora de Menores del estado Cojedes en búsqueda de la protección del Estado porque para el momento también era cronológicamente un menor de edad. Como consecuencia de ello, en fecha 14 de noviembre de 1985, el asunto fue llevado a los antiguos Tribunales de Menores en virtud de que tratándose que para entonces la ley contemplaba al justiciable como “menor de edad”, esto es, la edad cronológica inferior a la que determina la mayoría de edad (18 años). Fue así como el Tribunal de Menores acordó una “pensión de alimentos” a este niño cuya debilidad jurídica derivaba en primer término de su minoridad, pero que además presentaba una debilidad jurídica adicional, pues sufría severo retardo mental.

Veinticuatro años después la madre del niño que en 1985 fue Rafael Antonio Herrera, se ve afectada por un accidente cerebro vascular que la postra y es su hija, Nahomy Páez Herrera,

quien con un mandato acude a retirar la cuota de manutención para su hermano ante el juzgado que ahora conocía la causa, el Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del estado Cojedes.

El caso narrado es una muestra de la desigualdad económica y social que por años viene arrastrando la inmensa mayoría de la población venezolana. Cómo poner en duda la vulnerabilidad de una persona que aunque actualmente tiene veintisiete (27) años de edad sufre retraso mental severo, y aunado a ello conociendo que: i) en 1985 la llamada “pensión de alimento” le fue impuesta compulsivamente a un padre renuente; ii) que se trata de un grupo familiar de escasos recursos económicos, lo que entre otras cosas se infiere porque no se apoya en abogados particulares sino en una Procuradora de Menores en 1985 y en una Fiscal del Ministerio Público en la actualidad; y iii) sobretodo, que su madre –probablemente la persona que más se ocupa de él– está en cama sobreponiéndose a un accidente cerebro vascular.

A quienes nos corresponde el sagrado deber de impartir justicia no nos puede ser indiferente la realidad social que enmarca los asuntos sometidos a nuestro conocimiento y, menos aun, cuando se desarrolla un profundo proceso de cambio de paradigmas amparado en una Constitución de incuestionable inspiración social y progresista, así como del andamiaje de leyes derivadas de principios que persiguen la protección integral del ser humano en sociedad, allí donde las condiciones económicas y sociales marcan pronunciadas diferencias entre las clases y estamentos de la sociedad venezolana.

El principio del “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”, los de la tutela judicial efectiva y el juez natural, además de la intensa valoración que hace nuestra *Norma Normarum* de los derechos humanos, ninguno de ellos puede estar ausente de las decisiones que asumen los Jueces de la República. Es nuestro deber asumir que existe una nueva realidad jurídica en nuestro país que se expresa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y decreto presidenciales con rango de ley emanados después del año 1999 y las sentencias emanadas del Poder Judicial.

En el asunto que nos ocupa, la errada sentencia de un juez muy probablemente está teniendo graves consecuencias para un ser mentalmente minusválido, incapaz de proveer su sustento y, en consecuencia, dependiente de la atención de su madre o en su defecto de otro familiar y de la oportuna recepción de la cuota de manutención.

Partiendo entonces de la realidad social planteada, a los fines de esclarecer la competencia de los tribunales para conocer de la fijación de obligaciones de manutención para personas que alcanzan la mayoría de edad con discapacidades que le impiden valerse por sus propios medios, pasemos ahora a la exégesis de las normas jurídicas involucradas:

No existe en la legislación actual una norma directa atributiva de competencia para las solicitudes vinculadas con obligaciones de manutención de personas que llegan a la mayoría de edad con la discapacidad arriba señalada, como si existe en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para la “Fijación, ofrecimiento para la fijación y revisión de la Obligación de Manutención nacional e internacional”, (artículo 177, párrafo primero, literal d), aunque la condición dada por el retraso mental severo aflora expresamente un poco más adelante, en el mismo articulado.

Del análisis sistemático de los artículos contenidos en la Sección Tercera (Obligación de Manutención) del Capítulo II (Patria Potestad) del Título IV (Instituciones Familiares) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la obligación de manutención es el deber ineludible de los padres que le impone la ley, de suministrarle a sus hijos el sustento que requieran de vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes hasta tanto alcancen la mayoría de edad; sin embargo, si el beneficiario padece “...discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento...”, la obligación permanece aun cuando haya cumplido 18 años.

En efecto, el artículo 383 *ejusdem (sic)* establece las causales de extinción de la obligación de manutención y sus excepciones, en los términos siguientes:

“La Obligación de Manutención se extingue:

a) Por la muerte del obligado u obligada, o del niño, niña o adolescente beneficiario o beneficiaria de la misma.

b) Por haber alcanzado la mayoría el beneficiario o la beneficiaria de la misma, excepto que padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento, o cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados, caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial. (Negrillas de la Sala)”

Como puede apreciarse del texto del artículo transcrito, la obligación de manutención que tiene un padre, una madre o responsable para con su hijo o representado **no se extingue cuando éste haya alcanzado la mayoría de edad si padece de alguna discapacidad física o mental que le impida mantenerse por sus propios medios, lo cual a todas luces obedece a que si bien –en principio– toda persona al cumplir la mayoría de edad adquiere plena capacidad, quien presente una disfunción mental o física que le impida valerse por sus propios medios no puede ejercerla cabalmente, por lo que forzosamente debe continuar gozando del beneficio y protección que representa para él la garantía de recibir la obligación de manutención, como parte del derecho a la vida.**

Es el caso, que la regulación legislativa de la obligación de manutención que tiene un padre, una madre o un responsable para con su hijo o representado mayor de edad, cuando éste presente una disfunción que le impida proveerse su propio sustento, no está regulada por la Ley para Personas con Discapacidad, sino que es la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes la que en su articulado lo contempla, aun cuando el objeto de ese cuerpo normativo se circunscribe a garantizarle el ejercicio y el disfrute pleno de sus derechos y garantías constitucionales a los niños, niñas y adolescentes, estando –en principio– los adultos excluidos de su protección.

Como ya se señaló, el artículo 383 de la Ley Orgánica mencionada, establece las causales de extinción de la obligación de manutención, dentro de las cuales figura el cumplimiento de la mayoría de edad; no obstante, a esta premisa o regla, el legislador formula una excepción consistente en “...*que la persona padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveerse su propio sustento...*”, de manera que mantiene la obligación en beneficio y protección de las personas que llegan a la mayoría de edad con esta condición, lo que conduce a colegir que las normas que regulan esta institución familiar contenidas en la mencionada Ley, continúan aplicándose a los mayores de edad con esa condición, máxime si se toma en cuenta que tanto los niños y adolescentes como las personas con una discapacidad que le impida proveerse su propio sustento, son sujetos de derecho que se encuentran en una situación especial, los primeros por las condiciones propias de su edad dado que se encuentran en pleno desarrollo y los segundos por la condición que disminuyen o suprimen sus capacidades físicas o mentales.

Partiendo de esa premisa se aprecia, por una parte, que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en su artículo 177, Parágrafo Primero, literal d, atribuye a los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes la competencia para conocer de los asuntos familiares relativos a la fijación, ofrecimiento para la fijación y revisión de la Obligación de Manutención, sin discriminar entre la obligación de manutención de menores de edad y mayores de edad con discapacidad que le impida proveerse su propio sustento; y por otra, que ni la Ley para Personas con Discapacidad ni otro cuerpo normativo establecen cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de los asuntos vinculados a la obligación de manutención de adultos que presenten alguna discapacidad que les impida mantenerse por sus propios medios. Asimismo, debe tomarse en cuenta que ambos grupos de individuos ameritan de órganos jurisdiccionales especializados, en tanto cuentan con las herramientas y la capacitación adecuada para manejar situaciones tan vulnerables como puede ser la de un niño o de una persona con condiciones físicas o mentales que le impidan proveerse su propio sustento, por lo que no habiendo una jurisdicción especial para personas con discapacidad considera esta Sala que en lo que respecta al control de las obligaciones de manutención, los tribunales más idóneos para garantizarle el derecho a la tutela judicial efectiva son los tribunales con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, la correcta interpretación de la limitación de veinticinco (25) años de edad que el artículo 383 *ejusdem* establece en su literal “b” no aplica a los dos supuestos de excepción a la extinción contemplados en él (padecer de discapacidad severa y encontrarse cursando estudios antes de los 25 años), sino sólo al último de ellos, toda vez que se trata de supuestos alternativos y la limitación sigue exclusivamente al último de ellos.

En efecto, señala el citado literal “b” del artículo 383 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: “*Por haber alcanzado la mayoría el beneficiario o beneficiaria de la misma excepto que padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento, o cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados, caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial.*” (Destacado de la Sala).

Así, expresa el artículo 383 de la citada Ley que la obligación se extingue “...*Por haber alcanzado la mayoría el beneficiario o la beneficiaria...*” e inmediatamente después estatuye dos supuestos de excepción a este principio normativo: i) “...*excepto que padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento...*” o ii) “...*cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados...*” para a continuación añadir “...*caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial...*”. Obsérvese que los dos supuestos están separados uno del otro por la conjunción alternativa “o”, de manera que se trata de supuestos independientes entre sí y que, en consecuencia, cada uno de ellos es suficiente para justificar la aplicación de la excepción, sólo que el segundo supuesto relativo a que el beneficiario curse estudios habiendo alcanzado la mayoría si tiene una limitación porque no puede exceder los veinticinco años de edad, es por ello que la frase que sucede a este supuesto está en singular (“caso en el cual”) y no en plural.

Además, es una verdad incontrastable que la condición de retraso mental severo no desaparece ni disminuye con el transcurrir de la edad de quien lo padece, por el contrario, el aumento de la edad aumenta la brecha entre la edad biológica y la edad mental, lo que la hace más notable, de manera que mal podría el legislador haber establecido la limitación de los veinticinco años para casos semejantes, mientras que si guarda sentido lógico y responsable su aplicación para no eternizarlo en función de que el beneficiario o la beneficiaria estén cursando estudios. Ambas afirmaciones quedan aclaradas con la lectura apropiada del uso del singular en lugar del plural para aprehender la orientación del legislador y aplicar la limitante solamente al caso del beneficiario o la beneficiaria estudiante que alcanza la mayoría y aun no ha concluido sus estudios.

También se desprende de la parte *in fine* de la disposición legal analizada que para la aplicación del supuesto de la excepción del estudiante entre 18 y 25 años se requiere la “...*previa aprobación judicial...*”. Ello se desprende de la redacción empleada por el legislador y su análisis literal. Mientras que para el caso de los discapacidades físicas o mentales severas la excepción aplica *ope legis* y no requiere de pronunciamiento judicial previo (Negritas propias del fallo).

A todo lo anterior, cabe agregar que el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, señala: “*La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa*”.

En tal sentido, este artículo contiene el principio de *perpetuatio fori*, es decir, determina la competencia del órgano jurisdiccional para el juzgamiento de cualquier demanda o solicitud sometida a su conocimiento se fija por la situación fáctica existente para el momento de la interposición de la demanda o solicitud, sin que pueda modificarse dicha competencia en razón de disposiciones legales que se generen en el curso del proceso (véase, sentencia N° 94 de esta Sala Constitucional dictada el 25 de febrero de 2014, caso: *Román Eduardo Calderón Cotte*); disposición de la normativa adjetiva civil, aplicable por remisión expresa del artículo

98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Ello es así, porque la solicitud se incoó cuando la niña estaba sometida al régimen de protección especial de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

De esta manera, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 26, 49, numeral 4, 78 y 257 de la Constitución, en relación con los artículos 7, 8, 12, 29, 177 (literal h) de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, a los principios de *perpetuatio fori* y de ser juzgado por el juez natural, visto que se ha presentado un retardo indebido e injustificado en la resolución de la presente solicitud en atención al orden público procesal, a los principios de celeridad y economía procesal así como de la tutela judicial efectiva **SE DECLARA COMPETENTE** para conocer de la solicitud ejercida por la ciudadana INÉS MARGARITA MEDINA, **al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y del Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sala de Juicio, que corresponda previa distribución de Ley**, al cual se ordena la remisión inmediata del expediente, para que con carácter prioritario atienda a la solicitud formulada por la ciudadana Inés Margarita Medina, respecto a la medida de colocación, la cual dado el retardo en el conocimiento de la misma se ha producido por vía de hecho y no conforme a la ley; así como ordene realizar los exámenes e informes pertinentes al equipo multidisciplinario, a los fines de determinar la magnitud de la discapacidad intelectual de la persona referida en la medida, e iniciar de oficio el procedimiento de incapacidad, al cual se hace expresa mención *infra*. Así se decide.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala estima que la abogada Paola Araujo que se desempeñó como Juez Temporal de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda Juez Unipersonal N° 2 con sede en Los Teques, desatendió disposiciones constitucionales y legales expresas en pro del interés superior de la joven, lo cual ha producido un retardo en la solución del mismo superior a los cinco años, por lo que se acuerda remitir copia certificada del fallo a la Inspectoría General de Tribunales, a los fines disciplinarios correspondientes, y así se declara.

Por otra parte, se estima importante dejar asentado en esta oportunidad, dada la especial protección que debe el Estado en esta sensible materia, que esta Sala efectúe, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 335 del Texto Fundamental, una interpretación constitucional de las normas civiles sobre incapacidad, ante el vacío legal existente respecto a las personas que ostentan una discapacidad intelectual parcial o total, congénita u originada en la niñez o en la adolescencia.

Ello con la finalidad de resolver lo atinente a la posibilidad de iniciar el procedimiento de incapacitación **de oficio**, por parte de los jueces especializados en la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en aras de cumplir con la obligación que tiene el Estado y, en consecuencia, el Poder Judicial conforme a los principios de dignidad, de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la de efectividad que orienta en afirmar los derechos económicos y sociales, entendidos como garantías para la supervivencia y desarrollo de éstos, en brindarle la protección suficiente en aras de garantizar que realmente exista una protección integral, máxime cuando se trata de personas con una discapacidad manifiesta, total o parcial, intelectual, originadas en la niñez o en la adolescencia.

Incluso en los casos como el contenido en los artículos 393 y 394 del Código Civil que establecen:

Artículo 393.- El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentre en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer sus propios intereses serán sometidos a interdicción aunque tengan intervalos lúcidos.

Artículo 394.- El menor no emancipado puede ser sometido a interdicción en el último año de su menor de edad.

Ello en virtud del artículo 450 literal h de la Ley Orgánica de Niños Niñas y Adolescentes que establece: La normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes tiene como principios rectores, entre otros, los siguientes ...*omissis*...h) Iniciativa y límites de la decisión. El juez o jueza sólo puede iniciar el proceso previa solicitud de parte, pero puede proceder de oficio cuando lo autorice la ley y en sus decisiones debe atenerse a lo alegado y probado en autos (...).

De allí que para poder actuar en nombre de una persona mayor de edad, que carece de capacidades intelectuales o volitivas para auto determinarse, se requiere en protección de ese presunto incapaz, una previa comprobación judicial de su situación específica, y en el supuesto de carecer de padre, madre o parientes que soliciten la declaratoria de incapacidad, o bien aun teniéndolos éstos se encuentren en una situación de conflicto contraria al interés superior del niño, niña y adolescente, lo propio es que el Estado, a través del órgano judicial competente, realice lo conducente, para el logro efectivo de la protección a que antes se ha hecho alusión, pues de lo contrario, se dejaría a la persona limitada de la posibilidad de ejercer los derechos y garantías que plenamente están consagrados en el Texto Fundamental, y a la que ostenta por su condición, conforme las reglas previstas en el Código Civil, entre ellas, el artículo 409, que dispone:

Artículo 409. El débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que de lugar a la interdicción, y el pródigo, podrán ser declarados por el Juez de Primera Instancia inhábiles para estar en juicio, celebrar transacciones, dar y tomar préstamos, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar sus bienes, o para ejecutar cualquiera otro acto que exceda de la simple administración, sin la asistencia de un curador que nombrará dicho Juez de la misma manera que da tutor a los menores. La prohibición podrá extenderse hasta no permitir actos de simple administración sin la intervención del curador, cuando sea necesaria esta medida. La inhabilitación podrá promoverse por los mismos que tienen derecho a pedir la interdicción.

Resulta importante destacar que los jueces especializados en la materia de niños, niñas y adolescentes tendrán en cuenta la magnitud del defecto intelectual, derivado del examen probatorio que emerja de los informes de especialistas pertinentes, para declarar la figura jurídica aplicable al caso (la Tutela o la Curatela), atendiendo a la distinción existente entre ellas; a saber, la Curatela es una Institución destinada a complementar la capacidad del menor de edad y el menor emancipado; mientras que los sujetos, sometidos a Tutela de entredicho por defecto intelectual; es el mayor de edad y el menor emancipado que se encuentre en estado habitual de defecto intelectual que lo hagan incapaz de proveer sus propios intereses.

Cabe destacar que la competencia establecida para los jueces con competencia civil en el artículo 735 del Código de Procedimiento Civil queda incólume, pues conocerán de las interdicciones o de las incapacidades de las personas, cuya discapacidad intelectual tenga su origen en la adultez (como por ejemplo, las generadas por un accidente o caídas, enfermedad mental, etc.), o que ostente solo una disfunción visual, auditiva, motora o fonética; más no así respecto de las interdicciones o las incapacidades de oficio o a instancia de parte, de personas cuya discapacidad intelectual sea congénita o haya surgido en la niñez o en la adolescencia, supuesto en el cual corresponde conocer a los jueces de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en atención a los principios constitucionales de igualdad y al juez natural, que obligan al Estado a brindarles en analogía a los niños, niñas y adolescentes un régimen especial de protección integral.

Por tanto, dada la importancia de la resolución de la presente solicitud de medida de colocación, esta Sala, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo aquí señalado como criterio vinculante para todos los Tribunales de la República, a partir de la publicación del presente fallo. Igualmente, esta Sala ordena la publicación de la presente decisión en la *Gaceta Oficial de la República*, en la *Gaceta Judicial* y en la página web del Tribunal Supremo de Justicia mediante la siguiente denominación: “*Sentencia de la Sala Constitucional que determina la competencia de los Juzgados especializados en la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para conocer de oficio o a instancia de parte, del procedimiento de incapacidad de las personas que habiendo adquirido la mayoría de edad, ostentan una discapacidad, total o parcial, de carácter intelectual congénita o surgida en la niñez o en la adolescencia*”. Así se decide.

IV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Sentencia: Cosa Juzgada*

TSJ-SPA (40)

5-2-2015

Magistrada Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Complejo Industrial Licorero del Centro, C.A., vs. la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

Como punto de partida para resolver el asunto planteado, esta Alzada debe examinar el significado de la “*Cosa Juzgada*”, por ser el primero de los alegatos traídos a los autos por la recurrente.

En un sentido literal “*Cosa Juzgada*”, significa “*objeto que ha sido materia de juicio jurídico*”; aunque, este concepto se extiende más allá de su acepción literal.

El Código de Procedimiento Civil se refiere a la cosa juzgada como un efecto de la sentencia, con el cual se persigue no renovar de manera indefinida los debates jurídicos ya resueltos. Es decir, el ordenamiento jurídico fija un mecanismo mediante el cual se prohíbe un nuevo pronunciamiento de lo ya juzgado, con la idea de poner fin al litigio y dar certeza de los derechos subjetivos sobre los cuales ha recaído un pronunciamiento.

Bajo esta óptica, el mandato contenido en la sentencia deviene inmutable por razones de utilidad y de política procesal tendentes a evitar la posibilidad de reeditar en forma constante los problemas jurídicos ya resueltos conforme a derecho.

De esta noción emerge la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera se presenta cuando contra la sentencia no hay posibilidad de recurso alguno y, en consecuencia, ningún Juez podrá volver a decidir la controversia ya resuelta por un fallo; y la segunda, cuando la sentencia definitivamente firme en los límites de la controversia decidida, su objeto es vinculante para las partes en todo proceso futuro. Así, se impide todo ataque que busque replantear y renovar la misma materia: “*non bis in idem*” (vid. sentencia de esta Sala Nro. 00165 de fecha 27 de abril de 2006, caso: *Municipio Aguasay del Estado Monagas Vs. Petroquímica de Venezuela, S.A.*).

Al circunscribir el análisis de la naturaleza del prenombrado vicio al caso de autos se advierte que la recurrente ha fundamentado su impugnación, en primer lugar, en el hecho de haber emitido la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo un pronunciamiento sobre una causa ya decidida por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas posteriormente confirmada en segunda instancia por esta Sala Político-Administrativa.

Sobre el particular, esta Alzada debe destacar, tal como lo afirma la representación judicial de la entidad bancaria recurrida que, en fecha 28 de noviembre de 2011, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión Nro. 1771, caso: *Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)*, dejó sentado con carácter vinculante y extensivo en lo atinente a la declaratoria de nulidad de aquellas sentencias relacionadas con los aportes que deben pagar los patronos y los trabajadores al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), lo siguiente:

“(...) analizadas las características que definen a dicho Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, esta Sala considera que en el presente caso se encuentra bajo análisis una política pública diseñada por el Ejecutivo Nacional en la que se encuentran interrelacionados, básicamente, tres derechos humanos consagrados en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo son el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

(...)

*Por tanto, en primer lugar debe destacar esta Sala que la interpretación hecha por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y bajo la cual se intentó adecuar los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda al sistema tributario, específicamente **enunciando dichos aportes en la concepción de parafiscalidad: parte de una concepción que choca con principios fundamentales del Estado social que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que esta Sala Constitucional considera que debe revisar dicho criterio y establecer que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, como parte del régimen prestacional de vivienda y hábitat y del sistema de seguridad social, no se adecuan al concepto de parafiscalidad y por tanto no se rigen bajo el sistema tributario (...)**”.* (Destacado de esta Sala Político-Administrativa).

Igualmente, es oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala Político-Administrativa Nro. 00739 de fecha 21 de junio de 2012, caso: *Banco del Caribe, C.A., Banco Universal vs. Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)*, dictada en acatamiento al criterio vinculante emitido por la Sala Constitucional antes parcialmente transcrito, en la cual, en una causa similar a la de autos, se analizó la procedencia de los señalados aportes, en los términos que de seguidas se indican:

*“(...) al tener el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y Hábitat (F.A.O.V) naturaleza de servicio público; los recursos aportados a este carácter específico de ‘ahorro obligatorio’ y **estar excluido del Sistema Tributario por disposición expresa del legislador (Artículo 110, Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social)**, es claro que la competencia para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos emanados del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) y de cualquier otro ente público encargado de la administración de dicho Fondo, en ejercicio de las facultades de control, inspección, y supervisión atribuidas, **corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria o general como la denomina alguna parte de la doctrina nacional**, en oposición al contencioso administrativo de los servicios públicos regulados en el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que se tramita por la vía del juicio breve (...).*

(...)

De la jurisdicción contencioso administrativa general, corresponderá a los Juzgados Nacionales, hoy Cortes de lo Contencioso Administrativos el conocimiento de estas causas, según lo dispuesto en el artículo 24, numeral 5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En tal sentido, ordenó la referida Sala ‘(...) a los tribunales que conforman la jurisdicción especial contencioso tributaria, para que en acatamiento de la sentencia N° 1.171 de fecha 28 de noviembre de 2011, dictada con carácter vinculante por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, remitan todas las causas que cursan por ante dichos Tribunales, incluyendo las sentenciadas, a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, para su distribución y conocimiento’. (Destacado y subrayado de esta Máxima Instancia).

De las decisiones antes transcritas, esta Sala Político Administrativa, atendiendo al carácter vinculante y extensivo de la citada doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debe agregar que ningún criterio jurisprudencial será válido en la medida que contradiga la voluntad del constituyente. Así, al ser advertido el mandato constitucional orientado a que el Estado diseñe mecanismos que hagan efectivo el derecho a la vivienda, resultan fundamentales para el logro de tal cometido los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda lo que justifica su imprescriptibilidad y la naturaleza de servicio público del fin que los caracteriza.

Determinado lo anterior en el caso bajo examen se aprecia que el presente asunto trata de un recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto contra la Resolución Nro. 000166 del 4 de octubre de 2007 emitida por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) conforme a la cual se ratificó el contenido del Acta de Fiscalización Nro. 01 de fecha 23 de abril de 2007 y se ordenó a la sociedad de comercio Complejo Industrial Licorero del Centro, C.A. el pago de las diferencias no depositadas ante el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV).

Igualmente, se observa que el caso fue sentenciado (en primera instancia) por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 23 de febrero de 2010 y; posteriormente confirmado (en segunda instancia) por esta Sala el 10 de noviembre del mismo año.

Sin embargo, resulta evidente que la causa bajo análisis contraría el criterio relativo a la imprescriptibilidad y a la naturaleza de servicio público y del fin de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), estando, en consecuencia, inmersa la causa en el supuesto de nulidad establecido en las sentencias Nro. 1771 y 00739 de la Sala Constitucional y Político Administrativa anteriormente señaladas; en consecuencia, entiende esta Sala Político-Administrativa que la misma fue anulada, conllevando su desaparición del mundo jurídico en todas y cada una de las actuaciones generadas con anterioridad a ello, en virtud de sus excepcionales efectos retroactivos.

De esta manera, la Sala verifica en la causa bajo examen la inexistencia de violación alguna a la “*Cosa Juzgada*” pues, en el caso concreto, la Sala Constitucional en uso de su potestad revisora modificó el criterio sostenido por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario e inclusive por esta Sala, relativo a la naturaleza y carácter de las diferencias no depositadas al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV).

Sobre la base de lo expuesto, se desestima el argumento esgrimido por la parte apelante en este punto particular. Así se declara.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL1. *Recurso de revisión Constitucional***TSJ-SC (91)****18-2-2015**

Magistrado-Ponente: Francisco Antonio Carrasquero Lopez

Caso: José Luis Manrresa Martínez (Recurso de revisión)

Esta Sala ha sostenido reiteradamente que la labor tuitiva del Texto Constitucional mediante la revisión extraordinaria de sentencias no se cristaliza de forma similar a la establecida para los recursos de gravamen o impugnación, diseñados para cuestionar la sentencia definitiva. Así entonces, para que proceda la revisión extraordinaria el hecho configurador no es el mero perjuicio, es necesario que se verifique un desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por esta Sala, la indebida aplicación de una norma constitucional, un error grotesco en su interpretación o, su falta de aplicación.

Comentarios Jurisprudenciales

LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO RESPECTO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS, Y SU DESCONSTITUCIONALIZACIÓN EN VENEZUELA POR EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Allan R. Brewer-Carías
*Profesor de la Emérito de la
Universidad Central de Venezuela*

Resumen: *Este comentario jurisprudencial se refiere a la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo No. 1604 25 de noviembre de 2014, en la cual resolvió inconstitucionalmente que la garantía constitucional del debido proceso, no tiene vigencia en actuaciones administrativas que obedecen “al ejercicio de la Potestad del Estado”, en cuyos procedimientos no necesariamente deben concederse a los interesados específicas oportunidades para esgrimir argumentos o defensas.*

Palabras Clave: *Procedimiento Administrativo. Debido proceso. Derecho a la defensa.*

Abstract: *This article analyses ruling No 1.604 of November 25, 2014 of the Politico Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, in which contrary to the Constitution, it decided that the due process guaranty does not apply when an administrative action is accomplished according to “State Power,” in which cases in the administrative procedures the interested parties do not have necessarily a specific opportunity to argue and expose their defenses.*

Key words: *Administrative Procedure. Due Process. Right to defense.*

I

La más importante de las garantías constitucionales que las personas tienen frente a las actuaciones del Estado, además del derecho de acceso a la justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva para poder controlar el sometimiento al derecho de los actos y actuaciones de sus autoridades, es que toda actuación de las mismas cumplida en ejercicio del poder público, se desarrolle en el curso de un debido proceso legal de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, conforme al principio de legalidad, que no sólo debe guiar la actuación de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, sino todas las actividades administrativas desarrolladas por todos los órganos de la Administración Pública.

Esa garantía al debido proceso¹ con esa extensión, como ha ocurrido en todas las Constituciones contemporáneas, fue desarrollada detalladamente en el artículo 49 de la Constitución

¹ Véase en general, en Venezuela, Antonieta Garrido de Cárdenas, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 89-116; Antonieta Garrido

venezolana de 1999,² como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho,”³ denominándose como tal debido proceso, “aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva”, de manera que “cualquiera sea la vía escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva”⁴.

II

Esta norma constitucional, como lo reiteró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 80 de 1 de febrero de 2001, recoge la concepción más acabada respecto al contenido y alcance del derecho al debido proceso, en el sentido de que

de Cárdenas, “El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen I, pp. 127-144.

² El artículo 49 de la Constitución dispone: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”. Véase sobre nuestra participación en la redacción de esta norma, en la sesión del 21 de octubre de 1999 de la Asamblea nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente 1999*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 631.

³ Así lo ha considerado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Véase sentencia N° 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*) en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

“constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos. Ya la jurisprudencia y la doctrina habían entendido, que el derecho al debido proceso debe aplicarse y respetarse en cualquier estado y grado en que se encuentre la causa, sea ésta judicial o administrativa, pues dicha afirmación parte del principio de igualdad frente a la ley, y que en materia procedimental representa igualdad de oportunidades para las partes intervinientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar -en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos- todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses.”⁵

En el mismo sentido, en otra sentencia, esta vez de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal Supremo, No. 157 de 17 de febrero de 2000, la misma precisó que:

“Se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han precisado, que este derecho no debe configurarse aisladamente, sino vincularse a otros derechos fundamentales como lo son, el derecho a la tutela efectiva y el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana...”⁶.

III

Ahora bien, en particular en relación con la garantía del derecho a la defensa, como pieza esencial de la garantía del debido proceso, el artículo 49.1 de la Constitución no sólo establece tal derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado),⁷ considerándolos como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del proceso. Adicionalmente, precisa el texto fundamental que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de *los medios adecuados* para ejercer su *defensa*.

En ese contexto, el derecho a la defensa ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como por sentada anteriormente por la antigua Corte Suprema de Justicia, considerándose como una “garantía que exige el respeto al princi-

⁵ Véase Caso: *Impugnación de los artículos 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*)

⁶ Véase Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 135.

⁷ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 352 de 22-03-2001 (Caso: *Colegio de Médicos del Distrito Federal vs. Federación Médica Venezolana*) en tal sentido ha señalado que “la intervención real y efectiva del abogado garantiza a las partes actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses y les permite defenderse debidamente contra la parte contraria”, en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 100 y ss.

pio esencial de contradicción, conforme al cual, las partes enfrentadas, en condiciones de igualdad, deben disponer de mecanismos suficientes que les permitan alegar y probar las circunstancias tendientes al reconocimiento de sus intereses, necesariamente, una sola de ellas resulte gananciosa.”⁸

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador,⁹ lo que ha precisado con claridad la misma Sala Constitucional en sentencia No. 321 de 22 de febrero de 2002, al indicar que las limitaciones al derecho de defensa derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas. A tal efecto en dicha sentencia de 2002, la Sala señaló que cuando la norma del artículo 49.1 de la Constitución “faculta a la ley para que regule el derecho a la defensa,” ello debe ser atendido por el ordenamiento adjetivo, pero sin que ello signifique:

“que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional¹⁰.

El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa como dice la Constitución, el cual corresponde a toda persona, sin distingo alguno si se trata de una persona natural o jurídica, por lo que no admite excepciones ni limitaciones¹¹. Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución

⁸ Esto ya lo había sentado la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al destacar que el reconocimiento constitucional del derecho a la defensa se extiende a todas las relaciones de naturaleza jurídica que ocurren en la vida cotidiana, y con especial relevancia, en aquellas situaciones en las cuales los derechos de los particulares son afectados por una autoridad pública o privada; de manera que el derecho constitucional impone que en todo procedimiento tanto administrativo como judicial, “se asegure un equilibrio y una igualdad entre las partes intervinientes, garantizándole el derecho a ser oída, a desvirtuar lo imputado o a probar lo contrario a lo sostenido por el funcionario en el curso del procedimiento”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999. Véase también sentencia No. 1166 de 29 de junio de 2001, Caso: *Alejandro Moreno vs. Sociedad Mercantil Auto Escape Los Arales, S.R.L.*

⁹ Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia⁹, ha desaplicado por ejemplo normas que consagran el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlas inconstitucionales. Véase Sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo* Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

¹⁰ Véase Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*).

¹¹ Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15-8-97 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que “resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados,

protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige”¹².

Todas las Salas del Tribunal Supremo han reafirmado el derecho a la defensa como inviolable. Así, por ejemplo, la Sala de Casación Civil en sentencia N° 39 de 26 de abril de 1995, ha señalado sobre “el sagrado derecho a la defensa” es un “derecho fundamental cuyo ejercicio debe garantizar el Juez porque ello redundará en la seguridad jurídica que es el soporte de nuestro estado de derecho; más cuando la causa sometida a su conocimiento se dirige a obtener el reconocimiento y posterior protección de los derechos con rango constitucional”. Este derecho, ha agregado la Sala, “es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado y grado de la causa”¹³. En otra sentencia No. 160 de 2 de junio de 1998, la Sala de Casación Civil reiteró dicho derecho ha de “entenderse como la posibilidad cierta de obtener justicia del tribunal competente en el menor tiempo posible, previa realización, en la forma y oportunidad prescrita por la ley, de aquellos actos procesales encaminados a hacer efectivos los derechos de la persona” agregando que, por tanto, no es admisible “que alguien sea condenado si antes no ha sido citado, oído y vencido en proceso judicial seguido ante un juez competente, pues en tal caso se estaría ante una violación del principio del debido proceso.”¹⁴

Por su parte la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de junio de 1996, sostuvo que:

“El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado e cumplimiento previo a la imposición de toda sanción de un conjunto de actos o procedimientos destinados o permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros estados de derecho ha sido llamado como principio del debido proceso”¹⁵.

La Corte Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia, por su parte, en sentencia de 30 de julio de 1996, enmarcó el derecho a la defensa dentro del derecho de los derechos humanos, protegido además en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforme al principio de la progresividad, señalando lo siguiente:

“Por ello, la Constitución de la República estatuye que la defensa pueda ser propuesta en todo momento, “en todo estado y grado del proceso”, aún antes, entendiéndose por proceso, según Calamandrei, “el conjunto de operaciones metodológicas estampadas en la ley con el fin de llegar a la justicia”. Y la justicia la imparte el Estado. En el caso concreto que se estudia, a través de este Alto Tribunal. El fin que se persigue es mantener el orden jurídico.

sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa”. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

¹² Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18-8-97. (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

¹³ Véase Caso: *A.C. Expresos Nas vs. Otros*, en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 4, Caracas, abril 1995, pp. 9-12.

¹⁴ Véase en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 6, junio 1998, pp. 34-37.

¹⁵ Véase en *Jurisprudencia Pierre Tapia*, N° 6, Caracas, junio 1996.

Así mismo, debe anotar la Corte que en materia de Derechos Humanos, el principio jurídico de progresividad envuelve la necesidad de aplicar con preferencia la norma más favorable a los derechos humanos, sea de Derecho Constitucional, de Derecho Internacional o de derecho ordinario. Esta doctrina de interpenetración jurídica fue acogida en sentencia de 3 de diciembre de 1990 por la Sala Político-Administrativa, en un caso sobre derechos laborales, conforme a estos términos:

...Igualmente debe señalarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal *constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental*. Según el cual “la enunciación de los derechos y garantías contenido en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos...”

Desde el punto de vista internacional, considera este Alto Tribunal que importa fortalecer la interpretación sobre esta materia, señalando la normativa existente.

Así, entre otros, el artículo 8 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece lo siguiente:

“ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o Tribunal competentes, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”.

De la misma manera, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, garantiza a toda persona el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, mediante proceso legal y justo, en el cual se aseguren en forma transparente todos sus derechos.

Esta normativa rige en plenitud dentro del país. Al efecto y tal como se indicó anteriormente, el artículo 50 de la Constitución de la República consagra la vigencia de los derechos implícitos conforme a la cual:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuran expresamente en ella”.

A ello se agrega que las reproducidas disposiciones de tipo internacional se encuentran incorporadas al ordenamiento jurídico interno, conforme a lo previsto en el artículo 128 de la Constitución de la República¹⁶.

En definitiva, como también lo expresó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 97 de 15 de marzo de 2000.

“De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes”¹⁷.

¹⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 67-68, EJV, Caracas, julio-diciembre 1996, pp. 169-171.

¹⁷ Véase sentencia No. 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salva-*

IV

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho administrativo, la más importante innovación del artículo 49 de la Constitución venezolana fue el haber regulado expresamente que la garantía del debido proceso no se limita por supuesto a los procesos judiciales, sino que se aplica “a todas las actuaciones administrativas” siendo ello uno de los pilares fundamentales en el régimen del procedimiento administrativo.

Por ello, sobre esta garantía también se ha pronunciado el juez contencioso administrativo, como por ejemplo resulta de la sentencia No. 157 de 17 de febrero de 2000, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual precisó que:

“el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos¹⁸.”

Y más recientemente, en sentencia No. 1604 del 25 de noviembre de 2014, la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo, como juez contencioso administrativo, en relación con la garantía del debido proceso y su vigencia en relación con las actuaciones administrativas ha expresado que:

“De conformidad con lo previsto en los artículos 19, 25 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todos los órganos y entes que integran la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles político-territoriales, tienen el deber de respetar y garantizar los derechos constitucionales de los particulares, entre ellos, el derecho al debido procedimiento administrativo, el cual comprende las siguientes garantías: tener conocimiento del inicio de un procedimiento que involucre los derechos subjetivos o intereses del particular, tener acceso a las actas que conforman el expediente que habrá de formarse para dejar constancia escrita de las actuaciones en las que se soportará la voluntad administrativa, la posibilidad de ser oído por la autoridad competente y de participar activamente en la fase de instrucción del procedimiento, la libertad de alegar y contradecir, probar y controlar las pruebas aportadas al proceso; que se adopte una decisión expresa, oportuna, que tome en cuenta las pruebas y defensas aportadas, incluso para su desestimación, y que sea ejecutable; así como el derecho a recurrir de esa decisión”.

De ello concluyó la Sala Político Administrativa con la afirmación de que:

“En conclusión, el derecho al debido proceso no se satisface con la sola manifestación de voluntad concretizada en el acto administrativo, previa instrucción de un procedimiento, sino que en el seno de este deben cumplirse un conjunto de garantías que coloquen al administrado en condiciones apropiadas para hacer valer sus intereses en juego frente a otros que se le opongan, dentro de las cuales está comprendido el ejercicio del derecho a la defensa, en sentido estricto¹⁹.”

guarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas), en *Revista de Derecho Público*, N° 82, EJV, Caracas, 2000.

¹⁸ Véase Caso: *Juan C. Pareja P. vs. MRI*, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 135.

¹⁹ Véase Caso: *Presidente del Colegio de Abogados del Estado Carabobo et al. vs. Decreto presidencial* No. 664 de fecha 10 de diciembre de 2013, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/172007-01604-261114-2014-2014-0108.HTML>

V

Ahora bien, el caso sometido a la decisión de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo y resuelto en la antes mencionada sentencia, tuvo su origen en un recurso contencioso administrativo de nulidad que un grupo de abogados del Estado Carabobo intentaron contra un decreto presidencial (acto administrativo) mediante el cual, con base en las potestades reguladas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, se declaró como Monumento Nacional la Plaza de Toros de la Ciudad de Valencia, identificada como “obra arquitectónica denominada ‘*Parque Recreacional Sur-Plaza Monumental*’, ubicada en la Parroquia Santa Rosa, del Municipio Valencia del Estado Carabobo”.

Los impugnantes alegaron que el acto administrativo recurrido, que la Sala reconoció como acto administrativo de efectos generales, de carácter normativo, violaba una serie de derechos constitucionales y principios del procedimiento administrativo, que la Sala resumió así: “violación al derecho de propiedad, confiscación, debido proceso, libertad, identidad; así como también, los vicios de incompetencia del Presidente de la República que dictó el acto impugnado, desviación de poder, violación del principio de separación de poderes y, violación del principio de legalidad, participación ciudadana, pluralismo político y seguridad jurídica”.

Conjuntamente con la acción de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad intentada, los recurrentes formularon una pretensión de amparo constitucional, la cual fue precisamente la que la Sala Político Administrativa decidió al admitir la acción en la sentencia citada, a cuyo efecto, pasó a considerar únicamente “los derechos o garantías constitucionales susceptibles de ser protegidos por la acción de amparo intentada,” que fueron los derechos constitucionales a la cultura, recreación, educación y libertad; el derecho constitucional al debido proceso; el derecho constitucional a la propiedad; y el derecho constitucional a la participación ciudadana.

A tal efecto, la Sala Político Administrativa, que como se dijo, es el más alto tribunal contencioso administrativo del país, partió de la premisa de reafirmar como antes se ha destacado, sobre la vigencia del derecho constitucional al debido proceso, en relación con las actuaciones administrativas, teniendo en cuenta, por supuesto, que las “actuaciones administrativas” a las que alude el artículo 49 de la Constitución y la propia sentencia de la Sala, no son otras que todas aquellas que desarrollan los órganos y entes de la Administración Pública, cualquiera que sea su jerarquía. Y las autoridades administrativas, por supuesto, para actuar, siempre lo tienen que hacer en ejercicio del Poder Público, es decir, en ejercicio de potestades públicas concretizadas en específicas competencias que deben estar reguladas en la Constitución y las leyes. Por el contrario, las actuaciones administrativas que no se ejerzan en ejercicio de potestades públicas conforme a las normas que regulan las competencias para su ejercicio, no pasan de ser simples vías de hecho, sujetas por supuesto a control judicial, pero que, por su propia patología, se ejecutan sin garantías algunas de debido proceso: por ello son vías de hecho.

VI

En el caso sometido a la decisión de la Sala, en efecto, los recurrentes argumentaron sobre la violación al debido proceso que para declarar la Plaza de Toros de Valencia, que es un bien del dominio de la Municipalidad de esa ciudad, como Monumento Nacional, se hizo, como lo resumió la sentencia, fundamentalmente, sin que se tramitara “el correspondiente procedimiento administrativo previo, que garantizara al Municipio Valencia y demás interesados a exponer las razones para poder oponerse al ‘*despojo del complejo propiedad del Municipio a favor del Poder Central*’”.

También alegaron, vinculado al debido proceso, según se resume en la sentencia, el vicio de “prescendencia total del procedimiento administrativo previo y consulta pública” indicándose que “de conformidad con la Constitución y las leyes nacionales ‘era ineludible para el Presidente de la República consultar a los sectores interesados sobre la regulación de la administración, posesión y custodia de los bienes de dominio público municipal afectados, siendo por ello nulo el decreto cuestionado de conformidad con el encabezado del artículo 140 de la Ley Orgánica de Administración Pública’”.

Sin embargo, frente a estos alegatos y después de la declaración tan tajante de que la garantía del debido proceso se aplica a todas las actuaciones administrativas y por tanto en los procedimientos administrativos tal como lo impone la Constitución, al considerar específicamente el caso, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la misma mencionada sentencia de 26 de noviembre de 2014, afirmó, sin argumentación ni fundamentación alguna, escuetamente, que:

“las actuaciones a que aluden los recurrentes como lesivas *obedecieron al ejercicio de la Potestad del Estado*, lo que lleva a inferir que *no se trataba de un procedimiento en el que necesariamente debía concederse a los interesados específicas oportunidades para esgrimir argumentos o defensas.*”

Y nada más, con lo que simplemente negó que se pueda invocar la garantía del debido proceso frente al ejercicio del Poder Público por las autoridades administrativas.

Para llegar a tan absurda conclusión, la sentencia, sin embargo, citó una sentencia precedente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1817 del 28 de noviembre de 2008, en la cual se argumentó en forma general sobre el significado y la importancia de la aplicación de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural para la declaración de “monumentos nacionales” por “su valor para la historia nacional o por ser exponentes de nuestra cultura,” como una forma de tutelar “las manifestaciones culturales que nutren la historia de la República en general y de las comunidades en particular,” y “los derechos de las futuras generaciones en contar con bienes o elementos que forman parte fundamental de esa identidad cultural propia”²⁰. De ello, que nada tiene que ver con la necesidad de negar la garantía del debido proceso en el ámbito de las actuaciones administrativas, la Sala, pura y simplemente, concluyó afirmando que “cualquier declaratoria de monumento nacional constituye una acción tomada en beneficio de la población y en resguardo de la Nación; por tanto, visto el carácter personalísimo del amparo constitucional, debe desestimarse tal alegato. Así se decide”.

Peor motivación, sin duda, es imposible encontrar una sentencia de un Tribunal Supremo para declarar sin lugar una pretensión de amparo constitucional, particularmente cuando se ha alegado violación del debido proceso.

VII

Pero allí está la sentencia, en la cual, quizás sin percatarse -ese es el único beneficio de la duda admisible, pero grave- el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, simplemente desconstitucionalizó la garantía “constitucional” al debido proceso respecto de las actuaciones administrativas, que siempre resultan del ejercicio de potestades públicas o del Estado, habiendo mutado, ilícitamente, la Constitución.

Es decir, a partir de esta sentencia, el debido proceso dejó de ser una garantía constitucional en “todas las actuaciones administrativas” como lo dice el artículo 49 de la Constitu-

²⁰ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/1817-281108-2008-08-0116.HTML>

ción, pues dicha garantía, en palabras del Tribunal Supremo, no tiene vigencia en actuaciones administrativas que obedecen “al ejercicio de la Potestad del Estado”, de lo que la propia Sala dedujo (“lleva a inferir”), que en esas actuaciones el procedimiento que se lleve a cabo no es un “un procedimiento en el que necesariamente deba concederse a los interesados específicas oportunidades para esgrimir argumentos o defensas”

Tan simple como eso. De un plumazo, la Sala Político Administrativa mutó la Constitución, ignorando por supuesto, que en toda actuación administrativa los órganos y entes de la Administración, desde el Presidente de la República hasta el funcionario de menor jerarquía en la Administración Pública, actúa siempre en “ejercicio de la Potestad del Estado,” y que por tanto, no hay actuación administrativa –salvo las vías de hecho– en las cuales los entes y órganos de la administración no ejerzan una potestad estatal, conforme al ámbito de competencia que la Constitución y las leyes le confieren.

VIII

Es de destacar, por último y de paso, que en su afán por desconstitucionalizar derechos constitucionales en cuanto a su garantía en el ámbito de las actuaciones de la Administración, la Sala Político Administrativa en su sentencia comentada no sólo se limitó a eliminar la garantía constitucional del debido proceso de los procedimientos aplicables a las actuaciones administrativas, sino que también desconstitucionalizó el derecho constitucional a la participación ciudadana.

En efecto los impugnantes habían alegado que el decreto presidencial impugnado se había dictado “sin la debida consulta pública y sin procedimiento administrativo previo,” sobre lo cual la Sala se limitó a considerar que:

“el artículo 62 de la Constitución, en consonancia con los artículos 138, 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, prevén la obligación de los órganos de la Administración Pública de promover la participación popular en la gestión pública y facilitar las condiciones más favorables para su práctica; en función de lo cual se contempló en la citada ley la celebración de una consulta pública que garantice la intervención de las comunidades organizadas y sectores interesados de la sociedad cuando se trate de casos de aprobación de normas “reglamentarias o de otra jerarquía”.

En la misma sentencia la Sala, sin embargo, como se dijo, ya había reconocido el carácter de acto administrativo de efectos generales y de contenido normativo, por tanto, de carácter reglamentario del decreto presidencial, pero sin embargo, lo que resolvió fue desestimar el alegato, declarando, también pura y simplemente, que:

“el principio de participación ciudadana no constituye un verdadero derecho subjetivo constitucional susceptible de tutela judicial directa, que pueda ser revisado en la oportunidad de resolver una medida cautelar de amparo constitucional.”

Para desconocer el carácter constitucional del derecho a la participación política, la Sala, simplemente, señaló que supuestamente ello ya lo había expuesto “en anteriores oportunidades”, haciendo referencia a las “sentencias Nos. 607 del 13 de mayo de 2009 y 98 del 28 de enero de 2010”.

Sin embargo, en cuanto a la sentencia No. 607 de 13 de mayo de 2009, en la misma nada se resuelve en materia del derecho a la participación política, apareciendo incluso la palabra “participación” en el texto de la sentencia, una sola vez, al referirse a la participación de la

Superintendencia de Seguros en ciertas actuaciones de fiscalización respecto de las empresas de seguro, sin relación alguna con el derecho o principio de la participación ciudadana²¹.

Y en cuanto a la otra sentencia citada como “precedente,” la No. 98 de 28 de enero de 2010, en la misma se decidió un amparo cautelar formulado junto con una demanda de nulidad intentada por un conjunto de empresas de promoción inmobiliaria contra una resolución ministerial que había prohibido que en los contratos que tenían por objeto la adquisición de viviendas, se estableciera el cobro de cuotas, alicuotas, porcentajes y/o sumas adicionales de dinero, basados en la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) o de cualquier otro mecanismo de corrección monetaria; y frente al alegato de las impugnantes de que el acto administrativo impugnado se había dictado con “vulneración del principio de participación y lesión del derecho a la participación ciudadana de los productores de vivienda” lo que resolvió la Sala, sin argumentación alguna, fue que los principios:

“de reserva legal, competencia, participación ciudadana y confianza legítima o expectativa plausible, y el acatamiento de los criterios vinculantes del Tribunal Supremo de Justicia, [...] no constituyen verdaderos derechos subjetivos constitucionales susceptibles de tutela judicial directa, que puedan ser revisados en la oportunidad de resolver la medida cautelar de amparo constitucional”²².

Pero sin que el lector sepa el porqué de esas afirmaciones, y menos porqué se mezclan principios del procedimiento administrativo como los de reserva legal, competencia y confianza legítima, con un derecho constitucional previsto entre otros en el artículo 72 de la Constitución, que sin duda es justiciable en amparo como todo derecho constitucional. Sin embargo, de la sentencia citada como “precedente” lo que resultó fue no sólo la negación de la justiciabilidad del derecho a la participación política, contradiciendo una larga tradición jurisprudencial sentada en los lustros anteriores, sino la desconstitucionalización ilegítima del propio derecho a la participación política.

Esas son, lamentablemente, las ejecutorias de un Tribunal Supremo cuando ha sido sometido al poder, y actúa al servicio del autoritarismo²³.

²¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00607-13509-2009-2009-0046>. HTML

²² Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/enero/00098-28110-2010-2009-1056>. HTML

²³ Véase sobre ello Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418; y en *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650. Véase además el libro Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

LA INCONSTITUCIONAL CONFUSIÓN E INVERSIÓN DE ROLES EN EL ESTADO TOTALITARIO: EL JUEZ CONSTITUCIONAL ACTUANDO COMO “CONSULTOR JURÍDICO” DEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO EN LA EMISIÓN DE UN “DICTAMEN” SOBRE LA “LEY DEL 2014 DEL SENADO DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOCIEDAD CIVIL DE VENEZUELA”

Allan R. Brewer-Carías

Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *Este comentario se refiere a la sentencia N° 100 de fecha 20 de febrero de 2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo rechazando la “Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela,” del Senado de los Estados Unidos de América el 8 de diciembre de 2014, emitida como una “opinión jurídica” a requerimiento del Poder Ejecutivo, como si el Tribunal Supremo fuese consultor jurídico del mismo.*

Palabras Clave: *Tribunal Supremo de Justicia. Competencia.*

Abstract: *This comments refers to ruling N° 100 of February 20, 2015 issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, as a “legal opinion” and acting as if it were the “legal counsel” of the Executive, rejecting the “Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014” sanctioned by the United States Senate on December 8, 2014.*

Key words: *Supreme Tribunal of Justice. Jurisdiction.*

I. LA FALLA MANIFIESTA EN LA CONDUCCIÓN DE LAS RELACIONES EXTERIORES POR PARTE DEL JEFE DE ESTADO, Y LA SOLICITUD AL TRIBUNAL SUPREMO DE LA EMISIÓN DE UN “DICTAMEN” SOBRE LA “LEY DEL 2014 PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOCIEDAD CIVIL DE VENEZUELA” DE LOS ESTADOS UNIDOS

Tal como lo dispone el artículo 236 de la Constitución, si hay alguna función del Estado cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al Presidente de la República en su carácter de Jefe de Estado (art. 226), además de “dirigir la acción del Gobierno” (ord. 2), es la de “dirigir las relaciones exteriores de la República” (ord. 4).

Por ello, con ocasión de la sanción por el Senado de los Estados Unidos de América el 8 de diciembre de 2014, de la “Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela,” (*Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of*

2014),¹ cualquier observación, reacción o protesta del Estado venezolano en relación con la misma, correspondía se expresada y manifestada por el Presidente de la República como Jefe de Estado, correspondiendo además al Ministro de Relaciones Exteriores, como órgano inmediato del Presidente como Jefe del Ejecutivo Nacional (arts. 226 y 242), la preparación de cualquier comunicado oficial en relación con dicha Ley.

Dicha Ley, como lo resumió el Viceprocurador de la República en escrito de 11 de febrero de 2015, que se comenta más adelante, está “dirigida a imponer sanciones a cualquier funcionario actual o anterior, o cualquier persona que actúe en representación del gobierno venezolano, que haya perpetrado o sea responsable por ordenar o dirigir actos de violencia o de abusos de los derechos humanos en Venezuela, contra las personas que participaron en las protestas antigubernamentales que iniciaron el 4 de febrero de 2014 y de futuros actos de violencia similares.”

Correspondía por tanto al Poder Ejecutivo de la República, si era el caso, protestar ante el gobierno de los Estados Unidos sobre dichas sanciones. Sin embargo, sobre el ejercicio de dicha función, lo que se conoce es la expresión pública de quien ejerce la jefatura del Estado, Sr. Nicolás Maduro, manifestada el día siguiente de la sanción de dicha Ley en los Estados Unidos, el 9 de diciembre de 2014, indicando que “Los insolentes senadores norteamericanos aprobaron una ley y que para sancionar a Venezuela, y preguntándose: “¿quién es el senado de EEUU para sancionar a la patria de Bolívar?”, para en definitiva limitarse a pedir respeto a EEUU, indicando que “No aceptamos sanciones, es la patria de Bolívar que ustedes tienen que aprender a respetar”².

Días después de esas manifestaciones, según reportó el 19 de diciembre de 2014 el diario *La Izquierda Diario*:

“apenas se diera a conocer el dictamen del mandatario estadounidense, Nicolás Maduro afirmó que Obama, ha dado “un paso en falso” en contra de Venezuela: “Repudio las insolentes medidas tomadas por la Elite Imperial de los Estados Unidos contra Venezuela”. Antes de la decisión de Washington de normalizar sus relaciones con Cuba, Maduro encabezó el lunes 15 una concentración en la que invitó a Estados Unidos a “meterse su visa, donde tiene que meterse la visa”³.

En las semanas siguientes no se conoció de ninguna “Nota diplomática” de protesta ni de alguna otra respuesta oficial y razonada del Estado venezolana presentada ante el gobierno de los Estados Unidos de América, y lo único que se conoce fue el discurso del Sr. Maduro ante el Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de la apertura del año judicial de 2015, pronunciado el día 2 de febrero de 2015, en el cual según reseña de *Infocifras*:

“solicitó al Tribunal Supremo de Justicia la *elaboración de un dictamen contra las sanciones impuestas* por el gobierno de Estado Unidos sobre algunos funcionarios del gobierno nacional.

“Creo necesario un dictamen en relación a las pretendidas sanciones ante el Congreso de EE UU”, dijo Maduro.

¹ Véase el texto de la Ley en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s2142/text>. Véase la información sobre su sanción en: <http://cnnespanol.cnn.com/2014/12/09/senado-de-ee-uu-aprueba-proyecto-que-contempla-sanciones-contra-miembros-del-gobierno-de-venezuela/>

² Véase en: <http://versionfinal.com.ve/principales/maduro-encabeza-ascenso-de-oficiales-tecnicos-de-la-fuerza-armada/>

³ Véase en: <http://www.laizquierdadiario.com/Estados-Unidos-aprueba-sanciones-al-gobierno-de-Maduro>

Durante el discurso de apertura del año judicial 2015, el jefe de Estado señaló que la sanción del Senado estadounidense pasa “por encima del Poder Judicial y de nuestra Constitución (...) me pregunto si el congreso de EE UU tiene jurisdicción sobre Venezuela para dictar leyes” se cuestionó Maduro.

Instó a los magistrados a utilizar sus “facultades autónomas”, como poder de la República, para emitir opiniones y sentencias sobre el marco de las leyes internacionales, al tiempo que hizo un llamado a promover la discusión en las bases de la organización popular⁴.

Luego, el 4 de febrero de 2015, el mismo Presidente de la República anunció lo que sin duda ya sabía, en un discurso en la Universidad Militar de Venezuela, indicando que: “la titular del Tribunal Supremo de Justicia, Gladys Gutiérrez, le dijo que *acogía su idea de rechazar las sanciones* de Estados Unidos a funcionarios del gobierno y enviar magistrados a países de América Latina para denunciar la injerencia”, anunciando que “Muy pronto el alto tribunal dictará una sentencia histórica sobre la pretendida ley de sanciones del Congreso de Estados Unidos, repudiándola, rechazándola”⁵.

Es decir, ni más ni menos, el Jefe de Estado, en lugar de ejercer sus funciones constitucionales, lo que hizo simplemente fue quizás solicitarle al Tribunal Supremo de Justicia, como si se tratara de una dependencia jerárquica más del Poder Ejecutivo, la elaboración de un “dictamen” sobre la Ley aprobada por el Senado de los Estados Unidos, como si dicho Supremo Tribunal fuese la “consultoría jurídica” del Poder Ejecutivo, o aceptar que el Tribunal Supremo jugara ese rol, confirmando con ello la unicidad y concentración total del Poder en el Estado Totalitario que existe en el país⁶.

En virtud de dicha solicitud-orden dada por quien ejerce la Jefatura del Estado al Tribunal Supremo, para que emitiera el “dictamen” indicado, la implementación de la misma se concretó con la solicitud formulada la semana siguiente, el día 11 de febrero de 2015, ante la Sala Constitucional del mismo, por el “Viceprocurador General de la República,” bajo la forma de una “*demanda de interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución.*” La Procuraduría General de la República, en efecto, es el órgano del Poder Ejecutivo encargado de “asesorar, defender y representar, tanto judicial como extrajudicialmente, los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República” (art 247); competencia que al decir de la Procuraduría, para fundamentar su legitimación para interponer demandar, “*no se limita a la defensa de un patrimonio susceptible de estimación económica de la República, sino que el mismo debe ser entendido en su amplia acepción, es decir, en su latu sensu tal como lo expresa el artículo 1 de la Constitución, el cual es objeto del presente recurso de interpretación.*”

Y así fue entonces cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo procedió a cumplir la orden que le había dado el Jefe de Estado, abocándose a la elaboración del “dictamen” jurídico que le había sido solicitado-ordenado, encubriéndolo sin embargo, bajo la forma de

⁴ Véase en *Infocifras*, 2 de febrero de 2015, en: <https://cifrasonlinecomve.wordpress.com/2015/02/02/maduro-exige-dictamen-del-tsj-contrasanciones-de-ee-uu/>

⁵ Véase “Maduro anuncia que TSJ emitirá sentencia contra sanciones de Estados Unidos”, en *El Nacional*, 5 de febrero de 2015, en: http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-TSJ-sentencia-sanciones-Unidos_0_568743296.html

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Estado Totalitario y Desprecio a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

una “sentencia” que es la N° 100 de fecha 20 de febrero de 2015⁷, de supuesta interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que establecen es lo siguiente:

Artículo 1. La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Artículo 322. La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

Por supuesto, de todo lo anterior, *primero*, basta leer dichas tres normas para evidenciar, como el propio Viceprocurador General de la República lo expresó en su demanda, que “*los artículos objeto de interpretación, establecen claramente que, la República Bolivariana de Venezuela, es libre e independiente, siendo que dicha independencia está fundamentada en la defensa de su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad y paz internacional, cuyos derechos son irrenunciables, que no permiten injerencias externas, en atención al derecho de libre determinación de los pueblos o derecho de autodeterminación, principio fundamental del Derecho Internacional Público que tiene carácter inalienable, lo que sin duda constituye una reafirmación de la independencia como elemento esencial de la existencia del Estado, como soberano y libre de toda dominación o protección de potencia extranjera;*” y *segundo*, basta leer la sentencia para percatarse que la misma en nada está destinado a “interpretar” las tres normas citadas. Su objeto y contenido es otro, ni más ni menos, que expresar lo que debió haber hecho el Ejecutivo Nacional, por lo que independientemente de las razones o no para rechazar la mencionada ley extranjera, la sentencia está viciada de usurpación de funciones, y es nula de nulidad absoluta e ineficaz (art. 138 de la Constitución).

Por lo demás, de la misma petición formulada por el Viceprocurador, se evidencia que nada alegó sobre supuesta “ambigüedad o carencia” de dichas normas constitucionales, que hubiera podido generar dudas en cuanto a su contenido y alcance, para que ameritasen una interpretación constitucional por parte del Tribunal Supremo.

Por ello, precisamente, la sentencia de la Sala Constitucional No. 100 de 20 de febrero de 2015, nada “interpretó” en relación con dichas normas, habiéndose limitado en realidad a expresar el “dictamen” jurídico cuya redacción correspondía al Poder Ejecutivo, y que éste le había solicitado.

⁷ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/174494-100-20215-2015-15-0142.HTML>

II. LA VÍA ESCOGIDA PARA LA EMISIÓN DEL DICTAMEN “EJECUTIVO” SOLICITADO POR EL PODER EJECUTIVO A LA SALA CONSTITUCIONAL: UNA FALSA “DEMANDA” DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, PERO SIN ARGUMENTO INTERPRETATIVO ALGUNO

La vía para obtener del tribunal Supremo de Justicia el dictamen solicitado-ordenado, fue un supuesto recurso de interpretación constitucional intentado en relación con los mencionados artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, lo cual era falso, pues como lo expresó el propio Viceprocurador en su demanda, las mismas “*establecen claramente*”, los dos primeros, la “*declaración de Venezuela como una República libre e independiente, siendo el pueblo el que ostenta la soberanía, y el último referente a la Seguridad de la Nación*”⁸. Sobre esas normas, por tanto, por su claridad, nada había que interpretar.

Sin embargo, contradictoriamente, el mismo funcionario, por orden del Presidente de la República, intentó la demanda de interpretación constitucional de dichas normas, argumentando sobre una supuesta “incertidumbre jurídica” que le surgía “*acerca del alcance del contenido*” de las mismas, como “*consecuencia*” de la sanción por el Senado de los Estados Unidos de América, el 8 de diciembre de 2014, de la “*Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela*” [*Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014*]; considerando que con ello existiría una “*duda razonable relativa al contenido y alcance*” de las normas, pues dicha Ley extranjera estaba:

“dirigida a imponer sanciones a cualquier funcionario actual o anterior, o cualquier persona que actúe en representación del gobierno venezolano, que haya perpetrado o sea responsable por ordenar o dirigir actos de violencia o de abusos de los derechos humanos en Venezuela, contra las personas que participaron en las protestas antigubernamentales que iniciaron el 4 de febrero de 2014 y de futuros actos de violencia similares, previendo para ello, que el Presidente de ese país impondrá a las personas que él determine, las siguientes sanciones: Bloqueo de Activos, [...] ubicados en los Estados Unidos de América, [...]; Exclusión del país, rechazo de una visa, revocatoria de la inmigración o nacionalidad de conformidad con la Ley que regula la materia migratoria de ese país, u otra documentación del extranjero” [...]. Adicionalmente, dicha Ley prevé que cualquier persona que viole o intente violar cualquier autorización, resolución judicial o prohibición, establecida en ese texto legal” (sic)”.

Sobre estas sanciones previstas en una Ley extranjera, que el representante de la Procuraduría consideró que “ni siquiera tienen una clara intención de castigo, pues ellas se traducen en medidas que ya corresponden al Ejecutivo norteamericano por aplicación ordinaria de su ordenamiento jurídico”, el mismo funcionario estimó en cuanto a la Ley, que la misma era un “*acto del Poder Legislativo de un gobierno extranjero cuyos efectos recaen de manera selectiva sobre ciudadanos venezolanos, en razón del ejercicio de funciones públicas en nuestro país*”. Ello, precisamente, a juicio del Procurador, constituía la “*situación jurídica concreta y específica*” necesaria para poder plantear el recurso de interpretación constitucional ante el Tribunal Supremo, de unas normas que establecían claramente lo que indicaban, lo que fundamentó aduciendo que:

“Este acto legislativo, así como las potenciales consecuencias de su aplicación, la difusión mediática que se le ha pretendido dar y las declaraciones y opiniones del Gobierno Norteamericano al respecto, conforman un ambiente político en la comunidad internacional y una visión económica de la República Bolivariana de Venezuela que vulnera la realidad y somete a juicio la institucionalidad del Estado venezolano”.

⁸ En el texto de esta segunda parte se conservan en cursiva las referencias al escrito de demanda del Viceprocurador, según se reseña en el propio texto de la sentencia N° 100 de la sala Constitucional de 20 de febrero de 2015.

Agregó el Procurador, que si bien su recurso no tenía por objeto “*precisar la constitucionalidad de la mencionada Ley norteamericana, menos aún a la luz de un Derecho foráneo*”, consideró que el señalamiento en dicha Ley extranjera de “*responsabilidad por la comisión de delitos de lesa humanidad por funcionarios venezolanos, en territorio venezolano*”, a los cuales se impondrían “*las sanciones descritas en la mencionada Ley*”, si bien:

“no tiene efecto jurídico alguno en la República Bolivariana de Venezuela, ni en ningún otro país del mundo, sí repercute en la imagen de dicho funcionario, con ocasión del ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, afecta negativamente la percepción de legitimidad e institucionalidad de ciudadanos venezolanos respecto del Poder Público venezolano, fundamentándolo además en un falso matiz de legalidad”.

El Procurador continuó fundamentando sobre la situación fáctica que originó su demanda, indicando que en definitiva, la mencionada Ley dictada en un país extranjero tenía “*como objeto señalar a Venezuela ante la comunidad mundial, como una Nación que por decisión de su gobierno, o quien detenta el poder, comete tropelías y desmanes que conculcan los derechos humanos del pueblo venezolano*” donde se ha producido “*la presunta acumulación de poder en el Poder Ejecutivo, trayendo como consecuencia el deterioro de las garantías a los derechos humanos que a juicio de ese instrumento han permitido al gobierno nacional intimidar, censurar y enjuiciar a todas aquellas personas que lo han criticado*”.

Ello, consideró el Procurador que generaba:

“una visión distorsionada del Estado venezolano, de su Gobierno, del Poder Público constituido legítimamente, tratando de generar como consecuencias, dentro del país y en la comunidad internacional: desconfianza; sensación de inestabilidad política, económica y social; falta de institucionalidad y Estado de Derecho; ausencia de derechos públicos y de los órganos para su garantía y control; etc. En resumen, el caldo de cultivo para argumentos como el de ‘Estado forajido’ y la inminencia de una intervención internacional”.

En definitiva, el representante de la Procuraduría consideró que “*aun cuando la jurisdicción de la Ley norteamericana ciertamente no alcanza nuestro territorio*” sin embargo, estimó que “*tras el bastidor de una presunta actuación institucional del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica*”, en realidad se escondía, “*un ataque contra la existencia misma del Estado venezolano, sus instituciones y su pueblo;*” agregando finalmente que a pesar de que las mencionadas normas sancionatorias parecieran tener un carácter programático, su contenido representa para el Estado venezolano una injerencia en sus asuntos internos, vulnerando su soberanía, dado su enañamiento contra los funcionarios que ejercen altos cargos del Poder Público Nacional.

Todo lo anterior, a juicio del representante de la Procuraduría, configuraban los:

“argumentos fácticos que contextualizan la situación en la cual se ha colocado al Estado venezolano como consecuencia de actuaciones presuntamente legítimas del Poder Legislativo de un gobierno extranjero, habilitando a su vez al Poder Ejecutivo a realizar actos en menoscabo de la soberanía, la autodeterminación, la independencia y otros valores superiores de la República Bolivariana de Venezuela”.

De ello entonces dedujo el representante de la Procuraduría General, que “*el actual escenario genera una profunda duda respecto de la actuación que debe tener el Estado venezolano ante una situación como la generada por la Ley*” [“*Ley de Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela por los EE.UU*”], todo lo cual evidenciaban unas:

“circunstancias excepcionales de las que derivan una duda razonable de intromisión de un Estado extranjero en los asuntos internos de Venezuela, pretendiendo vulnerar su soberanía y los derechos como Nación a la independencia, la libertad, y la autodeterminación nacional, poniendo en riesgo la seguridad de la Nación”.

Y precisamente para “despejar” esa duda, fue que la Procuraduría solicitó de la Sala Constitucional la *“correcta interpretación de la extensión de los preceptos constitucionales que desarrollan dichos principios, esenciales a la existencia misma del Estado venezolano”* pues *“aunque la Ley mencionada no modifica aspectos del ordenamiento jurídico nacional, sus efectos pueden llegar a vulnerar caracteres esenciales al Estado venezolano mismo, como la libertad, la independencia, la igualdad, la justicia y la paz internacional;”* agregando finalmente como conclusión que;

“la mencionada Ley extranjera se inmiscuye en asuntos internos de la República, siendo necesaria la guía doctrinaria de esa digna Sala para precisar de forma infalible el valor de los preceptos constitucionales a la hora de determinar la existencia de las conductas distorsionadas que ya se han explicado, por parte de potencias extranjeras, con pretensiones de dirección de los destinos de un país. Ello seguramente resguardará la actuación del Poder Público, en su conjunto, frente a las particularidades de las situaciones planteadas”.

Esta conclusión la completó el Procurador, luego de constatar que la Constitución *“ampara los derechos humanos de los habitantes de la República”*, preguntándose entonces primero, sobre:

“cómo puede un instrumento jurídico dictado por una autoridad gubernamental extranjera, regular supuestos de hechos que conlleven consecuencias jurídicas como sancionar a funcionarios públicos actuales o anteriores, así como a representantes del gobierno venezolano o que tengan relación con estos, violentando de esta manera la soberanía nacional y el principio de la autodeterminación de los pueblos previstos en nuestra Carta Magna”.

Y segundo sobre

“si el Senado de los Estados Unidos de Norteamérica tiene jurisdicción para dictar leyes que sancionen a nacionales de otros Estados, sobre presuntos delitos ocurridos en el territorio de dichos Estados, que presuntamente afectan a los nacionales de dichos Estados y que deben ser perseguidos y castigados en éstos, si resultare procedente de las debidas averiguaciones”.

En definitiva, de esto resulta que lo que el Viceprocurador requirió del Tribunal Supremo, no fue realmente una interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que según él mismo *“establecen claramente”* lo que disponen, sino que decidiera sobre cuál es el sentido y alcance de la competencia que tienen los órganos legislativos y ejecutivos de un Estado extranjero, conforme a sus propias leyes, para dictar los actos jurídicos que las mismas prevén; todo lo cual fue reconocido por la propia Sala Constitucional al admitir la solicitud de interpretación formulada, y declararla de mero derecho, con base en hechos que:

“se vinculan al instrumento llamado como “ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014” y a otras actuaciones desplegadas por los Estados Unidos de América, con incidencia directa en todo el Pueblo venezolano, en su Estado y en la Comunidad Internacional”.

III. EL VERDADERO SENTIDO DEL SUPUESTO PROCESO JUDICIAL DE “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL,” QUE EN REALIDAD ERA JUZGAR Y CONDENAR, EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES, LA COMPETENCIA DE OTROS ESTADOS PARA DICTAR SUS PROPIAS LEYES

Precisamente por el sentido de la petición formulada por el Viceprocurador General de la república, la propia Sala Constitucional, desde la primera línea de la parte motiva de su sentencia, aun cuando identificó el asunto que se le sometió a su consideración, como “la interpretación de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación a la aprobación del documento denominado “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*” y otras acciones emprendidas por autoridades de los Estados Unidos de América, con relación al Pueblo y al Estado venezolano;” en realidad lo que constató es que no se encontraba:

“ante una solicitud ordinaria de interpretación constitucional, sino ante una solicitud de interpretación por ordenación implícita encauzada a la protección y resguardo de la vigencia y efectiva aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (?).

En todo caso, precisamente por ello, la Sala Constitucional en su sentencia identificó el objeto del proceso con base en los fundamentos aducidos, no como un proceso de interpretación constitucional, sino como una tarea en la cual además de “formular el examen y estudio en el plano jurídico a los fines de resolver el requerimiento jurisdiccional presentado”, se trataba de:

“advertir ante la comunidad internacional, respetuosa del derecho, la justicia y la paz, la violación de las costumbres y normas del Derecho Internacional, derivadas del instrumento llamado “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, aprobado por los Estados Unidos de América, junto a otros actos similares de hostilidad provenientes de autoridades y poderes de ese Estado, interviniendo en los asuntos internos del Estado venezolano, empleando como justificación supuestas violaciones a los derechos humanos ocurridas en la República Bolivariana de Venezuela”.

Para ello, la Sala Constitucional, de entrada, en la parte motiva de su sentencia dictamen, anunció que su fallo, además, perseguía:

“el deber humano de reivindicar los derechos de todos los pueblos que históricamente han sido víctimas de acciones injerencistas e irrespetuosas y, al mismo tiempo, alzar la voz de la conciencia jurídica universal para que cese toda acción que atente contra el Derecho Internacional, el Derecho de los pueblos y la humanidad”.

Con base en estas premisas y luego de destacar como “punto previo” la paradoja que a juicio de la Sala surgía de unas acciones externas (como las derivadas de la ley extranjera) que “sustentan a la ligera en la protección del Pueblo venezolano,” pero que a la vez “atentan contra la ordenación social, política, económica y jurídica que el mismo se ha dado legítimamente, en fin, contra su libre determinación, su soberanía, su independencia y su democracia”, la misma pasó a transcribir *in extenso* los “textos declarativos del Derecho Internacional, atinentes a los Derechos Humanos y a los derechos de los pueblos, así como a algunos principios ordenadores de las relaciones de la comunidad internacional”, y entre ellos, los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Carta de la Naciones Unidas, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como diversas normas de Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. De todas esas normas, la Sala dedujo, de entrada, del “examen jurídico” que la ocupaba, “las graves violaciones del orden que vincula jurídicamente a los Estados Unidos de América con la República Bolivariana de Venezuela y, en general, con la comunidad internacional”.

Luego pasó la Sala, en su sentencia, a analizar “los principios de soberanía, independencia e igualdad soberana, como “conceptos interrelacionados”, y sobre su significado que tienen en el mundo contemporáneo con abundantes citas doctrinales, concluyendo sobre la soberanía, que “ningún país debe imponer a otros, por su sola voluntad, sin el consentimiento de éstos, disposiciones jurídicas que vinculen a sus nacionales fuera del ámbito territorial del Estado transgresor, y lo contrario vulneraría gravemente las normas que reconocen el derecho de soberanía de los Estados;” y sobre la independencia e igualdad, “que ningún Estado puede arrogarse o ejercer en solitario potestades que a todos los Estados les corresponde y que están asociadas al establecimiento de un conjunto de normas que vinculan tanto a las personas naturales como jurídicas que sean nacionales de dicho Estado, y a la efectividad de dichas normas dentro de su territorio, tanto a nacionales como a extranjeros, salvo las excepciones que el propio Derecho internacional reconoce”.

Seguidamente la Sala pasó a transcribir y analizar otro conjunto de normas internacionales, específicamente de la “Declaración sobre la inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados Protección de su Independencia y Soberanía” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1965); de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo 1933); de la Carta de la Organización de los Estados Americanos –OEA– (1948); de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas contentiva de la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (1970); de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, adjunta a la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970; destacando de todos estos instrumentos que “el Derecho Internacional consagra, desde tiempos remotos, los principios de no intervención directa o indirecta, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”.

Luego de citas doctrinales sobre el mismo tema, la Sala para “la delimitación fáctica que motivó la solicitud que aquí se resuelve”, se refirió al fenómeno “denominado por varios sectores de la filosofía como la inversión de los derechos humanos [...] en cuyo nombre se aniquila a los propios derechos humanos”, refiriéndose en particular a una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, “en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América), fallo del 27 de junio de 1986, [que] decidió que los Estados Unidos de América actuaron en perjuicio de la República de Nicaragua (<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>)”, destacando en especial de dicho fallo internacional, lo resuelto “sobre el principio de no intervención.” Sobre este principio, además, la sentencia de la Sala hizo mención a “las 23 resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en las que solicitan con aprobación de mayoría contundente de los países que la integran, el fin del bloqueo económico impuesto por Estados Unidos a la República de Cuba”.

De todo el análisis efectuado de los diferentes instrumentos internacionales antes mencionados, tal y como se tratara –como en efecto se trató de un dictamen jurídico de un órgano ejecutivo a cargo de la conducción de las relaciones exteriores de la República– la Sala se refirió a “los principios que orientan las relaciones internacionales tales como la independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad”, concluyendo la Sala, sin más, “que el instrumento dado a conocer como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, vulnera

precisamente los axiomas básicos del Derecho Internacional”, y “viola el principio de igualdad soberana entre los Estados, según el cual estos poseen, en el plano jurídico internacional, los mismos deberes y derechos”. De todo ello, consideró la Sala, en consecuencia, que:

“el acto legislativo extranjero referido por la parte solicitante, además de representar un abierto quebrantamiento de la aludida prohibición al constituir una intervención en asuntos de la jurisdicción interna del Estado venezolano, principalmente carece de validez y efectividad en tanto los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela. En tal virtud, encuentra esta Sala Constitucional que es absolutamente nula la ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales, del acto o documento extranjero aludido en la solicitud presentada ante esta Máxima Instancia de la Jurisdicción Constitucional”.

Finalizó su argumentación la Sala, transcribiendo los diversos Comunicados de organizaciones internacionales en apoyo del Estado de Venezuela, como los emitidos por la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) (10-2-2015); la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), y el Movimiento de Países No Alineados (MNOAL), considerando que esas manifestaciones “constituyen el testimonio de la solidaridad entre los pueblos que profesan volitivamente el respeto al Derecho, y que luchan por alcanzar el bienestar general, ajenos a cualquier intento de dominación o neocolonialismo”.

En el resto de la parte motiva de la “sentencia”, la Sala reiteró repetidamente las mismas apreciaciones sobre los principios de soberanía, independencia, igualdad y no intervención, refiriéndose además a los principios de seguridad de a Nación, y a que “resulta injustificable e inaceptable que un país procure legislar y sancionar fuera de las fronteras del mismo;” a las “repudiables actuaciones injerencistas” que se hacen en nombre de la ley extranjera; a que “ningún otro Estado tiene potestad para imponerle al pueblo venezolano ordenamiento jurídico o establecerle una forma de pensar y autodeterminarse política, jurídica y socialmente en general;” a que “la actuación unilateral que aquí se objeta, tiene como írrito propósito alterar la forma política del pueblo y del Estado venezolano;” y en fin, a que por su rol de “máximo y último garante jurisdiccional del orden constitucional y de los derechos” de los venezolanos, “tiene el deber fundamental de tutelar la voluntad del Pueblo y condenar cualquier acción que atente contra ellos, en este caso, las acciones injerencistas del Congreso y del Ejecutivo estadounidense, que con ellas han llevado a esas instituciones por el camino de la antijuridicidad y la ilegitimidad, para deshonra del pueblo al cual se deben”.

Todo ello siguiendo parcialmente lo argumentado contradictoriamente por el Viceprocurador solicitante del pronunciamiento de la Sala Constitucional, quien en su “demanda”, por una parte expresó que “*la mencionada Ley extranjera se inmiscuye en asuntos internos de la República*”; y por la otra fue reiterativo en considerar que la mencionada Ley extranjera: “*no tiene efecto jurídico alguno en la República Bolivariana de Venezuela, ni en ningún otro país del mundo*”; y “*no modifica aspectos del ordenamiento jurídico nacional*”.

IV. LA “SENTENCIA INTERPRETATIVA” QUE NADA INTERPRETÓ Y MÁS BIEN, SE CONFIGURÓ COMO UNA MANIFESTACIÓN POLÍTICA DEL ESTADO QUE SOLO PODÍA EMANAR DEL PODER EJECUTIVO

De todo lo expuesto a lo largo de la parte motiva de la sentencia, ninguna línea ni párrafo de la misma lo destinó la Sala a considerar posibles ambigüedades o carencias de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que ameritasen ser interpretados; ni ejercicio alguno de

interpretación de dichas normas, siendo su contenido pura y simplemente, un pronunciamiento del Estado venezolano en materia de relaciones internacionales que constitucionalmente sólo el Poder Ejecutivo podía hacer.

Por ello, la apreciación final de la Sala Constitucional sobre “la manifiesta ilegitimidad”, nacional e internacional, de la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, y de las acciones emprendidas por los Estados Unidos de América en contra del Estado venezolano,” las cuales consideró como una “circunstancia generadora de responsabilidad interna e internacional de ese Estado y las autoridades respectivas, ante su pueblo y ante la Comunidad de Naciones”, generando, esos “hechos ilícitos internacionales”, entre otros, los siguientes “derechos del Estado objeto de perjuicios”:

“(1) denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional”.

Con base en todo ello, la sentencia-dictamen, en lugar de interpretar los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, que era lo que se la había solicitado por el Viceprocurador General de la República, lo que hizo fue concluir con el siguiente pronunciamiento, como si se tratase de una Nota diplomática o de un Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores:

“1. Que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales.

2. Que la “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, así como otras acciones emprendidas por los Estados Unidos de América, en contra de la República Bolivariana de Venezuela, del Estado venezolano y del Pueblo venezolano, no sólo vulneran todas las fuentes del Derecho Internacional (principios, jurisprudencia, costumbres y tratados y otros instrumentos internacionales), sino que adversan los más emblemáticos criterios jurídicos y éticos de la humanidad, además de quebrantar normas, valores, principios, derechos y garantías tanto del Derecho interno de la República Bolivariana de Venezuela, como, probablemente, del propio Derecho interno de aquel Estado que ha desplegado estas írritas y lamentables acciones de agresión.

3. Que esas acciones injerencistas generan responsabilidad internacional para los Estados Unidos de América y para las autoridades respectivas que las han desplegado o han ayudado a desplegarlas; incluso, pudieran generar responsabilidad jurídica ante su pueblo y ante el orden interno de la República Bolivariana de Venezuela; razón por la que las autoridades venezolanas están legitimadas para encausar las investigaciones y los procesos correspondientes.

4. Que la comisión de estos hechos antijurídicos generan, entre otros, los derechos del Estado objeto de perjuicios, a través de los medios que establece el orden internacional, (1) a denunciar y exigir el cese de la conducta ilícita, (2) a exigir las debidas garantías de que las mismas no se repetirán, (3) a ver reparada plenamente la lesión, sea mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción, y (4) exhortar a los demás países y a la comunidad internacional, para que coadyuven a tutelar esos derechos, en virtud, entre otros, de los principios de solidaridad y reciprocidad, justicia y paz internacional”.

Y nada más, salvo ordenar la remisión de copia de la sentencia a los otros Poderes Públicos, y su publicación en la *Gaceta Oficial*, con indicación de lo siguiente en el “sumario” respectivo:

“Sentencia que declara que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción alguna, de ninguna intensidad, forma o atributo, para sancionar y promulgar actos de faz legal con aplicación en la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el documento identificado como “*ley para la defensa de los derechos humanos y la sociedad civil en Venezuela 2014*”, carece de validez y efectividad y es absolutamente nula su ubicación o existencia en el plano jurídico para la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales”⁹.

Basta leer estas resoluciones de la Sala Constitucional para constatar la inversión o confusión de roles que con ella se han producido en el Estado Totalitario que existe en Venezuela, caracterizado por un sistema de concentración y unicidad del Poder Público, en sustitución de la separación de Poderes, de manera que la condena razonada del Estado venezolano respecto de las acciones de un Estado extranjero que se consideran lesivas a la República, no se emite por el Poder Ejecutivo sino por el Poder Judicial¹⁰.

Con la sentencia, la Sala no sólo cumplió como supuesto órgano dependiente, la orden que le dio el Presidente de la República de emitir un dictamen en el cual se condenara la sanción por el Senado de los Estados Unidos de América de la “Ley del 2014 para la Defensa de los Derechos Humanos y la Sociedad Civil de Venezuela,” y las actividades desplegadas por el Poder Ejecutivo de ese país en ejecución de la misma, lo que conforme a la Constitución es una competencia que sólo puede ejercida por el propio Poder Ejecutivo; sino que al prestarse para esta maniobra, violó su propia competencia en materia del recurso de interpretación constitucional, al dictar una sentencia-dictamen en la cual nada se interpreta respecto de los artículos 1, 5 y 322 de la Constitución, como supuestamente se le había “solicitado,” y que por su claridad, nada contenían que pudiera ser objeto de interpretación.

⁹ Si se hubiese tratado de una sentencia interpretativa, el texto informativo para el “Sumario” de la *Gaceta Oficial* debió haber sido el que sin embargo está en el “portal” de Internet del Tribunal Supremo (<http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>) al informar sobre el Expediente N° 15-0142 y sobre la sentencia N° 100, que tiene el siguiente texto: “**Se interpretan los artículos 1,5 y 322 de la Constitución Nacional**”, lo que evidentemente es falso y contradice el verdadero contenido de la sentencia que es el que precisamente su mismo texto se ordena anunciar en la *Gaceta Oficial*.

¹⁰ Por ello, incluso, el propio titular del diario *El Universal* del día 20 de febrero de 2015, donde se recoge la rueda de prensa dada por la Presidenta del Tribunal Supremo, anunciando la sentencia, que indica: “TSJ rechazó sanciones de EEUU por vulnerar el derecho internacional,” expresando la reseña del periodista Víctor la Cruz que: “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) condenó las acciones injerencistas del Congreso y del ejecutivo de Estados Unidos (EEUU), por las sanciones que impusiera ese país a algunos funcionarios venezolanos, por su presunta participación en violación de derechos humanos”. Véase en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/150220/tsj-rechazo-sanciones-de-eeuu-por-vulnerar-el-derecho-internacional>

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-D-

Derechos sociales y de las familias. 167
- Protección social a niños, niñas y adolescentes discapacitados. 167

-P-

Poder Judicial. 167
- Régimen de los jueces. Inhibición. 167
Poder Nacional. 163
- Competencias: régimen de la seguridad social. 163

-R-

Recurso de revisión Constitucional. 178

-S-

Sentencia: Cosa Juzgada. 175
Soberanía. Noción. 118

